

**EXCELENTÍSSIMO PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ -
MINISTRO JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI**

**PROVIMENTO N. 2564/2020 DO CONSELHO SUPERIOR DA
MAGISTRATURA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.
PREVISÃO DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR
VIDEOCONFERÊNCIA NA COMARCA DA CAPITAL (ART. 28, DO
PROVIMENTO). ILEGALIDADE E NÃO CONVENCIONALIDADE.
INOBSERVÂNCIA DA RECOMENDAÇÃO N. 62, CNJ. DESRESPEITO
A REITERADAS DECISÕES DESSE CONSELHO PELA VEDAÇÃO DO
USO DE VIDEOCONFERÊNCIA NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA.**

A **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por intermédio de seu Núcleo Especializado de Situação Carcerária e de seu Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos, dando cumprimento a sua função institucional de zelar pela ampla defesa das pessoas necessitadas, vem, perante Vossa Excelência e dos demais Conselheiros, nos termos do art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal e artigos 43, XVII; 47, III; e 101 do regimento interno do Conselho Nacional de Justiça, apresentar a presente **RECLAMAÇÃO PARA GARANTIA DAS DECISÕES** com **PEDIDO LIMINAR** para a **SUSPENSÃO** e posterior **ANULAÇÃO** do art. 28, do Provimento n. 2564/2020, CSM, do Tribunal de Justiça de São Paulo.

1. SÍNTESE DOS FATOS

O Tribunal de Justiça de São Paulo vem buscando, desde meados de abril, regulamentar atos judiciais, em especial audiências judiciais, de maneira virtual por meio de diversos atos e provimentos, sem detalhar como tais audiências em ambiente virtual poderão efetivar as garantias processuais penais dos acusados, nem mesmo qual ou quais os dispositivos legais que possibilitariam estabelecer regras processuais por atos normativos internos.

O mais recente deles traz, além das previsões já conhecidas sobre as audiências de instrução e julgamento e outros atos processuais de maneira virtual, a **obrigatoriedade de as audiências de custódia serem realizadas, na comarca da capital inicialmente, por videoconferência** (art. 28, do Provimento CSM n. 2564/2020, do TJ/SP):

*Art. 28. A partir do dia 03 de agosto de 2020 (inclusive), na comarca da Capital, durante os dias úteis e Plantões Ordinários, **as audiências de custódia serão realizadas por videoconferência**, na forma dos Comunicados CG n.º 284/2020 e 317/2020, mantida, no mais, a sistemática estabelecida pela Resolução OE n.º 740/16 e pelo art. 406-A do Tomo I das Normas de Serviço da Corregedoria Geral.*

§1º. As demais comarcas deverão aguardar o cronograma de expansão gradual, a ser definido pela Corregedoria Geral da Justiça, mantido o exame dos autos de prisão em flagrante, conforme estabelecido pelo Comunicado CG n.º 250/2020, atentando-se aos termos do art. 8º da Recomendação CNJ n.º 62, de 17 março de 2020, com a redação dada pela Recomendação CNJ n.º 68, de 17 de junho de 2020.

§2º. Na comarca da Capital, as audiências de custódia que não forem realizadas durante os Plantões Ordinários, por impossibilidade técnica ou prática, deverão ocorrer no primeiro dia útil subsequente, na forma do caput deste artigo, sem prejuízo do imediato exame da regularidade da prisão em flagrante.

Essa regulamentação, que acarreta o **esvaziamento total das audiências de custódia**, vai de encontro à consolidada posição deste Conselho Nacional de Justiça pela impossibilidade de realização desses atos por meio de videoconferência, decisões que, com esse requerimento, busca-se garantir.

A audiência de custódia, implementada no país em observância ao **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e à Convenção Interamericana de Direitos Humanos** por meio da Resolução n. 213/2015 do CNJ, e agora prevista no **art. 310, do Código de Processo Penal**¹, se consolidou como um firme instrumento no combate à cultura de encarceramento provisório no Brasil e, também, como forma de coibir a violência policial no momento das prisões num país onde a tortura e os tratamentos desumanos e degradantes são rotineiros.

É certo que, desde sua implementação, a audiência de custódia sofreu ataques, sob um falso argumento de que aumentaria a suposta impunidade do país, na tentativa de extirpá-la do ordenamento jurídico brasileiro, o que representaria um

¹ 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: [\[Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019\]](#) 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. [\[Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011\]](#). § 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. [\[Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.964, de 2019\]](#). (...) § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. [\[Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\]](#). § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. [\[Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\]](#)

enorme retrocesso para o país e mais um golpe em nossa frágil democracia. Entretanto, por conta do incessante empenho de diversos atores comprometidos com o respeito aos direitos fundamentais e com o devido processo legal, como deste Conselho Nacional de Justiça, as tentativas de extirpamento da audiência de custódia do ordenamento brasileiro não lograram êxito.

