

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALEXANDRE MANUEL LOPES RODRIGUES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Manuel Lopes Rodrigues; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-331-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Constituição. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Uma vez mais impossibilitados do encontro presencial em razão da vigência da Pandemia provocada pela pulverização do Covid-19, reunimos, numa tarde de sábado do inverno brasileiro, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Tamanha é a envergadura dos trabalhos ora apresentados que a ausência do contato pessoal e do calor dos debates presenciais foi minimizada pela profundidade e qualidade das discussões virtuais que versaram sobre os assuntos doravante apresentados.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, publicado em razão do III Encontro Virtual do Conpedi:

Os autores Filipe Ribeiro Caetano e Carmen Hein De Campos, em A ‘GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA’ COMO FUNDAMENTO (IN)VÁLIDO PARA A PRISÃO PREVENTIVA, discutem a (in)validade da garantia da ordem pública para a decretação de prisão preventiva, afirmando a imprescindibilidade da demonstração de necessidade (*periculum libertatis*) para a imposição da segregação cautelar. Trata-se, pois, de trabalho crítico quanto às práticas ora vigentes em cotejo com a Constituição Federal de 1988.

Leonardo Carvalho Tenório de Albuquerque e Ana Paula Quadros Guedes Albuquerque, em A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CRIMES GRAVES ENQUANTO COMPORTAMENTO PÓS-DELITIVO APTO A INFLUENCIAR A ATIVIDADE DE DOSIMETRIA DA PENA PELO JUIZ, sustentam que os procedimentos de Justiça Restaurativa podem também ser adotados em casos de delitos mais graves, com potencial de repercutir favoravelmente ao condenado no momento da determinação da medida de pena. Objetiva o artigo, através de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, apresentar, assim, sem pretensão de esgotar a matéria, razões pelas quais a Justiça Restaurativa pode ser igualmente adotada como técnica alternativa nos delitos de maior gravidade e expor de que maneiras um eventual acordo restaurativo pode influenciar na dosimetria da pena à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

Hamilton da Cunha Iribure Júnior, Rodrigo Pedroso Barbosa e Douglas de Moraes Silva, em A EVIDENTE AUSÊNCIA DE CELERIDADE NO PROCESSO PENAL: INÚTIL

TENTATIVA DE CELEBRAR AS GARANTIAS PROCESSUAIS FUNDAMENTAIS, analisam o atraso da prestação jurisdicional e o conseqüente declínio das garantias fundamentais. O marco teórico se sustenta no pensamento Iluminista de Beccaria frente ao autoritarismo de um Estado punitivista. A problemática situa-se na investigação das conseqüências da ausência de celeridade na prestação jurisdicional penal. Aplicando a metodologia analítico-dedutiva conclui-se que as garantias processuais estatuídas na Carta Constitucional ficam fragilizadas, à medida que o Estado não cumpre metas humanitárias. A nova ordem processual garantista não compactua com a morosidade de um Estado que não prima pela efetividade dos direitos fundamentais.

Gisele Mendes De Carvalho e João Vitor Delantonia Pereira, em A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA A RÉUS REINCIDENTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA, externam uma compreensão sobre os fundamentos e os requisitos necessários ao emprego do princípio da insignificância, bem como criticam o entendimento doutrinário e jurisprudencial que nega sua aplicabilidade aos réus reincidentes. Com efeito, estudam o princípio bagatela como causa de exclusão de tipicidade material, em consonância com a teoria da tipicidade conglobante. Noutra giro, examinam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colhendo-se o entendimento da Corte sobre a temática. Por fim, expõem as razões que os levaram a consignar a total viabilidade da aplicação do princípio da insignificância às condutas perpetradas por réus reincidentes.

Cristina de Albuquerque Vieira e Geovana Faza da Silveira Fernandes, em A PANDEMIA CAUSADA PELO NOVO CORONAVÍRUS E OS DESAFIOS NA GESTÃO DAS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS, externam que a necessidade de realização do isolamento social, decorrente do novo coronavírus, ensejou uma migração abrupta do trabalho presencial para o remoto, obrigando o Poder Judiciário a tomar iniciativas imediatas a fim de retomar o andamento dos processos judiciais. Uma das medidas mais impactantes na esfera criminal foi a autorização pelo Conselho Nacional de Justiça de realização das audiências de modo virtual. Assim, propõem examinar os desafios estruturais, materiais e éticos de implantação das audiências criminais virtuais, bem como algumas estratégias de superação, orientadas ao cumprimento das finalidades para as quais o ato processual se destina.

José Claudio Monteiro de Brito Filho e Juliana Oliveira Eiró do Nascimento, em A PERMANÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO VÍRUS SARS-COV-2, discutem a permanência da audiência de custódia por meio da videoconferência após o período de pandemia do Sarscov-2. O objetivo é analisar a possibilidade de realizar tal ato por videoconferência de forma regular após o surto causado pelo Coronavírus. Concluem o texto

com o entendimento de que a utilização da virtualidade para concretizar a audiência de custódia não assegura adequadamente os direitos e garantias do preso, não sendo possível a sua concretização regular por esse meio tecnológico, devendo ser apenas paliativo e temporário.

Carolina Trevisan de Azevedo, em *A TENSÃO ENTRE A POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO E O DIREITO À SAÚDE EM MEIO À CRISE PANDÊMICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO HC 188.820 DO STF*, explora, a partir do HC 188.820 do STF, a tensão observada nos Tribunais brasileiros entre a Política de encarceramento e o Direito à Saúde durante a atual pandemia. Opta-se pela metodologia de revisão bibliográfica para alcançar algumas considerações quanto à liminar que acolheu, parcialmente, em dezembro de 2020, o pedido de concessão de prisão domiciliar para os integrantes do grupo de risco da Covid-19, em estabelecimentos superlotados, desde que não respondam por crimes envolvendo violência ou grave ameaça. Pontua a autora que, apesar de representar um avanço, a decisão apresenta um caráter restritivo e algumas questões em aberto.

Andréa Flores e Karina Ribeiro dos Santos Vedoatto, em *A TUTELA DA DIGNIDADE DAS VITIMAS CRIMINAIS NO DIREITO BRASILEIRO– AVANÇOS E PERSPECTIVAS*, sustentam que, com as atrocidades decorrentes da 2ª Guerra Mundial, inicia-se a busca pela tutela da dignidade das vítimas. A partir daí, pesquisas buscaram identificar a vitimização, suas causas, espécies e consequências, levando ao surgimento de documentos reconhecendo direitos dos ofendidos, que não se mostraram suficientes para tutelá-los. As pesquisas demonstraram que muito deve ser feito no ordenamento jurídico brasileiro, em que, embora haja legislações reconhecendo direitos às vítimas, o caminho a ser percorrido é longo, seja pela edição de legislações, seja pela implementação de políticas públicas.

Yasmin Monteiro Leal e Yuri Anderson Pereira Jurubeba, em *ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 199/2019 E A POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO NO PROCESSO PENAL*, tecem uma análise crítica da PEC nº 199/2019, que visa antecipar o trânsito em julgado para segunda instância. Para efetivar tal intento, apresentam uma pesquisa qualitativa, alcançada por meio de pesquisa tecnológica, livros e artigos. Apresentam, outrossim, uma síntese do processo penal brasileiro, além de uma cronologia plenária do STF relacionada ao princípio da presunção de inocência e ao momento da execução penal, sem prejuízo da apresentação da referida PEC. Obteve-se, em conclusão, que o atual processo penal influencia para impunidade e insegurança jurídica.