O dispositivo questionado, como dito, apesar de não a extinguirem formalmente, lhe retira qualquer eficácia, sendo de rigor que esse Conselho anule o art. 28 do Provimento CSM n. 2564/2020, TJ/SP, fazendo valer suas **decisões anteriores que vedam a utilização de videoconferência nesse ato.**

2. A NECESSIDADE DE SE REAFIRMAR CONSTANTEMENTE A ESSENCIALIDADE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIAS E O ÁRDUO CAMINHO PARA SUA EFETIVIDADE

Desde 1992, há previsão em nosso ordenamento jurídico estabelecendo a necessidade de apresentação da pessoa presa para a autoridade judicial dentro de 24 (vinte e quatro) horas, trazida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, no item 7.5.², a qual, conforme entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal tem *status* supralegal, mas somente após a concessão parcial, em setembro de 2015, de medida cautelar na ADPF n. 347, determinando a observância do referido dispositivo convencional³, a implementação das audiências de custódia no país ganhou força.

² 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.

³ “...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, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros

Nessa esteira, fundamental a participação do Conselho Nacional de Justiça, com a publicação da Resolução nº. 213, de 15 de dezembro de 2015, regulamentando as audiências de custódia em todo o País, determinando a **apresentação** de toda pessoa presa em flagrante delito à autoridade judicial competente:

*Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja **obrigatoriamente apresentada**, 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. (g.n.)*

Em que pese, no entanto, tal normativa, e o início de um projeto-piloto no ano de 2015, as audiências de custódia apenas começaram a ser realizadas em todas as comarcas e circunscrições judiciárias paulistas no final de 2017⁴.

Mais recentemente, após a ampliação do instrumento nos tribunais do país, houve inclusão expressa da obrigatoriedade das audiências de custódia no Código de Processo Penal, mais especificamente no art. 310, CPP, com redação dada pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro 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**, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (g.n.)*

Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia;

⁴ Disponível em:

<https://dje.tjsp.jus.br/cdje/consultaSimples.do?cdVolume=10&nuDiario=2104&cdCaderno=10&nuSeqpaGina=5>. Acesso em 07/07/2020, às 16h45min.

Assim, infelizmente, estamos em um período de consolidação das audiências de custódia, que tanta resistência enfrentaram para seu início e que continuam a enfrentar para sua máxima efetivação.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos cita as audiências de custódia como **exemplo de instrumento a ser utilizado para se reduzir as prisões provisórias na América**, contudo, salienta que o ato ainda não vem sendo operado com a efetividade que dele se espera, sobretudo em relação à participação judicial em sua condução, principalmente no que tange às denúncias de tortura ou maus tratos:

*“A Comissão já se pronunciou no sentido de que as audiências de custódia permitiram a pessoas detidas denunciar perante uma autoridade judicial eventuais **atos de tortura ou maus tratos**.⁴¹³ Nesse ponto, segundo dados do Poder Judiciário, até janeiro de 2017 – quase dois anos depois da implementação deste mecanismo em São Paulo – das 186.455 audiências realizadas em todo o país, foram apresentadas 8.279 denúncias de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o que equivaleria aproximadamente 4.68% dos casos. No entanto, a Comissão observa os claros indícios de inconsistências entre as cifras oficiais de denúncias de tortura e maus tratos relatadas nessas audiências, em comparação com as denúncias registradas por outras fontes (...) Além disso, A CIDH expressa sua preocupação com as estatísticas que indicariam a falta de investigação e acompanhamento das denúncias de maus tratos e tortura durante a detenção, apresentadas durante as audiências de custódia. Nesse sentido, a Comissão adverte que, apesar do número elevado de denúncias de maus tratos e tortura, e da abertura de inquéritos para investigar 74% das 1.152 denúncias apresentadas perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, **até fevereiro de 2016 não havia sido determinada a responsabilidade de agentes de segurança em nenhum dos casos**”⁵ (g. n.)*

⁵ Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em 07/07/2020, às 1h00min.

Há uma preocupação clara das entidades de direitos humanos e instituições democráticas do sistema de justiça, como a Defensoria Pública e este próprio Conselho Nacional de Justiça, no que tange à prevenção e combate à tortura a partir da realização de tal ato judicial.

Isso porque, como se viu, os mecanismos utilizados têm sido muito ineficientes, fazendo com que, primeiramente, haja um receio da pessoa vítima de tortura e maus tratos de depor sobre os fatos. Tal situação se deve principalmente pelo fato de a pessoa presa não ser orientada corretamente pelo/a juiz/a sobre a audiência de custódia, assim como por haver um agente do aparato estatal de segurança pública ao seu lado na ocasião de seu depoimento.

Ademais, ainda não evoluímos para que fosse colocada em prática a Recomendação nº 49/2014 deste CNJ, que preza pela aplicação do **Protocolo de Istambul**, reconhecida internacionalmente como meio hábil para verificação da prática de tortura, estando ainda utilizando mecanismos ultrapassados com questionamentos acerca de agravantes previstas no Código Penal.

Ressalta-se que, em 2012, o Subcomitê de Prevenção à Tortura (SPT) das Organizações das Nações Unidas, em seu relatório sobre visita ao Brasil, externou grave preocupação com a **falta de independência dos Institutos Médicos Legais**, afirmando que sua subordinação à Polícia ou à Secretaria de Segurança Pública comprometeria a autonomia da realização dos serviços prestados pelas(os) peritas(os), bem como poderia desencorajar as vítimas de tortura de prestarem queixa. Em nova visita do SPT ao Brasil em 2015, a mesma recomendação foi reiterada haja vista a ausência de avanço nesta recomendação⁶

⁶ Os relatórios de visita do Subcomitê de Prevenção a Tortura da ONU (SPT), realizadas em 2012 e 2015, podem ser acessados em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/CountryVisits.aspx?SortOrder=Chro%20nological

Além destas citadas, tantas outras práticas ainda temos que percorrer para a real efetivação de tal ato judicial de extrema importância para a consolidação de um viés verdadeiramente democrático no sistema de (in)justiça criminal⁷.

Nesse cenário, chama a atenção o retrocesso que o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo pretende incorrer, de modo a pulverizar toda a evolução em passos lentos que se realizou até o presente momento e, pior, ao arrepio da normativa nacional e internacional.

De nenhum nível normativo é possível extrair a possibilidade de realização de audiências de custódia por videoconferências, todas as normas relacionadas estabelecem a necessidade de **PRESENÇA** da pessoa presa perante a autoridade judicial que analisará as condições de sua prisão.

E nem poderia ser diferente, a relativização desse direito de presença tornaria absolutamente imprestável o ato, tendo em vista que impossibilitaria o depoimento desembaraçado da pessoa presa, assim como a possibilidade da autoridade judicial, do Ministério Público e da defesa observarem lesões corporais, inviabilizando, por consequência, a adequada análise das circunstâncias em que se deu a prisão pela autoridade judicial.

Se presencialmente ainda há diversos fatores que confluem para que as práticas de maus tratos e tortura resem invisíveis, iniciando-se pelo receio de exposição dos fatos pela própria vítima, imagine-se este procedimento por meio de um equipamento de videoconferência, perante o qual a pessoa presa terá **ao seu lado tão**

⁷ O Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura elaborou, no mês de junho de 2020, a nota técnica nº 7, que faz uma “Análise sobre a presença do agente de custódia e/ou policial durante a realização de exame de corpo de delito em pessoas privadas de liberdade” e, ali, estabelece diversos motivos pelos quais ainda não se realiza perícia de maneira a fortalecer o estado democrático de direito.

somente um agente do aparato estatal de segurança pública, personificando o próprio praticante do ato de que a pessoa presa foi vítima?

Não por outro motivo é que *“levar a pessoa presa à presença do juiz”* apenas pode ser interpretada como a própria presença física, como veremos a seguir.

Importante lembrar que audiência é **a ação de receber uma pessoa** (ou autoridade) com a intenção de ouvir aquilo que ela tem a dizer, a relatar, a pedir etc. A etimologia (origem da palavra audiência) vem do latim ‘audientia.ae’⁸.

3. ILEGALIDADE, INCONVENCIONALIDADE E A NECESSIDADE DE GARANTIA DAS DECISÕES DO CNJ

Não encontra guarida em nenhuma das normas que disciplinam as audiências de custódia a sua realização por videoconferência, uma vez que todas reafirmam a necessidade de garantir a **presença da pessoa presa perante o juiz**, o que não pode ser substituído por transmissão de imagens para a autoridade judicial, ou seja, não havendo lei que preveja a possibilidade, não é cabível que um mero ato normativo interno substitua a função legislativa e traga procedimento não tratado legalmente.