Marcelo de Almeida Nogueira e Roosevelt Luiz Oliveira do Nascimento, em AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS COMO ALTERNATIVAS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, fazem uma análise da eficácia da Pena Privativa de Liberdade e lembram a incidência grande de reincidência. Nessa ordem de ideias, fazem uma apologia das chamadas penas restritivas de direitos, uma vez que, afinal, a pena não pode ser encarada, tão somente, como uma manifestação de Poder do Estado.

Pedro Franco De Lima, Francelise Camargo De Lima e Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima, em ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA, buscam demonstrar a assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia. O objetivo é verificar em que medida a regulação da vida cotidiana por parte do Estado faz com que a integralização do Direito Penal com o Direito Administrativo se torne possível. Aborda-se o paralelo existente entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, através do estudo das técnicas de reenvio. A abordagem do tema foi feita através do método dedutivo e dialético, em que o estudo da assessoriedade administrativa do Direito Penal em tempos de pandemia foi apresentado utilizando-se das diversas fontes de conhecimento.

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, em CIBERCRIMINALIDADE E IMIGRAÇÃO: A CONVENÇÃO DE BUDAPESTE E SEU PROTOCOLO ADICIONAL PARA INCRIMINAÇÃO DO RACISMO E DA XENOFOBIA PRATICADOS POR MEIO DE SISTEMAS INFORMÁTICOS, externa uma problemática radicada na necessidade de mecanismos que obstaculizem a transformação da internet em um território de propagação de crimes de racismo e xenofobia. A partir do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental analisa-se: a) em que medida a Convenção de Budapeste sobre Cibercriminalidade viabiliza respostas coordenadas a uma forma de criminalidade que requer uma persecução penal que perpassa pela cooperação internacional; b) a importância do Protocolo adicional à Convenção de Budapeste na incriminação do racismo e da xenofobia praticados por meio de sistemas informáticos.

Isabela Andrezza dos Anjos e Fábio André Guaragni, em CORRUPÇÃO PRIVADA E TRATAMENTO INTERNACIONAL, intentam averiguar qual é o tratamento conferido pelos instrumentos internacionais e pela legislação estrangeira à corrupção e, mais especificamente, à corrupção privada. Para tanto, realizando uma pesquisa explanatória e utilizado como procedimento de pesquisa o bibliográfico e o documental, busca-se compreender como a doutrina vem interpretando o tema e avaliar se existe uma orientação

quanto à criminalização da corrupção privada no âmbito internacional e consenso quanto aos modelos de tipificação. Ao final, foi observada grande heterogeneidade no que diz respeito aos modelos de tipificação.

Gabriela Silva Paixão, em **HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE SEUS FUNDAMENTOS E PERMANÊNCIA**, revela que o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), um híbrido de hospício e prisão, permanece no Brasil em oposição à desinstitucionalização promovida pela Reforma Psiquiátrica. Diante dessa contradição, a autora analisa os fundamentos teórico-normativos de sua existência; a conjugação do interesse científico do Direito Penal e da Psiquiatria em patologizar o crime; e sua permanência baseada apenas na noção de periculosidade presumida do louco-infrator. Busca-se, também, compreender como a medida de segurança atua enquanto instrumento de contenção do crime-louco. Para tanto, realizou-se pesquisa teórica sobre o tema, por meio de acesso à bibliografia especializada e da coleta de dados legislativos e jurisprudenciais.

Marcelo Costenaro Cavali e Vanessa Piffer Donatelli da Silva, em **INSIDER TRADING: ANÁLISE DOS ELEMENTOS DO CRIME DE USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA**, examinam aspectos do crime de uso indevido de informação privilegiada, previsto no art. 27-D da Lei n. 6385/1976 desde o advento da Lei n. 10.303/2001. Além da jurisprudência existente sobre esse crime nos vinte anos de vigência do tipo penal, são analisadas questões controversas, como a competência para o julgamento e processamento do delito, os possíveis sujeitos ativos do crime, o conceito de informação privilegiada e o significa de seu uso indevido, além do rol de valores mobiliários.

Priscilla Macêdo Santos e Lorena Melo Coutinho, em **MÃES VIGIADAS: UM ESTUDO SOBRE A EFICÁCIA SOCIAL DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS COLETIVO 143.641 CONCOMITANTE À APLICAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO ESTADO DE ALAGOAS**, apresenta uma pesquisa empírica elaborada no Estado de Alagoas para averiguar os efeitos do HC coletivo 143.641 deferido pelo STF em 2018, que decidiu por converter a prisão processual preventiva em prisão domiciliar para mulheres na condição de gestantes ou mães com filhos de até 12 anos, associado à aplicação da medida cautelar do monitoramento eletrônico. Partindo da abordagem dedutiva, buscou-se contribuir ao debate processual penal com análise documental de decisões judiciais alagoanas concomitante à realização de entrevistas semiestruturadas com todos os atores processuais e administrativos envolvidos no afã de averiguar os impactos na realidade das mães vigiadas pelo Estado.

Fernanda Analu Marcolla e Alejandro Knaesel Arrabal, em **MEDIAÇÃO TECNOLÓGICA E FRAUDE DIGITAL: IMPACTOS NA PANDEMIA POR COVID-19**, externam trabalho que tem por objeto de investigação o fenômeno da fraude digital no plano da mediação tecnológica, considerando os impactos presentes na pandemia da Covid-19. Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica, legislativa e de dados obtidos a partir de fontes indiretas, o estudo indica que, em decorrência no isolamento social, muitas atividades econômicas migraram para a modalidade home office, o que aumentou o número de acessos a rede global de computadores. Observou-se que a falta de segurança tecnológica associada ao crescente acesso à rede por usuários tecnologicamente vulneráveis, tem implicado no incremento de fraudes digitais.

Adriane Garcel, Laura Gomes de Aquino e Eleonora Laurindo de Souza Netto, em **O DOLO A PARTIR DO GIRO LINGUÍSTICO: UMA PROPOSTA**, objetivam, como solução à problemática da insuficiência das teorias psicológicas e normativas na caracterização do dolo, apresentar um novo paradigma interpretativo a partir da filosofia da linguagem e da teoria significativa. Propõe-se compreender o dolo como um compromisso com o resultado, no qual os jogos de linguagem atribuem significado à ação. Como metodologia, parte-se da análise bibliográfica dos trabalhos de Vives Antón, Ludwig Wittgenstein, Paulo César Busato e Rodrigo Cabral para explicar o maior grau de reprovabilidade inerente às condutas dolosas, bem como a caracterização do dolo eventual.

Alexandra Fonseca Rodrigues e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues, em **O PODER PUNITIVO ESTATAL X OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO: ESTABELECENDO AS REGRAS PARA UMA RACIONALIDADE PENAL**, objetivam efetivar uma análise do Poder Punitivo Estatal e dos direitos fundamentais do acusado à luz de uma racionalidade penal crítica e valorativa. O escopo é o de entender quais os limites para que o exercício do jus puniendi estatal não sacrifique os direitos e garantias do réu, reservando a este um papel de inimigo estatal. Para tanto, será proposto o estudo das relações de Poder Estatal, especialmente no âmbito criminal; dos direitos fundamentais do acusado; e das regras que devem ser obedecidas para a construção de um Direito material e processual Penal mais efetivo, crítico e constitucionalizado.

Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, em **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO JULGADOR ORIGINÁRIO E A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO**, tratam da competência originária do STF em julgar crimes comuns e a (in)aplicabilidade do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Trata-se de um texto fruto de pesquisa teórica e documental, em que, a partir da utilização do método lógico-abstrato, a questão é discutida à

luz do texto constitucional, que não possibilita qualquer ressalva quanto ao direito ao recurso, e o Pacto de São José da Costa Rica.

André Giovane de Castro e Emanuele Dallabrida Mori, em PANDEMIA DE COVID-19 E MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UM ESTUDO DE CASO SOBRE A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, os autores revelam que a pandemia de Covid-19 desafia os controles sanitário e securitário. Enfatizam que o trabalho objetiva analisar o sistema carcerário brasileiro à luz dos direitos humanos e da violência, bem como refletir a adoção do monitoramento eletrônico, com o intuito de conter a disseminação do vírus, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A partir da metodologia do estudo de caso, considerando a seleção e o exame de jurisprudência, observou-se a resistência à utilização da tornozeleira eletrônica e a necessidade de contestar a racionalidade punitiva.

Luiza Cristina de Albuquerque Freitas, em TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO DE ESCRAVO: O RECONHECIMENTO DO CRIME A PARTIR DA VIOLAÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR, revela que, apesar de formalmente proibido, o trabalho em condições análogas a de escravo continua sendo utilizado no Brasil. O estudo tem como objetivo analisar a interpretação dada ao artigo 149 do CPB pelo TRF-3 e permitiu constatar que, no âmbito do TRF 3, diferentemente dos demais, o conceito de trabalho escravo é desassociado da necessária restrição de liberdade do trabalhador, sendo reconhecida a alternatividade do tipo penal e, ainda, a tutela da dignidade da pessoa como bem jurídico protegido.

Alexander Rodrigues de Castro e Wanderson Fortunato Loiola Silva, em VIOLÊNCIA SEXUAL DE MENORES, A DIGNIDADE HUMANA E SEUS REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, abordam o tratamento que as legislações, ao longo da história, dispensaram à criança, a iniciar pelo Código de Hamurábi até o Estatuto da Criança e do Adolescente. Mostram a chegada da criança, vítima de violência sexual intrafamiliar, ao Sistema de Justiça, e as principais dificuldades observadas pelos profissionais para o enfrentamento do fenômeno, bem como seus reflexos nos direitos da personalidade. Por último, apontam alternativas à proteção da criança à luz da legislação vigente. Para tanto, o trabalho utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em pesquisa e revisão bibliográfica de obras, artigos de periódicos, legislação e jurisprudência.

Lidiane Moura Lopes e Maria Vitória de Sousa, em ‘GASLIGHTING’ E A SAÚDE MENTAL: OS EFEITOS DA PANDEMIA NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER, discutem a violência psicológica contra a mulher,

que ganha contornos de crueldade na figura do “gaslighting”, já discutido a tempo na dramaturgia e que se revela como o comportamento que leva o agressor a inculcar na mente da vítima que esta está perdendo a sanidade. Analisa-se a proteção constitucional dada a mulher contra as formas de violência doméstica, as principais medidas de enfrentamento da questão, notadamente diante do isolamento social provocado pela pandemia causada pelo COVID-19.

Pode-se observar, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e/ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Inverno de 2021

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

A PERMANÊNCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO VÍRUS SARSCOV-2

THE PERMANENCE OF THE CUSTODY HEARING BY VIDEO CONFERENCE AFTER THE PANDEMIC PERIOD CAUSED BY THE SARSCOV-2 VIRUS

José Claudio Monteiro de Brito Filho ¹
Juliana Oliveira Eiró do Nascimento ²

Resumo

Neste artigo, discute-se a permanência da audiência de custódia por meio da videoconferência após o período de pandemia do Sarscov-2. O objetivo é analisar a possibilidade de realizar tal ato por videoconferência de forma regular após o surto causado pelo Coronavírus. Por fim, conclui-se que a utilização da virtualidade para concretizar a audiência de custódia não assegura adequadamente os direitos e garantias do preso, logo não é possível a sua concretização regular por esse meio tecnológico, devendo ser apenas paliativo e temporário. Utiliza-se o método indutivo, dedutivo e hipotético-dedutivo, uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Audiência de custódia, Videoconferência, Pandemia, Coronavírus, Covid-19

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses the permanence of the custody hearing through videoconference after the Sarscov-2 pandemic. The objective is to analyze the possibility of carrying out such an act by videoconference on a regular basis after the outbreak caused by the Coronavirus. It is concluded that the use of virtuality to carry out custody hearings does not adequately ensure the rights and guarantees of the prisoner, therefore its regular realization by this technological means is not possible, and should only be palliative and temporary. The inductive, deductive and hypothetical-deductive method, a documentary and bibliographic analysis and a qualitative approach are used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Custody hearing, Video conference, Pandemic, Coronavirus, Covid-19

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP. Vice-Coordenador do PPGD/CESUPA.

² Mestranda em Direitos, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Centro Universitário do Pará (CESUPA). Advogada no escritório André Eiró Advogados.

1 INTRODUÇÃO

A audiência de custódia é um ato pré-processual de realização obrigatória por parte dos magistrados e tribunais, em um prazo máximo de 24 horas após a prisão do sujeito, e tem por finalidade aferir, por meio dos elementos angariados pelo contato pessoal com o preso, sobre a legalidade da prisão, bem como decidir sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva, a necessidade, suficiência e adequação de medidas cautelares diversas da prisão, sobre a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança e, por fim, se o detido teve violada sua integridade física ou psicológica por conta de abusos das autoridades policiais.

Ressalta-se que tal ato está previsto em diversos diplomas internacionais, sendo que de dois deles o Brasil é signatário desde 1992, a saber: art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH – (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969 e art. 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PIDCP -, de 16 de dezembro de 1966.

Contudo, até 2015, o Brasil não havia tomado nenhuma providência para tornar a realização das audiências de custódia um ato obrigatório em todo o país. Em razão disso, o exame da legalidade das prisões realizadas no Brasil e a decisão da sua homologação ocorriam somente com base na análise do Auto de Prisão que era remetido ao juiz em conjunto com o exame de corpo de delito.

Somente após 23 anos da adesão do País aos mencionados diplomas internacionais que a realização das audiências de custódia passou a ser regulamentada por meio da Resolução CNJ nº 2013/15 e, com isso, os sujeitos presos passaram a ser conduzidos sem demora à presença da autoridade judiciária competente.

Convém destacar que, apesar de estar sendo realizada desde 2015, a audiência de custódia somente passou a ter o seu fazimento expressamente prevista no Decreto Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal – (BRASIL, 1941), em 2019, com a nova redação dada ao artigo 310 pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Atualmente, porém, em decorrência da disseminação do vírus Sars Cov-2, tornaram-se necessárias medidas que reduzissem o contato pessoal entre os indivíduos com a finalidade de diminuir o contágio e preservar a vida e a saúde humana. À vista disso, não era mais adequado o fazimento de audiências presenciais no país, passando o CNJ, através da

Resolução nº 329/2020, a admitir e regulamentar a efetivação das audiências por meio da videoconferência.