O Princípio da legalidade talvez seja o mais relevante princípio constitucional e se encontra na **Declaração dos Direitos do Homem de 1789**, que relata: *“Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescrita”*. Este é sem dúvida um dos pilares básicos de um Estado que se pretende Democrático e de Direito previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, que assegura a que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, demonstrando assim uma observância ao que foi previsto na Declaração.

⁸ <https://www.dicio.com.br/audiencia/>

Sabemos que vivenciamos tempos excepcionais em face da pandemia do COVID-19 e que exigem uma reconfiguração de diversos aspectos da vida social e das atividades públicas e privadas. Entretanto, nenhuma excepcionalidade permite a afronta direta à Constituição da República ou restrições ilegais de direitos, como no caso, em que há nítida violação do **princípio da legalidade**, basilar de um estado que se pretende democrático e de direito.

Importante destacar que **sequer a decretação do estado de sítio**, art. 137 e ss., CF, previsão constitucional de medida extrema para enfrentamento de calamidades, **admite a suspensão da legalidade ou das garantias processuais penais**.

O entendimento do Comitê de Direitos Humanos da ONU é muito claro ao reafirmar que não cabe na norma a videoconferência, consoante trecho da sua **Observação Geral nº. 35**:

*A pessoa deverá **comparecer fisicamente ante o juiz** ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais. **A presença física das pessoas reclusas permite que se lhes pergunte sobre o tratamento que receberam durante a reclusão**, e facilita o traslado imediato a um centro de prisão preventiva se houver determinação para que continue na prisão. Portanto, **é uma garantia para o direito à segurança pessoal e à proibição da tortura ou dos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes**.*⁹

No mesmo sentido é a posição do STJ sobre o tema:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE PRISÃO PREVENTIVA. CUMPRIMENTO EM UNIDADE JURISDICIONAL

⁹ Observação Geral nº. 35, aprovada em 16.12.2014, § 34, do Comitê de Direitos Humanos da ONU. Não há registro, até essa data, de manifestação formal da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema. Sobre, v. tópico “4.9. A audiência de custódia pode ser realizada por videoconferência?” in PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal brasileiro*. 3ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018, p. 121-125.

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.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da Vara da Seção Judiciária do Paraná, o Suscitante. (CC 168.522/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/12/2019, DJe 17/12/2019)

Tal ilegalidade em que o Tribunal de Justiça de São Paulo incorreu já foi diversas vezes analisada pelo Conselho Nacional de Justiça, que, em todas elas, posicionou-se por reafirmar a impossibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência.

Na **Nota Técnica nº 0004468-46.2014.2.00.0000** do Conselho Nacional de Justiça, aprovada por unanimidade em sua 42ª Sessão Virtual, esse Conselho se posicionou contrariamente à sugestão de alteração legislativa constante do Projeto de Lei do Senado nº. 554/2011 (PL 6620/2016), que visava justamente inserir no CPP a possibilidade (excepcional) de audiência de custódia por videoconferência, tendo em vista a incompatibilidade da utilização desse meio com as finalidades do ato.

No ponto, é verdade, o DMF entende que a utilização do sistema de videoconferência não se coaduna com a finalidade protetiva e garantista insculpida nos tratados internacionais e prevista na Resolução CNJ 213/2015:

*[...] Conforme se constata da Resolução CNJ nº 213/2015, 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, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes;

*A **apresentação pessoal do preso é fundamental**, pois, para inibir e, sobretudo, coibir práticas de torturas e maus tratos, principalmente aquelas praticadas no âmbito das investigações policiais e durante o policiamento ostensivo, para a obtenção de confissão ou informação e para o emprego de castigos a presos e suspeito de crimes.*

Apesar de o Brasil haver ratificado convenções e tratados de direitos humanos para o combate à tortura e ter, em seu ordenamento, leis com objetivos comuns (Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984; Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985; Lei nº 9.455/97) a tortura, ainda, é uma prática “endêmica” em nosso país, segundo se depreende do relatório de inspeção feita em agosto de 2015, pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU), em visita a presídios brasileiros.

Daí que abdicar da apresentação pessoal da pessoa presa à autoridade judicial é desperdiçar um instrumento e uma oportunidade eficazes para impedir e coibir práticas de tortura e maus tratos, eis que a “transmissão de som e imagem” não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona. [...] (g. n.)

Não é novidade no país a tentativa de instituir, por meio de ato normativo interno de tribunal estadual, a utilização da videoconferência para a realização das audiências de custódia.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio da Resolução CM n. 9/2019, buscou essa implementação. Entretanto, após utilização de instrumento idêntico a esse pela Defensoria Pública do estado de Santa Catarina, o Conselho Nacional de Justiça reafirmou a impossibilidade de adoção dessa ferramenta, na decisão proferida na Reclamação para Garantia das Decisões n. 0008866-60.2019.2.00.0000, nos seguintes termos.

“De outro lado, sem olvidar da reconhecida importância da ferramenta ora em análise para o trâmite dos procedimentos

judiciais, sua utilização para as audiências de custódia aparentemente contrasta com os princípios e com as garantias constitucionais que a institucionalização deste procedimento buscou preservar.

Para o caso, importa registrar que a audiência de custódia é ato processual que se consubstancia na apresentação imediata da pessoa presa em flagrante delito perante à autoridade judiciária. Constitui instrumento capaz de qualificar a prisão, otimizar o procedimento persecutório e assegurar direitos às pessoas submetidas à custódia do Poder Público.

[...]

O DMF considerou que a apresentação pessoal do preso é fundamental para inibir e, sobretudo, coibir, as indesejadas práticas de tortura e mais tratos, eis que a “transmissão de som e imagem não tem condições de remediar as vantagens que o contato e a relação direta entre juiz e jurisdicionado proporciona”

[...]

ANTE O EXPOSTO, defiro a medida cautelar requerida para determinar a imediata suspensão do §4º do art. 5º da Resolução CMn. 8/2019 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com redação alterada pela Resolução CM n. 09/2019, mantida a organização regionalizada instituída, objeto de questionamento em outro procedimento. (g. n.)

Não bastassem as referidas decisões, em mais uma oportunidade o CNJ se posicionou contrário à utilização da videoconferência para a realização da audiência de custódia no Procedimento de Controle Administrativo n. 0000930-47.2020.2.00.000, proposto pelo Conselho Seccional da OAB/MA, em face do Provimento n. 01/2020 do Tribunal de Justiça do estado do Maranhão, que instituía a possibilidade de utilização da videoconferência para a realização das audiências de custódia nos plantões judiciários. Nessa oportunidade assim se deu a decisão desse Conselho:

*Nesse contexto, o caso dos autos amolda-se à previsão regimental de decisão monocrática final, ultrapassando-se, inclusive, a análise da medida liminar, uma vez que o **Plenário do CNJ possui pronunciamento recente, manifestado à unanimidade, no sentido da inadequação da realização das referidas audiências por meio de videoconferência.***

[...]

*Assim, por estar o ato sob análise em notório confronto com decisão Plenária deste Conselho, tomada no julgamento da NTEC 4468-46 (Rel. Cons. Márcio Schiefler Fontes, j. 15/02/2019), **declaro a nulidade dos comandos normativos** do Provimento 01/2020, da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Maranhão, que versam sobre a utilização de videoconferência em audiências de custódia. (g. n.)*

Inegável, portanto, que a tentativa do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo de implementação de videoconferência para a realização das audiências de custódia não se coaduna com as normativas que versam sobre a matéria e viola reiteradas decisões deste Conselho, devendo ser novamente rechaçada pelo CNJ.

4. DA RETOMADA DE AUDIÊNCIAS PRESENCIAIS E O PROTOCOLO DE ISTAMBUL

Apesar da imprescindível cautela na retomada das atividades presenciais, que devem sim ser feitas de maneira gradual, é preciso apontar que a **capital do estado de São Paulo**, única comarca que teve a previsão de realização de audiências de custódia por videoconferência, segundo informações extraídas do sítio eletrônico da prefeitura, encontra-se na fase 3 do plano estadual de retomada das atividades e, **desde o dia 6.7.2020, retomou-se o funcionamento de salões de beleza, bares e restaurantes, desde que observadas diretrizes específicas**, por, de acordo com as informações oficiais, ter sido verificada estabilização do número de casos e mortes na cidade mesmo após o início da flexibilização¹⁰.

Sabemos que são instâncias decisórias diversas e que o judiciário paulista tem autonomia frente à prefeitura para definir, embasado em estudos técnicos, o melhor momento e maneira de retomar suas atividades.

10

<http://www.capital.sp.gov.br/noticia/prefeitura-assina-protocolos-de-reabertura-com-entidades-de-bar-es-restaurantes-e-saloes-de-beleza>

Mas se, na capital do estado mais rico desta República, a opção política, a partir de análises e estudos técnicos, é pela reabertura de serviços como salões de beleza, bares e restaurantes, que nada ou pouco se relacionam com a garantia de direitos fundamentais, não nos parece coerente que a retomada das audiências de custódia de maneira presencial possa ser compreendida como menos essencial do que os serviços apontados.