Há de se salientar que, no que tange às audiências de custódia, a princípio, a mencionada Resolução havia vedado expressamente a sua realização por meios virtuais, sob o argumento de que somente o seu fazimento presencialmente poderia ser capaz de concretizar as finalidades do ato e, igualmente, assegurar os direitos e garantias do sujeito preso.

Porém, as consequências de não admitir as audiências de custódia por videoconferência foram ainda piores, pois, suspensas em todo país, o exame da legalidade das prisões retrocedeu ao método utilizado antes de 2015, ou seja, tornou a ocorrer por meio apenas dos expedientes escritos, o que causava uma análise de regularidade do aprisionamento ainda mais precária do que a realizada por meio da videoconferência.

Por essa razão, tendo em vista que a necessidade da concretização obrigatória e urgente das audiências de custódia em prol de assegurar Direitos Humanos e fundamentais dos sujeitos presos, o CNJ alterou a Resolução nº 329/2020, passando a admitir e regulamentar a realização das audiências de custódia por meio da videoconferência, quando não foi possível o seu fazimento de forma presencial em até 24 horas.

Diante disso, a presente pesquisa reúne informações com a finalidade de responder ao seguinte problema de pesquisa: Em que medida a realização das audiências de custódia por videoconferência asseguram direitos e garantias do preso de modo a ser possível o seu fazimento regular por esse meio tecnológico após a pandemia do vírus Sars Cov-2?

Acredita-se que a audiência de custódia realizada por videoconferência, ainda que cumprida toda a regulamentação legal, não é o meio mais adequado para atender devidamente as finalidades do ato. Com isso, supõe-se que deve ser apenas um meio provisório de preservar a vida e saúde dos usuários e servidores do sistema judiciário, durante o período de pandemia, sem que seja necessário suspender a audiência e retomar a uma análise superficial da legalidade das prisões por meio dos expedientes escritos. Desse modo, não seria cabível o uso regular desse meio telemático após o período de surto causado pelo novo Coronavírus.

O presente estudo se justifica pela necessidade de pesquisas sobre as consequências advindas da utilização desses novos meios tecnológicos para a efetivação das audiências de custódia nos direitos e garantias dos sujeitos detidos, de modo que se verifique a possibilidade

de, após o período da pandemia causada pelo SarsCov-2, manter de forma regular na prática judiciária a concretização de tal ato por meio da videoconferência.

Ademais, tem relevância internacional, visto que a realização das audiências de custódia é um direito previsto por diversos diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário e, também, é uma forma de proteger os indivíduos dos abusos e arbitrariedades do Estado, tornando-se meio valioso para efetivação dos Direitos Humanos dos sujeitos submetidos à prisão.

Acrescenta-se que, atualmente, devido a pandemia causada pelo vírus SarsCov-2 ser demasiadamente recente, bem como a utilização desse novo meio tecnológico no fazimento das audiências de custódia ser igualmente novo, é possível constatar uma carência de reflexões sobre as consequências da atual conjuntura e as suas influências no sistema penal. Ao se fazer uma busca no catálogo de Teses e Dissertações da CAPES e na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações, pelas palavras-chaves “Audiência de Custódia no Período de Pandemia”, “Audiência de Custódia por Videoconferência”, verificou-se que ainda é incipiente o número de produções acadêmicas que proponham tal análise e investigação.

Desse modo, o presente estudo apresenta relevância teórica pela produção de conteúdo que relaciona a questão da utilização da videoconferência com a realização das audiências de custódia, bem como pela análise das consequências da utilização dessa nova tecnologia nos direitos e garantias dos sujeitos presos.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a possibilidade de implementar de forma regular a utilização da videoconferência para o desenvolvimento das audiências de custódia na prática judiciária, após o período de pandemia causada pelo novo vírus SarsCov-2. Para atingir o fim almejado, o presente artigo é estruturado em cinco itens, sendo o primeiro esta introdução; o segundo explana sobre a audiência de custódia no Brasil; o terceiro examina a realização da audiência de custódia durante o período de pandemia provocada pelo SarsCov-2; o quarto analisa a permanência da videoconferência na realização da audiência de custódia após o período de pandemia. Por fim, o quinto e último item apresenta as considerações finais deste estudo.

A pesquisa é substancialmente básica fundamental, tendo em vista que se objetiva progresso científico nos ramos dos Direitos Humanos e fundamentais, bem como Direito

Penal e Processual Penal, no que tange ao conhecimento sobre a utilização da videoconferência na concretização da audiência de custódia.

No que se refere aos métodos que garantem as bases lógicas da investigação científica, utiliza-se o método indutivo, dedutivo, bem como, ao final todo o levantamento e análise bibliográfica e documental foi sistematizado de forma qualitativa para fins de conclusão da pesquisa realizada, por meio do método hipotético-dedutivo.

Ressalta-se que a pesquisa é exploratória teórica e, quanto aos métodos de procedimento, utiliza-se o bibliográfico, pelo exame pormenorizado de conceitos e aspectos teóricos que se relacionem com a realização da audiência de custódia por meio da videoconferência, além da utilização da dogmática legislativa, adequados a pesquisas no ramo do direito. Ademais, quanto às técnicas de pesquisa, utiliza-se a análise de documento de fontes primárias, como normas nacionais e internacionais, princípios constitucionais e processuais penais.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

A audiência de custódia é um ato pré-processual obrigatório em que o sujeito preso é levado, sem demora, à presença da autoridade judicial competente que irá analisar, primeiramente, a legalidade da prisão realizada, isto é, se as suas formalidades foram respeitadas e se o sujeito detido estava em hipótese de prisão, conforme os diplomas jurídicos vigentes. Nesse primeiro momento, se verificada a legalidade da prisão, o juiz deverá homologar, porém, na hipótese de constatada alguma ilegalidade, a prisão deve ser relaxada.

Em seguida, a autoridade judicial passará a analisar questões relativas à necessidade de o indivíduo continuar detido, bem como se necessárias, adequadas e suficientes medidas cautelares diversas da prisão e a possibilidade de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. Ademais, deve averiguar a presença de indícios de abusos, maus tratos ou tortura por partes das autoridades policiais.

A vista disso, a realização da audiência de custódia “[...] pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado.” (PAIVA, 2017, p. 41).

Ressalta-se que a audiência de custódia possui uma enorme importância na garantia de Direitos Humanos e a obrigatoriedade da sua realização sem demora está prevista tanto no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH -, como no artigo 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – PICP -, ambos os diplomas internacionais objetivam evitar que algum indivíduo seja mantido em prisão ilegal ou de forma desnecessária por tempo indevido.

Contudo, apesar de o Brasil ser signatário desde 1992 dos dois diplomas internacionais supramencionados, de modo que ambos os dispositivos possuem, no ordenamento jurídico brasileiro, status de garantia fundamental, bem como eficácia plena e aplicabilidade imediata, conforme o art. 5º, §1º e 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o país, até 2015, não havia demandado nenhum esforço para que as audiências de custódia fossem regulamentadas e realizadas.

É bem verdade que a verificação da legalidade das prisões ocorria nesse período, contudo os juízes deveriam tomar a decisão de homologar ou relaxar a medida restritiva de liberdade somente com base no Auto de Prisão em Flagrante (ADPF), lavrado na delegacia de polícia e encaminhado para a autoridade judicial competente, e no exame de corpo de delito.