Aliás, o próprio provimento referido prevê a realização de alguns atos presenciais (perícias, entrevistas e avaliações), quando observada a urgência e a inviabilidade de realização deles de maneira virtual, ou seja, nem mesmo o Tribunal de Justiça de São Paulo veda totalmente a realização de atos presencialmente, apenas **não elenca a audiência de custódia como prioridade**, o que, como exaustivamente apontado, não se coaduna com a importância do instituto.

Assim, nesse contexto, ao invés de instituir regra que permita o desvirtuamento do instituto, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem o dever e a prerrogativa de reforçar o papel das audiências de custódia como meio de controle da porta de entrada do sistema prisional e instrumento fundamental de prevenção e combate à tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes, deliberando, à luz das orientações científicas, sobre a conveniência e os meios necessários para uma retomada das audiências de custódia presenciais com a maior brevidade e segurança possíveis.

Importante destacar que a Recomendação n. 62/2020 deste CNJ, ao prever a possibilidade de suspensão excepcional das audiências de custódia no período da pandemia, já traduz o entendimento desse próprio Conselho no sentido da inviabilidade (ou imprestabilidade) da sua realização por videoconferência.

O que se quer dizer, é que, em observância aos movimentos adotados pelos demais entes federativos e outros poderes constituídos, não é o momento de colocar em risco um instituto tão caro ao estado democrático de direito, como as audiências de custódia, com esse desvirtuamento de seu procedimento. Pelo contrário, é momento de reforçar sua importância e, elencando-a como prioritária para a retomada de atividades presenciais, estabelecer diretrizes sanitárias para sua realização, desde a utilização de equipamentos de proteção individual, até a readequação do espaço físico, passando pela definição rigorosa de horários para que ocorram com o mínimo risco possível.

Enquanto isso não é possível, uma forma de se coibir, prevenir e combater práticas de tortura e maus tratos já foi elucidada por este próprio órgão recentemente, no mês de junho, ao incluir o artigo 8-A na Recomendação nº 62/2020 e dispor que, enquanto houver a suspensão das audiências de custódia, o tribunal deverá estabelecer diretrizes para, principalmente, fiscalizar a *“realização prévia de exame de corpo de delito ou exame de saúde e à juntada aos autos do respectivo laudo ou relatório, bem como do registro fotográfico das lesões e de identificação da pessoa, resguardados a intimidade e o sigilo, nos termos das diretrizes previstas na Recomendação CNJ nº 49/2014”* (artigo 8-A, parágrafo 1º, inciso V).

Estabelecer mecanismos reconhecidos internacionalmente como propulsores para prevenção da tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, como é o caso do Protocolo de Istambul, que já fora recomendado pelo próprio CNJ, é indubitavelmente uma forma mais segura e efetiva para coibir essas práticas.

Tal recomendação, embora exista há 6 (seis) anos, nunca foi alvo de implementação, visando-se o devido cumprimento por parte dos tribunais estaduais. Assim, a situação prisional, em conjunto com o aumento da violência policial e o período

de pandemia clamam por uma atitude mais efetiva e qualificada do Poder Judiciário paulista.

Nesse mesmo sentido, independente da realização ou não da audiências de custódia, entendemos pela importância da utilização de mecanismos que permitam a adequada apuração sobre a existências de indícios de tortura ou maus tratos no momento da prisão, com destaque, aqui, tanto para as medidas que já constam no art. 8º, §1º, II, e §2º, Rec. n. 62/2020, CNJ, como no Protocolo de Istambul da Organização das Nações Unidas.