Há de se ressaltar que tal modo de aferição de legalidade da prisão é demasiadamente deficiente e inadequado para preservar os direitos e garantias do indivíduo detido. Isso se deve ao fato de o ADPF ser redigido pela própria autoridade policial que, no intuito de legitimar seus atos, pode omitir determinadas circunstâncias que evidenciem a ilegalidade da prisão, bem como, no que tange o exame de corpo de delito, poderia ser feito em momento anterior à ocorrência de maus tratos e torturas, de modo que, quando o preso realmente fosse levado a julgamento, não haveria mais indícios dos abusos.

Ademais, é muito comum que o sujeito privado da liberdade aguarde muitos meses para ser ouvido após a prisão, e essa demasiada demora impossibilita que a autoridade judiciária examine de forma adequada as reais circunstâncias em que se deu a prisão, bem como de questionar se o sujeito foi informado sobre os seus direitos e garantias.

No que tange à verificação da necessidade de manter a medida de privação de liberdade, ausente o contato pessoal com o preso, a verificação de certas condições pessoais do sujeito que denotariam completa ausência de perigo social, por exemplo, também fica por demais prejudicada sem a realização da audiência de custódia.

Contudo, em 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF) deferiu uma medida cautelar na ADPF 347/DF que foi ajuizada com o fim de que medidas fossem impostas para reverter a crise no sistema carcerário que vinha, por diversas vezes, violando direitos fundamentais dos indivíduos detidos.

Na decisão, o STF determinou a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia em todo o país, de modo que todos os juízes e Tribunais passassem a criar medidas para regulamentar e realizar tal ato no prazo máximo de 90 dias, conforme os diplomas internacionais.

Na sequência, o CNJ editou a Resolução nº 2013/15 que passou a regulamentar a realização das audiências de custódia no Brasil como forma de humanizar o ato de prisão e garantir de modo adequado os direitos do sujeito detido que até então vinham sendo violados com a análise da legalidade da prisão somente com base em expedientes escritos.

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.

Destaca-se que, apesar de prevista na Resolução realizada desde 2015, a audiência de custódia só passou a ser devidamente disciplinada no Código de Processo Penal com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, que alterou a redação do art. 310º.

Desse modo, no Brasil, a audiência de custódia passa a ser um ato obrigatório, não somente exigível em hipótese de prisão em flagrante, mas também de prisão temporária e preventiva. Logo, como possui a finalidade de assegurar a integridade física e mental, bem como outros direitos e garantias do preso em prol da sua dignidade, a realização do ato é um dever do Estado e um direito irrenunciável do sujeito detido (LOPES, 2020).

Em síntese, após a prisão, o ADPF deve ser remetido para a autoridade judicial competente e a audiência de custódia deverá ocorrer no prazo máximo de 24 horas, sob pena de responder administrativa, civil e penalmente a autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à sua não realização no prazo estabelecido, conforme §3º do art. 310.

Cabe ressaltar que, no mesmo sentido, a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, a chamada lei de abuso de autoridade (BRASIL, 2019), no art. 9º, PÚ, I, reforça a obrigatoriedade de realizar o ato no prazo legalmente estabelecido, dispondo sobre a

responsabilização daquelas autoridades que deixam de realizar a audiência de custódia no prazo legal de 24 horas sem motivação idônea.

Nessa audiência, o juiz ou o tribunal, após a oitiva pessoal do indivíduo detido, bem como com a presença de seu advogado ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, analisa, primeiramente, se as formalidades dos art. 302 e 303 do Código de Processo Penal foram devidamente cumpridas, bem como se todo o disposto no art. 306 do Código de Processo Penal foi efetivado e, por fim, determina o exame de corpo de delito se ainda não realizado ou se alegado abusos ocorridos após a sua realização.

Em seguida, se constatar que a prisão ocorreu dentro das hipóteses legais, que foram respeitados e informados todos os direitos do detido, bem como que não houve a ocorrência de maus tratos ou tortura, prossegue com a homologação da prisão. Contudo, se verificada qualquer ilegalidade, deve decidir pelo relaxamento da medida privativa de liberdade. (LOPES, 2020)

Ademais, depois de ultrapassada a análise das formalidades da prisão, na hipótese de prisão em flagrante, poderá ocorrer a manutenção da privação de liberdade, ou seja, a conversão em preventiva. Salienta-se que tal conversão, após a edição da Lei nº 13.964/2019, em vista de resguardar o princípio fundamental do processo penal da imparcialidade do julgador, não pode mais ocorrer de ofício, sendo necessário haver representação da autoridade policial ou pedido do Ministério Público. (LOPES, 2020, p.959)

Presente a representação ou o pedido, o juiz ou tribunal passa a analisar a presença dos requisitos *fumus commissi delicti*, isto é, indícios de autoria e prova de materialidade, bem como se está presente o fundamento da conversão, ou seja, *periculum libertati*, analisando se há provas razoáveis de que a liberdade do sujeito cause perigo para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. (LOPES, 2020, p.959)

Ressalta-se que o fundamento da conversão do flagrante em preventiva passou a ser mais bem avaliado com a realização da audiência, pois o contato físico entre a autoridade judiciária competente e o sujeito detido é fundamental para analisar determinadas características físicas e mentais que podem influenciar nessa decisão.

Por fim, como a manutenção da prisão somente deve ocorrer quando estritamente necessária, o juiz ou tribunal deve verificar se não há nenhuma outra medida cautelar diversas

da prisão colacionadas no art. 319 do Código de Processo Penal que seja adequada e suficiente. Somente em seguida, o órgão julgador poderá decidir entre a conversão do flagrante em preventiva ou a liberdade provisória, com ou sem fiança. (LOPES, 2020, p.959)

É importante analisar que, conforme o art. 8º, da Resolução CNJ nº 213, não devem ser admitidas, durante a audiência de custódia, perguntas que antecipem o mérito, o magistrado não deve permitir, sob pena de violar direitos e garantias do preso, que as partes utilizem a audiência de custódia como um palco de debate de culpa ou inocência, visto que essa é a finalidade da audiência de instrução e julgamento e pode violar direitos e garantias do preso.

Nesse sentido, Aury Lopes (2020, p. 967) aponta que:

Essencialmente, a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva (...)). Também evita que o preso somente seja ouvido pelo juiz muitos meses (às vezes anos) depois de preso (na medida em que o interrogatório judicial é último ato do procedimento). A audiência de custódia corrige de forma simples e eficiente a dicotomia gerada: o preso em flagrante será imediatamente conduzido à presença do juiz para ser ouvido, momento em que o juiz decidirá sobre as medidas previstas no art. 310. Trata-se de uma prática factível e perfeitamente realizável. O mesmo juiz plantonista que hoje recebe – a qualquer hora – os autos da prisão em flagrante e precisa analisa-los, fará uma rápida e simples audiência com o detido.

Assim, é possível concluir que a regulamentação das audiências de custódia e a obrigatoriedade de sua realização no prazo máximo de 24 horas, torna possível a diminuição de prisões ilegais, pois assegura um controle dos direitos e garantias dos sujeitos detidos mais adequando, visto que os juízes e Tribunais, ao realizarem a oitiva pessoal do preso pessoalmente, conseguem valorar suas declarações, analisar a existência de indícios de maus tratos e tortura, procedendo com a solicitação da realização do exame de corpo de delito, bem como verificar real existência de perigo na liberdade do sujeito diante de uma representação ou pedido para conversão da prisão em flagrante em preventiva ou aplicação de uma medida cautelar.