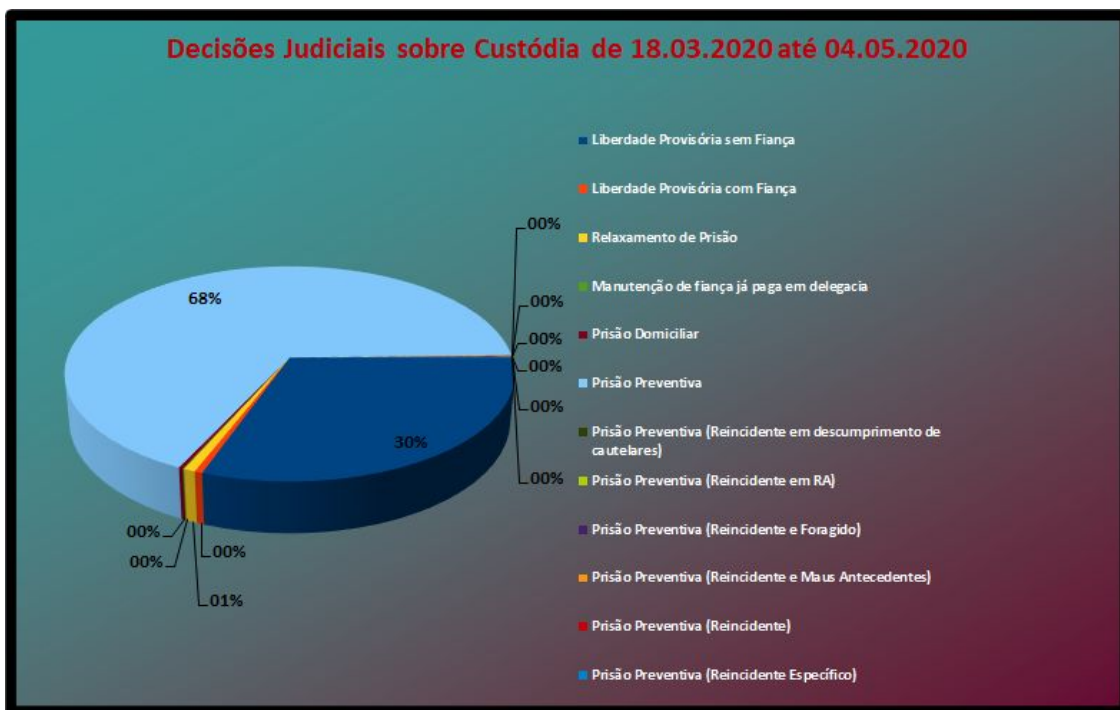
5. DO DIPO, DA DESIGNAÇÃO ILEGAL DE JUÍZES E DO ELEVADO NÚMERO DE MANUTENÇÃO DE PRISÕES

Em relação ao Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (DIPO) da Capital, cujas Varas são as responsáveis pela realização das audiências de custódia, importante lembrar que está em andamento neste Conselho o Procedimento de Controle Administrativo 0000851-39.2018.2.00.0000, que trata da violação da Lei Complementar Estadual 1.208/2013 pela Corregedoria Geral de Justiça e pelo Conselho Superior da Magistratura, ambos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

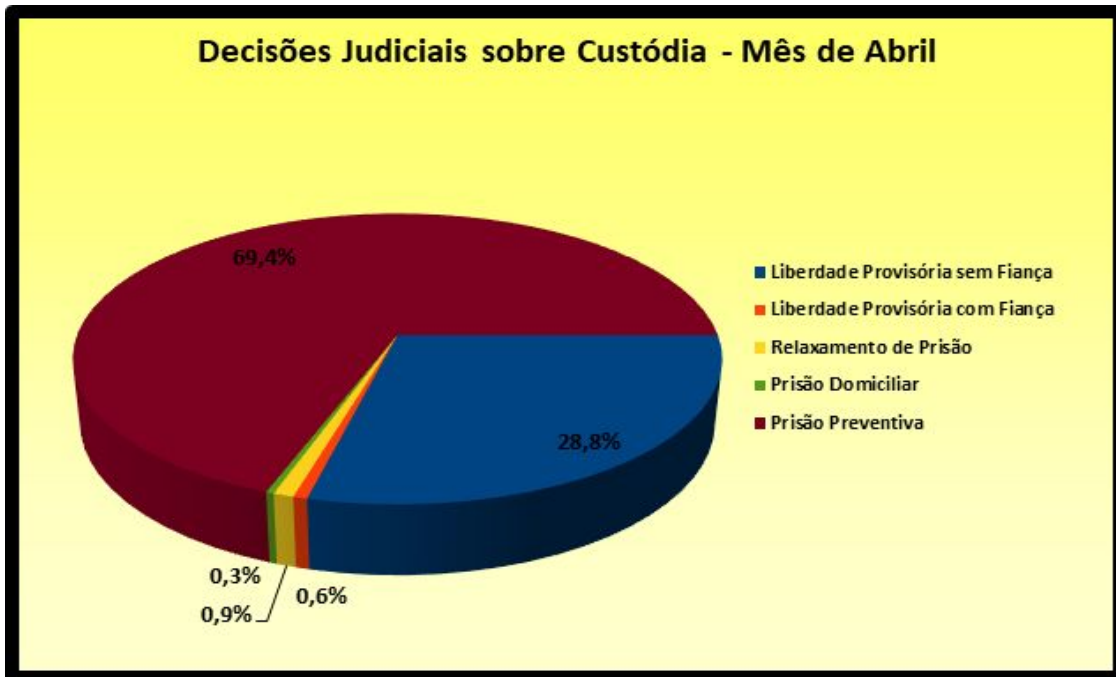
Ademais, relevante destacarmos que mesmo com o crescente número de casos confirmados da COVID-19¹¹, tanto em pessoas presas, quanto em agentes prisionais, o Tribunal de Justiça de São Paulo ignora a Recomendação n. 62/2020, do CNJ, violando, por conseguinte, o direito à saúde e à vida de milhares de pessoas.