3 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DURANTE O PERÍODO DE PANDEMIA PROVOCADA PELO SARSCOV-2

O surto mundial causado pelo novo Coronavírus (Sars Cov-2) teve início em 2019 e, devido alta taxa de mortalidade e facilidade de infecção pelo vírus, no ano de 2020, a Organização Mundial da Saúde – OMS -, bem como o Ministério da Saúde, esse último através da Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020, declararam Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional.

Com isso, o Brasil passou a se mobilizar com a finalidade de controlar a disseminação do novo vírus e resguardar a vida e a saúde de todos os indivíduos. Assim, em 6 de fevereiro de 2020, foi editada a Lei nº 13.979 que disciplinou as medidas que poderiam ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública com o objetivo de proteger a coletividade.

A mencionada lei deve vigorar enquanto durar o estado de emergência internacional e passou a dispor, dentre outras medidas, sobre o isolamento de pessoas contaminadas e de alguns objetos que pudessem propagar a doença, bem como sobre a quarentena, que consiste em restringir algumas atividades ou até mesmo isolar as pessoas e objetos que se suspeita estar contaminado, a lei destaca que os sujeitos afetados por essas medidas devem ter garantido o respeito à dignidade, aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais, bem como aponta que as pessoas que descumprirem as medidas previstas poderão sofrer responsabilização.

Ressalta-se que, devido o altíssimo número de mortes e de sujeitos contaminados, bem como pela velocidade que a doença se espalhava pelo globo terrestre, o distanciamento social passou a ser fundamentalmente necessário para a preservação da vida humana e, em março de 2020, a OMS reconheceu a pandemia da doença.

Diante desse contexto, no que tange o ordenamento jurídico brasileiro, aqueles atos que demandavam o contato pessoal para serem concretizados, em prol da vida e da saúde, não poderiam mais ser realizados dessa maneira. Contudo, as práticas judiciárias não poderiam ser interrompidas, conforme art. 93, XII, da CF.

Em razão disso, muitos Juízes e Tribunais, passaram a regulamentar e a realizar as audiências por meio da videoconferência. Como exemplo, pontua-se que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou o Ato Normativo Conjunto TJ/CGJ nº 04/2020 e informou, através da Assessoria de Imprensa do TJ/RJ, que o órgão passaria a realizar as audiências de custódia por meio de videoconferência durante período de pandemia. (BRASIL, *online*).

Ademais, nos moldes do art. 103-B, §4º, I, da Constituição Federal de 1988, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a editar diversas Resoluções e Recomendações com o objetivo de dar continuidade aos atos processuais de forma a assegurar direitos e garantias processuais, estabelecendo parâmetros, por exemplo, para a utilização da videoconferência com segurança e adequação.

No que tange às audiências criminais, tendo em vista a previsão legislativa do art.185, §2º, IV do Código de Processo Penal e o entendimento de que a pandemia provocada pelo novo vírus foi considerada “gravíssima questão de ordem pública”, a Resolução CNJ nº 329/2020, admitiu o uso da videoconferência e estabeleceu os moldes de como deveria se dar a realização das audiências e das sessões de julgamento em segundo grau, de modo a conciliar a saúde dos usuários e servidores da justiça com os direitos e garantias processuais dos sujeitos processados e, principalmente, daqueles presos provisórios ou definitivos que aguardavam algum tipo de julgamento.

Contudo, devido a enorme importância do contato pessoal para atingir as finalidades da audiência de custódia, o CNJ, que já havia, através das Recomendações nº 62/2020 e 68/2020, permitindo a não realização das audiências de custódia durante a pandemia, a princípio, vedou expressamente que tal ato continuasse a ser concretizado por meios telemáticos, no art. 19º da Resolução CNJ nº 329/2020, de modo que o seu fazimento deveria ficar suspenso durante o período de pandemia e a avaliação da legalidade da prisão deveria retroceder aos métodos utilizados antes da regulamentação de tal ato no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, somente com base no ADPF e no exame de corpo de delito.

Desse modo, ainda que seja evidente que a presença física do preso é imprescindível e prevista como obrigatória tanto no arcabouço normativo nacional como internacional, bem como que a virtualidade implica em diversos obstáculos para a concretização das finalidades da audiência de custódia, tal Resolução, que aparentemente visava resguardar o direito dos sujeitos detidos ao contato pessoal, acabou por trazer consequências ainda piores para os sujeitos detidos.

Isso se deve ao fato de que durante a pandemia o poder punitivo do Estado estava se mantendo sem um controle efetivo por parte do poder judiciário e, conseqüentemente, os abusos policiais ficaram tendente a um aumento, assim como o encarceramento, a violência e os maus tratos físicos e psicológicos sofridos pelos detidos.

É nesse sentido que o Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) Luiz Fernando Tomassi Keppen afirma que:

o que se tem no momento, é uma verdadeira "escolha de Sófia", conformada na seguinte antinomia deliberativa: ou se realiza a audiência por meio da videoconferência, ou não se realiza audiência nenhuma. Entretanto, parece-me, que estaríamos, na verdade, diante de um falso dilema, pois não se pode compreender como a proposta de, pura e simplesmente, não realizar a audiência de custódia - com o único propósito de resguardar principiologicamente o purismo da proposta originária (audiência sempre com a presença física do juiz) - possa significar uma solução mais protetiva dos interesses do enclausurado, em tempo de pandemia. [...] Na hipótese, entre o tudo da solução ótima (audiência presencial) e o nada da inexistência de audiência, parece logicamente impossível negar que existe a solução prudente e intermediária, totalmente factível e recomendável, da audiência por videoconferência. Ora, não se pode usar a proteção do princípio da dignidade do preso contra ele mesmo (Jusbrasil, *online*).

À vista disso, o CNJ, através da Resolução nº 357/2020, alterou a redação do art. 19 da Resolução CNJ nº 329/2020 e passou a admitir que as audiências de custódia fossem realizadas por videoconferência, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.

Com isso, conclui-se que a audiência de custódia por meios telemáticos se tornou um meio mais eficaz para conciliar os interesses dos servidores e usuários da justiça com os direitos e garantias dos indivíduos presos, visto que a videoconferência ainda é capaz de garantir o mínimo de contato entre o magistrado e o detido, sendo, desse modo, preferível frente à suspensão total da realização desse ato pré-processual.

4 A PERMANÊNCIA DA VIDEOCONFERÊNCIA NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA APÓS O PERÍODO DE PANDEMIA

Atualmente, conforme já salientado, passou a ser possível a realização das audiências de custódia por meio da videoconferência, desde que impossível a sua realização de forma pessoal em até 24 horas. A Resolução CNJ nº 329/2020, estabeleceu os parâmetros a serem seguidos para ser possível dar continuidade a prestação jurisdicional, garantindo a realização das audiências criminais com o máximo de observância dos princípios processuais penais.

De acordo com a Resolução, o uso da videoconferência em processos criminais e de execuções penais somente pode ocorrer se houver decisão fundamentada do magistrado nesse sentido e se ambas as partes tiverem possibilidade técnica ou instrumental de participação,

caso contrário, a incapacidade pode ser alegada por simples petição e a audiência não poderá ser realizada sem que isso acarrete a aplicação de alguma penalidade por parte do magistrado.

É importante salientar a previsão trazida na Resolução de que a transmissão de sons e imagens deve ocorrer em tempo real e tornar possível a devida interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes. Ademais, a Resolução torna imprescindível que sejam tomadas todas as medidas preventivas a falhas técnicas necessárias para que seja assegurada a segurança da informação e da conexão, bem como que seja garantida da melhor forma possível a equivalência dos atos realizados por videoconferência com os atos presencialmente realizados.

Devido à possibilidade da ocorrência de falhas de conexão ou mesmo de defeitos em equipamentos de áudio e vídeo durante a realização dos atos, a Resolução dispõe expressamente que o magistrado deve ter total controle do ato, bem como se certificar da adequação dos meios tecnológicos em todos os pontos de conexão, como a disponibilidade de câmera e microfone, a conexão estável de internet, de modo que seja assegurada a igualdade de condições a todos os envolvidos.

Ademais, na hipótese de falhas ou problemas técnicos inevitáveis, não podem ser interpretados em prejuízo das partes, bem como audiência deve ser interrompida e remarcada para outra data.

A Resolução salienta determinados parâmetros que devem ser observados quando se trata da realização das audiências de custódia. Primeiramente, destaca que deve ser garantido o direito de entrevista prévia e reservada, tanto presencialmente quanto por meio de comunicação, como a videoconferência, entre o preso e o seu advogado ou, na ausência deste, de seu defensor.

Além disso, a Resolução, em vista da possível ocorrência de abusos ou constrangimentos ilegais durante as audiências de custódia por videoconferência, o preso deve ter garantido o direito à privacidade, devendo estar sozinho durante toda a sua oitiva, ressalvada apenas a presença física de seu advogado ou defensor.

De acordo com a Resolução, tais condições podem, o que não significa a obrigatoriedade, ser verificadas por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a ser possível ao Juiz, ao Ministério Público e a

Defesa a visualização do lugar que o detento se encontra durante o ato. Outrossim, a Resolução estabelece que é necessária uma câmera externa para que a entrada do preso na sala e a porta desta seja monitorada.

No que tange ao exame de corpo de delito, a Resolução destaca que deve ocorrer antes do início da audiência de custódia. A participação do Ministério Público é imprescindível, assim como a sua intimação prévia, podendo propor, se cabível, o acordo de não persecução penal. Ademais, a Resolução prevê a possibilidade, e não a obrigatoriedade, de as salas que são destinadas a realização das audiências de custódia por meio da videoconferência sejam fiscalizadas pelas corregedorias e pelos juízes que presidem o ato.

Diante dessas previsões, o que se analisa é que a audiência de custódia realizada por meio da videoconferência, ainda que não seja tão eficaz para a análise da legalidade da prisão, é a preferível como forma de resguardar de forma mais efetiva a dignidade humana do detido frente a sua total suspensão, tendo vista atual cenário atípico que o mundo enfrenta em decorrência da pandemia. Isto se deve ao fato de que a realização do ato por videoconferência, torna possível que o juiz tenha o mínimo contato visual com o preso, mesmo que não seja tão eficaz quanto no contato pessoal.

Contudo, ainda que a Resolução, como já demonstrado, determine orientações que tenham por objetivo garantir a segurança e qualidade das audiências feitas por meios telemáticos, assegurando o mínimo de direitos e garantias possíveis aos envolvidos, não pode passar de uma medida paliativa para dar continuidade às prestações judiciais, visto que o contato pessoal não poderá jamais ser substituído por meios virtuais e é por essa razão que a presença física do preso na audiência é um requisito do ato previsto em diversos diplomas jurídicos nacionais e internacionais.

Quando Badaró (2014, p. 116) analisa a importância do contato pessoal, ressalta que é o mínimo que pode ser dado ao sujeito detido, visto que é o meio capaz de humanizar o magistrado, pois tem o contato direto com um indivíduo privado de sua liberdade em carne e osso, poderá olhar nos olhos e buscar a verdade, perceberá que ali há uma pessoa acobertada acima de tudo pela dignidade humana.

Nessa esteira, Lopes e Paiva afirmam que “o contato pessoal do preso com o juiz é um ato da maior importância para ambos, especialmente para quem está sofrendo a mais grave das manifestações de poder do Estado” (2014, *online*).

Evidentemente a análise de legalidade de uma prisão por expedientes escritos ou mesmo por uma imagem transmitida pela tela de um computador, não garante o mesmo tipo de humanização e não será capaz, ainda que nos moldes mais precisos de uma Resolução que vise assegurar os direitos e garantias processuais, de gerar as mesmas sensações e sentimentos no julgador do que a presença física do sujeito detido.

O que se pode observar, primeiramente, é que, ainda que ocorra o exame de corpo de delito antes do ato, a violação da integridade física e psicológica do detido pode ter ocorrido após a sua realização. Dessa forma, a presença de lesão ou rastros de violência física decorrente de abuso policial, como tortura e maus tratos, somente poderá ser constatada de forma eficaz pelo magistrado ou tribunal, com o a presença física do preso em audiência de custódia.

Ademais, é durante a audiência de custódia que o juiz realiza a oitiva do detido, por exemplo, sobre as circunstâncias em que se deu a prisão, se teve informados todos os seus direitos e garantias, bem como se esses foram respeitados, isto é, sobre elementos importantes para decidir sobre a legalidade da prisão. Para tanto, o contato pessoal se mostra fundamentalmente necessário, pois é a forma mais segura de garantir que o sujeito preso não está sendo constrangido pelas autoridades policiais a prestar informações inverídicas.

Ressalta-se que, ainda que a Resolução tenha tornado possível o uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente, possibilitando a visualização do lugar em que o detento se encontra por parte do Juiz, o Ministério Público e a Defesa durante o ato, tal hipótese é somente uma faculdade, podendo não ocorrer em diversas hipóteses, sem que seja necessário sequer justificar a sua não utilização. Ademais, ainda que tal condição se tornasse obrigatória, ameaças e constrangimentos poderiam ocorrer fora da sala ou antes da audiência de custódia.

É bem verdade que tais formas de constrangimento também poderiam ocorrer antes das audiências presenciais ou fora da sala de audiência. Contudo, o que se visa com a presença física do preso é também o contato olho no olho, que torna a análise da ocorrência dessas ameaças por parte do juiz mais humanizada, capaz de fazer com que o juiz sinta de forma mais adequada a verdade das palavras do sujeito detido. Tal efeito, causado pelo contato pessoal, jamais poderá ser gerado de igual forma por uma imagem transmitida pela videoconferência.

Além disso, o contato físico é extremamente necessário para examinar de forma pormenorizada as características do sujeito, de maneira que se possa averiguar o perigo que a sua liberdade (*periculum libertatis*) poderia causar a si mesmo, aos outros indivíduos e ao processo, e, assim, o juiz ou tribunal poderia decidir, na hipótese de pedido ou representação, pela a conversão da prisão em flagrante em preventiva, ou sobre a suficiência e adequação de medidas cautelares diversa da prisão ou a liberdade provisória, com ou sem fiança, senão vejamos. (LOPES, 2020, p. 970)

Na hipótese de um homem idoso, frágil e extremamente debilitado por uma enfermidade cometer um furto de um medicamento em uma farmácia e ser preso em flagrante, há grande probabilidade de tais características não constem no ADPF e, indiscutivelmente, determinantes para decidir sobre a manutenção da medida privativa de liberdade, ou mesmo sobre aplicação de uma medida cautelar diversa da prisão.

Isto, pois a verificação da ausência de risco social pelo senhor de idade avançada somente poderá ocorrer por meio da presença física do detido na audiência de custódia, de maneira que nem mesmo a sua presença virtual é completamente capaz de demonstrar todas essas características e até mesmo de humanizar o magistrado para que possa considera-las.

Nesse sentido, Cintra leciona que a ausência de contato pessoal entre o preso e o magistrado “impossibilita perfeita percepção da personalidade do réu, quer para fins de concessão de liberdade provisória, quer para a atividade futura de individualização da pena, se for o caso de condenação”. (2005, p. 99)

Corroborando com essa análise as lições de Lopes e Paiva sobre o uso de meios tecnológicos para a realização das audiências de custódia:

Matam o caráter antropológico do próprio ritual judiciário, assegurando que o juiz sequer olhe para o réu, sequer sinta o cheiro daquele que está prendendo. É elementar que a distância da virtualidade contribui para uma absurda desumanização, do processo penal. É inegável que os níveis de indiferença (e até crueldade) em relação ao outro aumentam muito quando existe uma distância física (virtualidade) entre os atores do ritual judiciário. É muito mais fácil produzir sofrimento sem qualquer culpa quando estamos numa dimensão virtual (até porque, se é virtual, não é real...). (...) Acrescentando-se a distância e a “asépsia” geradas pela virtualidade, corremos o risco de ver a indiferença e a insensibilidade do julgador elevadas a níveis insuportáveis. Estaremos potencializando o refúgio na generalidade da função e o completo afastamento do eu, impedindo o avanço e evolução que se deseja com a mudança legislativa (2014, *online*).

À vista disso, é possível concluir que, apesar da vasta regulamentação editada pelo CNJ em vista de garantir minimamente direitos e garantias dos envolvidos nas audiências por videoconferência, a virtualidade reduz drasticamente a concretização das finalidades da audiência de custódia e desumaniza por completo o processo de prisão. Desse modo, não pode passar de um meio paliativo para o enfrentamento da pandemia sem a interrupção das práticas jurídicas, não sendo cabível a sua manutenção regular após o surto do Covid-19, salvo em circunstâncias excepcionais semelhantes.

5 CONCLUSÃO

À luz do que foi exposto, é possível verificar que a realização das audiências de custódia por videoconferência não pode passar de um meio paliativo e temporário para o enfrentamento de circunstâncias excepcionais, como o surto do Covid-19, visto que não assegura adequadamente os direitos e garantias do preso. Desse modo, é incabível o fazimento do ato de forma regular por esse meio tecnológico após a pandemia do vírus Sars Cov-2.

Para tanto, o artigo analisou que a audiência de custódia consiste em um ato pré-processual obrigatório que garante ao detido o direito irrenunciável de ser conduzido à presença do juiz ou tribunal competente no prazo máximo de 24 horas após sua prisão. Nesse ato, o julgador deve verificar a legalidade da medida privativa de liberdade e decidir sobre a homologação ou relaxamento, bem como deve analisar a necessidade de manter a privação da liberdade, aplicar medidas cautelares e conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Além disso, a pesquisa constatou que, apesar de já prevista há muitos anos nos diplomas internacionais que o Brasil é signatário, a audiência de custódia somente passou a ser obrigatória e regulada no ordenamento jurídico brasileiro em 2015, através da Resolução CNJ nº 2013/15. Outrossim, somente em 2019, passou a constar expressamente no art. 310 do Código de Processo Penal.

Ademais, o estudo explicou que a pandemia provocada pelo novo vírus Sars Cov-2 tornou o isolamento uma medida necessária para preservação da vida e saúde de todos os indivíduos, com isso os atos processuais que demandam contato pessoal passaram a ser realizados por meios virtuais. Assim, no que se refere a audiência de custódia, que obrigatoriamente deve ser realizada com a presença física do réu, passou a ser admitida na modalidade virtual com a nova redação dada ao art. 19 da Resolução CNJ nº 329/2020 pela

Resolução CNJ nº 357/2020, tendo em vista que a sua realização por meios tecnológicos é preferível do que a sua total suspensão.

Por fim, conclui-se que a realização da audiência de custódia por meio da videoconferência implica em diversos obstáculos para uma verificação eficaz da legalidade da prisão, bem como da análise de possíveis violações à integridade física e mental do sujeito preso, causadas por abusos por parte das autoridades policiais. Acrescenta-se a isso o fato de que a oitiva do indivíduo detido pela videoconferência não garante a adequada avaliação de elementos imprescindíveis para que o magistrado decida sobre a possibilidade de converter o flagrante em prisão preventiva ou se há necessidade, adequação e suficiência das medidas cautelares e ainda sobre o cabimento de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Ressalta-se, porém, que ainda que a videoconferência não tenha o mesmo grau de eficiência para atingir os objetivos da audiência de custódia que a presença física do réu, diante da realidade excepcional que se vive atualmente, em que o contato pessoal implica em um enorme risco a vida e saúde de todos, é o meio adequados para harmonizar a manutenção da saúde de todos os envolvidos nesse ato pré-processual, com as garantias e direitos dos detidos, desde que de acordo com os ditames legais previstos pela Resolução CNJ nº 329/2020.

Contudo, é evidente que a distância criada pela virtualidade implica em diversos obstáculos para a concretização dos objetivos da audiência de custódia. Desse modo, a realização do ato por meio da videoconferência pode até ser preferível frente a sua suspensão durante o período de pandemia ou em circunstâncias excepcionais semelhantes. Contudo, não pode ser regularmente implementado na prática jurídica, visto que o contato físico é o único meio capaz de assegurar os direitos e garantias dos sujeitos encarcerados e humanizar o processo de prisão, sendo também um direito irrenunciável previstos em inúmeros diplomas normativos nacionais e internacionais.

Vale ressaltar que o tema não se esgota na metodologia utilizada neste trabalho. Embora tenha sido obtida uma ampla gama de material bibliográfico sobre o tema, é relevante que se realize entrevistas aos profissionais da área da segurança pública, bem como magistrados, servidores e sujeito detidos, a fim de se averiguar as ponderações positivas e negativas da realização das audiências criminais por meio da videoconferência.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal - série universitária**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BRASIL, Constituição Brasileira (1988). Constituição da republica Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05/07/2020.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2018

_____. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2009**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 06/06/2020.

CINTRA, Dyrceu Aguiar. **Interrogatório por videoconferência e devido processo legal**. Revista de Direito e Política. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP, v. 5, abril/junho, 2005.

LOPES, Aury. **Direito processual penal**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal**. Conjur, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>. Acesso em: 05/07/2020.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

Página 13 do Conselho Nacional de Justiça de 15 de julho de 2020. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/306974759/cnj-15-07-2020-pg-13>. Acesso em: 05/07/2020.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. Ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TOFFOLI, Dias. Voto do Ministro Dias Toffoli, presidente do Conselho Nacional de Justiça. Sobre resolução que dispõe sobre regulamentação e balizamento de critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Processo-n%C2%BA-0004117-63.2020.2.00.0000-voto-Presid%C3%A4ncia.pdf>. Acesso em: 06/07/2020.

TJRJ vai realizar audiências de custódia por videoconferência durante período de medidas protetivas contra o coronavírus. Poder Judiciário Estado do Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/7094623>. Acesso em: 06/07/2020.