¹¹ De acordo com dados do Ministério da Saúde, no Brasil já passamos de **1.577.004 casos** confirmados e **64.265 mortes**. Já no estado de São Paulo passamos de **312.530** casos de Covid-19 confirmados e **15.996 mortes** sendo, atualmente o estado com maior número de óbitos e casos no Brasil. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 04/07/2020, às 18:25

Ilustrativo dessa postura são os números de prisões em flagrante convertidas em preventivas na capital paulista, a maior “porta de entrada” de pessoas para as prisões brasileiras. Em levantamento feito pela Defensoria Pública do estado de São Paulo, constatou-se que, durante a pandemia do COVID 19, ou seja, no período de 18/03/2020 até 04/05/2020, o **índice de conversões de prisões em flagrante em preventiva ficou acima de 68%**, conforme gráfico abaixo.



Em abril de 2020, mês inteiro sob a pandemia, o índice de conversões do flagrante em preventivas foi de **inaceitáveis 69,4%**, conforme gráfico que segue.



Em **maio** deste ano, outro mês inteiro durante a pandemia, o índice de conversões do flagrante em preventivas foi de **72%**, ou seja, **em relação ao mês anterior (abril), houve aumento de 2,6% de prisões.**

No período de fevereiro a dezembro de 2018, a **média geral de manutenção de prisões** na capital paulista foi de **66,87% dos casos**. Entre **janeiro e março de 2019**, a porcentagem total de manutenção de prisões foi de **69,31%**, ou seja, comparando-se o período de Pandemia com os dados dos anos anteriores, fica evidente que a postura do judiciário paulista permanece praticamente a mesma (com um leve aumento no índice de prisões, inclusive), mesmo com uma Pandemia inédita na contemporaneidade.

Note-se que tem ocorrido, inclusive, a manutenção da prisão de pessoas pela tentativa de prática de furto, inclusive de bens insignificantes, como *shoyu*, aparelho de barbear, xampu, refrigerantes, sucos, desodorantes etc.¹².

6. DO PEDIDO

Requeremos seja deferida medida liminar/cautelar nesta **RECLAMAÇÃO PARA GARANTIA DAS DECISÕES** para **SUSPENDER** a vigência do artigo 28 do Provimento CSM n. 2564/2020, do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, **vedando-se a realização de audiência de custódia por videoconferência**, e, após o regular processamento do feito, **ANULAR** o referido dispositivo, por conta de afronta à Convenção Americana de Direitos Humanos, ao Código de Processo Penal, à Resolução n. 213/2015, CNJ e às inúmeras decisões desse Conselho já tomadas anteriormente, conforme acima detalhado.

Além disso, que se recomende ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que elenque a audiência de custódia como prioritária para a retomada dos atos presenciais, com a observância de rígidas normas sanitárias.

Por fim, independentemente da solução a ser dada sobre os pleitos anteriores, que seja determinada a observância estreita do art. 8-A da Recomendação n. 62/2020, CNJ.

De São Paulo para Brasília, 08 de julho de 2020.

THIAGO DE LUNA CURY

¹² Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/justica/em-plena-pandemia-justica-de-sp-mantem-presos-homens-que-roubaram-barba>/Acesso em 13/05/2020, às 13h37min.

Defensor Público do Estado de São Paulo
Coordenação do Núcleo Especializado de Situação Carcerária

MATEUS OLIVEIRA MORO

Defensor Público do Estado de São Paulo
Coordenação do Núcleo Especializado de Situação Carcerária

LEONARDO BIAGIONI DE LIMA

Defensor Público do Estado de São Paulo
Coordenação do Núcleo Especializado de Situação Carcerária

RAFAEL LESSA VIEIRA DE SÁ MENEZES

Defensor Público do Estado de São Paulo
Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos

DAVI QUINTANILHA FAILDE DE AZEVEDO

Defensor Público do Estado de São Paulo
Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos

DANIELA BATALHA TRETTEL

Defensora Pública do Estado de São Paulo
Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos