



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 6527

Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB

Requerido: Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ

Relator: Ministro CELSO DE MELLO

Constitucional. Artigo 19 da Resolução nº 329/2020 do CNJ, que veda a realização de audiências de custódia por videoconferência. Alegada violação aos arts. 22, inciso I e 67 da Lei Maior. Mérito. Norma semelhante à impugnada, de natureza processual, constava de dispositivo de projeto de lei vetado pelo Presidente da República. Ao tratar da matéria, o Conselho Nacional de Justiça exorbitou dos limites de sua competência, violando, assim, o princípio da reserva legal e a competência privativa da União para legislar sobre direito processual. A virtualização da audiência de custódia amplia a eficiência da prestação jurisdicional. Outrossim, a realização da audiência de custódia por meio virtual consiste em importante instrumento de garantia aos direitos fundamentais do preso, porquanto representa uma alternativa à impossibilidade da ocorrência do ato em sua modalidade presencial, especialmente diante das medidas temporárias e excepcionais de restrição sanitária adotadas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19. Manifestação pela procedência do pedido.

Egrégio Supremo Tribunal Federal,

O Advogado-Geral da União, tendo em vista o disposto no artigo 103, § 3º, da Constituição da República, bem como na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, vem, respeitosamente, manifestar-se quanto à presente ação direta de inconstitucionalidade.

I – DA AÇÃO DIRETA

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, tendo por objeto o artigo 19 da Resolução nº 329, de 30 de julho de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, que “*regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal, durante o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19*”. Eis o teor do dispositivo impugnado:

Art. 19. É vedada a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ no 213/2015.

Inicialmente, a autora defende a sua legitimidade ativa afirmando tratar-se de entidade de classe de âmbito nacional e salientando, ainda, o vínculo de pertinência entre seus interesses institucionais e o objeto da presente demanda.

No mérito, sustenta que a norma questionada, ao proibir a realização de audiência de custódia por videoconferência, teria usurpado a competência privativa do legislador federal para editar normas sobre direito processual. Em seu entendimento, os enunciados dos artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal, com a modificação promovida pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, não dariam margem para a aludida vedação imposta pelo Conselho Nacional de Justiça.

Acrescenta que a proibição do emprego de videoconferência em audiência de custódia fora prevista no artigo 3º do Projeto de Lei do Senado

Federal nº 6.341, de 2019¹ (nº 10.372/2018 na Câmara dos Deputados), dispositivo esse que foi vetado pelo Presidente da República sob o fundamento de inconstitucionalidade. A requerente afirma que *“até mesmo o Congresso Nacional, para editar norma que foi objeto de projeto de lei rejeitado - e o veto Presidencial se equipara ao projeto rejeitado -, dependeria de um novo projeto de lei que contasse, na mesma sessão legislativa, com a maioria absoluta dos membros de uma das casas do Congresso, conforme previsto no art. 67 da CF”*²³.

Acrescenta que a rejeição legislativa do comando que vedava a realização de audiência de custódia por meio de videoconferência configuraria silêncio eloquente por parte do legislador federal, a sinalizar a possibilidade jurídica da medida.

Noutro giro, argumenta que a realização da referida audiência mediante videoconferência não representaria ofensa à norma inscrita no artigo 5º, inciso XLIX⁴, da Constituição Federal, porquanto esse ato processual seria incapaz de causar qualquer violação aos direitos fundamentais do preso, haja vista que permitiria a sua visualização pelo magistrado e o contato direto com o mesmo para verificação da sua integridade física e psicológica, além da

¹ “Art. 3º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 3º – B (...)

(...)

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

² Documento eletrônico nº 1, fl. 5.

³ “Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional”.

⁴ Art. 5º (...) XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

possibilidade de o advogado que acompanha o ato tomar alguma medida caso constate irregularidade.

Assevera que diante das medidas adotadas pelo próprio Conselho Nacional de Justiça para o enfrentamento da Covid-19, dentre as quais se destaca a possibilidade de se considerar a pandemia como motivação idônea para a não realização de audiência de custódia⁵, o emprego da modalidade virtual seria, antes, uma medida de salvaguarda do direito dos presos, porquanto evitaria que esse ato processual deixasse de ser realizado. Nessa linha, conclui ser “*preferível, em favor dos presos, que se realize a audiência de custódia por meio de videoconferência, do que não se realize*” (fl. 18 da petição inicial).

Com esteio nesses argumentos, a autora pede a suspensão cautelar do dispositivo questionado e, no mérito, “*que esse eg. Supremo Tribunal Federal julgue procedente o pedido de inconstitucionalidade do art. 19 da Resolução n. 329 do Conselho Nacional de Justiça, proclamando, ainda, a possibilidade jurídica de os juízes realizarem audiência de custódia por meio de videoconferência*” (fl. 19 da petição inicial).

O processo foi inicialmente distribuído ao Ministro CELSO DE MELLO. Em razão da ausência do referido Ministro por motivo de licença médica, a partir de 19 de agosto de 2020, a Secretaria dessa Suprema Corte encaminhou os autos para o Ministro MARCO AURÉLIO (artigo 38, inciso I do

⁵ **Recomendação CNJ nº 62, de 17 de março de 2020**

“O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e regimentais;
(...)”

RESOLVE:

(...)”

Art. 8º *Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia*”. (Grifo no original)

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)⁶, que adotou o rito previsto pelo artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, solicitando informações à autoridade requerida, bem como determinou a oitiva do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

A autoridade requerida deixou de prestar informações dentro do prazo assinalado⁷.

Na sequência, vieram os autos para manifestação do Advogado-Geral da União.

II – DO MÉRITO

Conforme relatado, a requerente sustenta que o artigo 19 da Resolução nº 329/2020 do Conselho Nacional de Justiça teria afrontado a competência privativa do legislador federal para editar normas sobre direito processual (artigo 22, inciso I da Constituição Federal), além de violar o artigo 67 da Carta Maior por “*estabelecer uma vedação à realização de audiência de custódia por meio de videoconferência, que somente a lei poderia estabelecer em outra sessão legislativa*”. Argumenta ainda que a realização do referido ato processual, na forma vedada pela norma sob invectiva, não representaria ofensa à norma inscrita no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, porque a audiência por videoconferência permitiria a verificação, pelo magistrado, da integridade física e psicológica do preso.

⁶ “Art. 38. O Relator é substituído:

I – pelo Revisor, se houver, ou pelo Ministro imediato em antiguidade, dentre os do Tribunal ou da Turma, conforme a competência, na vacância, nas licenças ou ausências em razão de missão oficial, de até trinta dias, quando se tratar de deliberação sobre medida urgente;”

⁷ Vide documento eletrônico nº 29.

Ressalte-se, inicialmente, que a Constituição Federal outorgou à União a competência privativa para legislar, por meio da atuação conjugada do Congresso Nacional e do Presidente da República, sobre direito processual, conforme se extrai da leitura dos artigos 22, inciso I; e 48, caput, da Lei Maior:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Art. 48. **Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República**, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, **dispor sobre todas as matérias de competência da União**, especialmente sobre: (...); (Grifou-se)

Esse entendimento é confirmado pela jurisprudência pacífica dessa Suprema Corte. Confira-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigos 9º e 60, com os respectivos incisos, da Lei nº 6.176/1993 do Estado do Mato Grosso, com as alterações operadas pela Lei nº 6.490/1994. Fixação, no âmbito estadual, da competência dos juizados especiais cíveis e criminais. Vício Formal. Procedência da ação. 1. **A definição de regras de competência, na medida em que estabelece limites e organiza a prestação da atividade jurisdicional pelo Estado, é um dos componentes básicos do ramo processual da ciência jurídica, cuja competência legislativa foi atribuída, pela Constituição Federal de 1988, privativamente à União (Art. 22, I, CF/88).** 2. A lei estadual, indubitavelmente, ao pretender delimitar as matérias de competência dos juizados especiais, invadiu esfera reservada da União para legislar sobre direito processual civil e criminal. A fixação da competência dos juizados especiais cíveis e criminais é matéria eminentemente processual, de competência privativa da União, não se confundindo com matéria procedimental em matéria processual, essa, sim, de competência concorrente dos estados-membros. 3. O Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, reafirmou a ocorrência de vício formal de inconstitucionalidade de normas estaduais que exorbitem da competência concorrente para legislar sobre procedimento em matéria processual, adentrando aspectos típicos do processo, como competência, prazos, recursos, provas, entre outros. Precedentes. 4. Ação julgada procedente.

(ADI nº 1807, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 30/10/2014, Publicação em 09/02/2015; grifou-se);

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, INC. IV, DA LEI SERGIPANA N. 4.122/1999, QUE CONFERE A DELEGADO DE POLÍCIA A PRERROGATIVA DE AJUSTAR COM O JUIZ OU A AUTORIDADE COMPETENTE A DATA, A HORA E O LOCAL EM QUE SERÁ OUVIDO COMO TESTEMUNHA OU OFENDIDO EM PROCESSOS E INQUÉRITOS. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. **É competência privativa da União legislar sobre direito processual (art. 22, inc. I, da Constituição da República).** 2. A persecução criminal, da qual fazem parte o inquérito policial e a ação penal, rege-se pelo direito processual penal. Apesar de caracterizar o inquérito policial uma fase preparatória e até dispensável da ação penal, por estar diretamente ligado à instrução processual que haverá de se seguir, é dotado de natureza processual, a ser cuidada, privativamente, por esse ramo do direito de competência da União. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI nº 3896, Relatora: Ministra CÁRMEN LÚCIA, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 04/06/2008, Publicação em 08/08/2008; grifou-se).

Como se sabe, o processo é o instrumento pelo qual o Estado presta a jurisdição e, portanto, a norma que regulamenta a atuação dos sujeitos durante a atividade jurisdicional, como no caso de audiência por videoconferência, possui natureza processual. De fato, a forma dos atos processuais é matéria tratada pela legislação processual e a utilização de videoconferência está prevista tanto no Código de Processo Civil (por exemplo em seus artigos 236, § 3º e 385, § 3º), quanto no Código de Processo Penal (nos parágrafos do artigo 185 e nos artigos 217 e 222, § 3º).

Por outro lado, ainda que se considere que a norma sob investida versa sobre procedimento na seara processual, a competência seria concorrente entre União e Estados, como previsto no artigo 24, inciso IX, da Carta Magna, não cabendo ao Conselho Nacional de Justiça tratar da matéria ora analisada.

Especificamente quanto à audiência de custódia por videoconferência, é pertinente registrar que a União editou, no exercício da aludida competência, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que

“aperfeiçoa a legislação penal e processual”. O referido diploma teve sua origem no Projeto de Lei nº 6.341, de 2019 (nº 10.372/2018 na Câmara dos Deputados), que foi alvo de veto presidencial na parte em que modificava o § 1º do artigo 3º-B do Código de Processo Penal, justamente para vedar o emprego de videoconferência na realização de audiência de custódia. Confira-se, a respeito, o teor da Mensagem Presidencial nº 726, de 24 de dezembro de 2019:

Senhor Presidente do Senado Federal,

Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº 6.341, de 2019 (nº 10.372/18 na Câmara dos Deputados), que “Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal”.

Ouvida, a Casa Civil da Presidência da República opinou pelo veto ao dispositivo a seguir transcrito:

(...)

§ 1º do art. 3º-B do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, inserido pelo art. 3º do projeto de lei

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

Razões dos vetos

A propositura legislativa, ao suprimir a possibilidade da realização da audiência por videoconferência, gera insegurança jurídica ao ser incongruente com outros dispositivos do mesmo código, a exemplo do art. 185 e 222 do Código de Processo Penal, os quais permitem a adoção do sistema de videoconferência em atos processuais de procedimentos e ações penais, além de dificultar a celeridade dos atos processuais e do regular funcionamento da justiça, em ofensa à garantia da razoável duração do processo, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 77580/RN, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/02/2017). Ademais, o dispositivo pode acarretar em aumento de despesa, notadamente nos casos de juiz em vara única, com apenas um magistrado, seja pela necessidade de pagamento de diárias e passagens a outros magistrados para a realização de uma única audiência, seja pela necessidade premente de realização de concurso para a contratação de novos magistrados, violando as regras do art. 113 do

ADCT, bem como dos arts. 16 e 17 LRF e ainda do art. 114 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019 (Lei nº 13.707, de 2018).

Registre-se que o mencionado veto presidencial, até o presente momento⁸, não foi derrubado pelo Congresso. Desse modo, constata-se que a proposta de se proibir a realização de audiência de custódia por videoconferência foi rejeitada por veto e deve ser analisada de acordo com o devido processo legislativo.

Por outro lado, o artigo 103-B, § 4º, da Constituição da República conferiu ao CNJ a prerrogativa de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal – podendo, para tanto, expedir atos regulamentares⁹. Contudo, essa competência constitucional não autoriza o órgão a tratar de matéria processual (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal). Sobre o tema, essa Suprema Corte já decidiu que as atribuições do CNJ não se estendem sobre as matérias reservadas à competência privativa da União. Confira-se:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRINCÍPIO DA INFASTABILIDADE DO JUDICIÁRIO (CF, ART. 5º, XXXV). INCONSTITUCIONALIDADE DE VEDAÇÃO ADMINISTRATIVA AO PLENO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL DURANTE O PLANTÃO. INDEVIDA INTERFERÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL E DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. O objeto das ações concentradas na jurisdição constitucional brasileira, além das espécies normativas primárias previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo e autônomo. Ato normativo do Conselho Nacional de Justiça revestido dos atributos da generalidade, impessoalidade e abstratividade, permitindo a análise de sua constitucionalidade. Jurisprudência pacífica desta CORTE. 2. Inconstitucionalidade de norma administrativa proibitiva

⁸ <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12945>. Acesso em 02/10/2020.

⁹ ADI nº 3367, Ministro Relator: CÉZAR PELUSO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 13/04/2005, Publicação em 17/03/2006; ADC nº 12 MC, Ministro Relator: CARLOS BRITTO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 16/02/2006, Publicação em 01/09/2006.

de plena atuação jurisdicional durante o plantão judiciário. Resolução do Conselho Nacional de Justiça que, visando disciplinar e uniformizar procedimentos de interceptação de comunicações telefônicas e de sistemas de informática e telemática nos órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, criou, administrativamente, inadmissível vedação ao exercício regular da função jurisdicional, ao vedar a análise judicial de pedidos de prorrogação de prazo de medida cautelar de interceptação de comunicação telefônica, telemática ou de informática durante o plantão judiciário, ressalvada a hipótese de risco iminente e grave à integridade ou à vida de terceiros. 3. **Inconstitucionalidade do § 1º do art. 13 da Resolução 59/2008, com posteriores alterações, do Conselho Nacional de Justiça, que desrespeitou a competência constitucional dos Estados para legislar sobre a Organização Judiciária (CF, art. 125, §1º), inclusive plantão judicial; bem como os artigos 22, I, competência privativa da União para legislar sobre processo penal; 5º incisos XII (reserva legal) e XXXV (inafastabilidade de jurisdição).** 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o § 1º do art. 13 da Resolução nº 59 do Conselho Nacional de Justiça.

(ADI nº 4145, Relator: EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 26/04/2018, Publicação em 31/07/2020).

Assim, ao tratar de matéria processual penal examinada pelo legislador federal, o Conselho Nacional de Justiça exorbitou dos limites de sua competência delimitados no artigo 103-B, § 4º, da Lei Maior, violando, portanto, o princípio da reserva legal e a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, inscritos nos artigos 5º, inciso II; 22, inciso I e 48, caput, da Lei Maior.

Vale frisar que o legislador constituinte dispensou especial atenção ao requisito de forma exigido para a veiculação de normas de natureza processual penal, vedando até mesmo ao Presidente da República que as editasse por meio de medida provisória, conforme se extrai do artigo 62, § 1º, inciso I, alínea 'b', da Constituição Federal¹⁰.

¹⁰ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

A Constituição também impôs severos entraves à renovação de matéria constante de projeto de lei rejeitado, sujeitando-a, em caso de apresentação na mesma sessão legislativa, à proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional¹¹.

Pelo exposto, resta evidenciada a inconstitucionalidade formal da norma impugnada, por ofensa ao princípio da reserva legal e à competência privativa da União para legislar sobre a matéria, conforme os artigos 5º, inciso II, 22, inciso I e 48, caput da Lei Maior.

Por outro lado, a audiência de custódia por videoconferência se revela materialmente compatível com o Texto Constitucional.

Como cediço, na audiência de custódia o acusado é submetido à presença do juiz, de seu defensor e do membro do Ministério Público para que seja avaliada a preservação de sua integridade física pelos agentes públicos responsáveis por sua custódia. A incorporação da referida audiência ao processo penal é respaldada por normas inscritas em convenções e tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro, em especial na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos¹² e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹³.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

(...)

b) direito penal, processual penal e processual civil”.

¹¹ “Art. 67. A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional”.

¹² **Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969 (Decreto presidencial nº 678/92):**

“ARTIGO 7: (...)

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

Essa Suprema Corte também já reconheceu a constitucionalidade dessa etapa processual nos julgamentos proferidos no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240¹⁴ e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347¹⁵.

Recentemente, a Lei nº 13.964/2019 tratou da figura da audiência de custódia na legislação processual penal brasileira, ao modificar a redação dos artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal¹⁶.

Portanto, não se questiona, no caso em tela, a importância singular desse ato processual para a defesa dos direitos fundamentais da pessoa

¹³ **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Decreto presidencial nº 592/92):**

“ARTIGO 9

(...)

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

¹⁴ ADI nº 5240, Relator: Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 20/08/2015, Publicação em 01/02/2016.

¹⁵ ADPF nº 347 MC, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 09/09/2015, Publicação em 19/02/2016.

¹⁶ “Art. 287. *Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, **para a realização de audiência de custódia**”.* (Grifou-se)

“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:*

(...)

§ 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.*

§ 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”.* (Grifou-se)

encarcerada. Em vez disso, cinge-se a presente discussão à forma de operacionalização da audiência de custódia. Em especial, busca-se demonstrar que a prática desse ato por meio virtual – mediante videoconferência – longe de expor a riscos o direito à integridade física e moral do preso, visa, bem ao contrário, à salvaguarda do direito fundamental assegurado no artigo 5º, inciso XLIX, da Lei Maior.

Não é novidade que a legislação processual vem sendo paulatinamente reformada para admitir, em inúmeras circunstâncias, a prática de atos transmitidos em tempo real por meios virtuais. Como já colocado, o Código de Processo Civil permite a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (artigo 236, § 3º), especialmente o depoimento pessoal da parte (artigo 385, § 3º), o depoimento de testemunhas (artigo 453, §§ 1º e 2º), a acareação (artigo 461, § 2º) e a sustentação oral por parte dos advogados (art. 937, § 4º).

Por sua vez, desde 2009 o Código de Processo Penal admite que o interrogatório do réu preso – o ato mais importante para a sua defesa – seja realizado por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que atendidos os requisitos legais que autorizam a prática do ato desta forma¹⁷. A referido Código também admite o emprego desse meio para a inquirição de testemunhas¹⁸.

¹⁷ “Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.
(...)”

§ 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009)

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

A importância do interrogatório virtual do réu preso para o regular funcionamento do sistema penitenciário foi inclusive reconhecida em enunciado editado pelo Conselho de Justiça Federal, no III Workshop sobre o Sistema Penitenciário Federal, nos seguintes termos:

Enunciado 42 – O interrogatório do réu preso no Sistema Penitenciário Federal, bem como o acompanhamento dos demais atos da audiência, deve ser realizado por videoconferência, caso contrário, poderá ocorrer sua devolução definitiva ao Sistema Penitenciário Estadual¹⁹.

Na mesma linha, a Lei de Execuções Penais também foi alterada em 2019 para determinar que a participação do preso provisório ou condenado, em audiências judiciais, ocorra preferencialmente por videoconferência²⁰.

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código; (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009)

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública”.

¹⁸ “Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor”. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

“Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.
(...)”

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, **a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real**, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento”. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009) (Grifou-se)

¹⁹ Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/sistema-penitenciario-federal>>. Acesso em 2 out. 2020.

²⁰ “Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
(...)”

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso”. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Grifou-se)

A realização de atos processuais por videoconferência na esfera penal também evita o deslocamento de presos de alta periculosidade, diminuindo, assim, o risco de fuga e proporcionando maior segurança à população, além de gerar economia de recursos – que do contrário seriam usados para custear a sua escolta e transporte – e possibilitar o emprego de agentes públicos em outras finalidades.

Nesse sentido, o Departamento Penitenciário Nacional (Despacho nº 633/2020/CGCMP/DISPF/DEPEN/MJ) destaca que

No que concerne à utilização do sistema de videoconferência, o DEPEN utiliza a tecnologia há alguns anos nas Penitenciárias Federais de Segurança Máxima em audiências junto ao Poder Judiciário, pois é cediço que a maioria dos presos custodiados no Sistema Penitenciário Federal continuam respondendo a processos perante os juízos estaduais, portanto, surge, em respeito aos postulados constitucionais e legais, a necessidade de que o preso (réu/testemunha) participe de determinados atos judiciais²¹.

No tocante às audiências de custódia, a sua realização por meios virtuais tem o condão de ampliar a eficiência da prestação jurisdicional e garantir a observância do devido processo legal, facilitando o cumprimento de prazos e exigências legais previstos nos artigos 287 e 310, caput, do Código de Processo Penal²², em benefício da pessoa encarcerada. Nessa mesma toada, o Poder Público vem empregando grandes somas de recursos para aperfeiçoar e expandir a realização de atos processuais em ambiente virtual.

²¹ Vide INFORMAÇÕES n. 00996/2020/CONJUR-MJSP/CGU/AGU em anexo.

²² “Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o **preso**, em tal caso, será **imediatamente apresentado ao juiz** que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia”. (Grifou-se)

“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**.”. (Grifou-se)

Recentemente, a exigência de adoção de medidas sanitárias para o enfrentamento da pandemia da Covid-19 catalisou esse processo, e tornou-se fator determinante para que se promovesse a intensa virtualização dos procedimentos realizados em todos os tribunais do país.

A esse respeito, a Associação dos Magistrados Brasileiros relata que *“durante esses 5 meses o Poder Judiciário aparelhou-se profundamente para a realização dos seus atos presenciais por meio de videoconferência. As dificuldades operacionais que existiam em março de 2020 já não existem no mesmo grau e na mesma amplitude no mês de agosto de 2020”* (fl. 13 da petição inicial).

Essa informação é corroborada pela seguinte manifestação da Coordenação-Geral de Classificação e Movimentação de Presos do Departamento Penitenciário Nacional (Despacho Nº 633/2020/CGCMP/DISPF/DEPEN/MJ):

No atual cenário, as medidas preventivas aplicadas através da utilização do sistema de videoconferência são muito eficazes, e ainda, temporária, de curto prazo, a fim de evitar a disseminação da COVID-19, ações essas que visam resguardar uma possível obstrução do acesso à justiça, da violação às garantias fundamentais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, das normas vigentes que orientam o sistema de justiça de forma equilibrada, previstos principalmente na Constituição Federal, do descumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana sobre Direitos Humanos²³.

A constitucionalidade da realização de audiências de custódia por videoconferência foi expressamente defendida pelos Corregedores Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil, reunidos no 83º Encontro do seu Colégio Permanente – Encoge – *“por se tratar de meio célere, que reduz custos com*

²³ Vide INFORMAÇÕES n. 00996/2020/CONJUR-MJSP/CGU/AGU em anexo.

*escoltas policiais, diminui riscos de fuga ou resgate e preserva a saúde e integridade física dos participantes durante a pandemia da COVID-19*²⁴.

Entendimento quanto ao tema consta ainda em enunciado aprovado na I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, realizada nos dias 10 a 14 de agosto de 2020:

Enunciado 30 - “Excepcionalmente e de forma fundamentada, nos casos em que se faça inviável a realização presencial do ato, é possível a realização de audiência de custódia por sistema de videoconferência”²⁵.

Como é possível notar, os benefícios do emprego da videoconferência para a realização de audiência de custódia para a prestação jurisdicional e para a garantia dos direitos da pessoa presa são reconhecidos por importantes entidades representativas da magistratura nacional. De fato, o recente aperfeiçoamento dos meios tecnológicos empregados na implementação do sistema de videoconferência permitiu que a realização virtual da audiência de custódia ocorra sem prejuízo das garantias processuais do réu preso.

Noutro giro, verifica-se que o artigo 8º da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça considera a pandemia de Covid-19 como motivação idônea para a não realização de audiências de custódia. Confira-se:

Recomendação CNJ nº 62, de 17 de março de 2020

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e regimentais;

(...)

RESOLVE:

(...)

²⁴ Disponível em: <<https://www.ccoge.com.br/wp-content/uploads/2020/07/Ata-83-Encoge-1.pdf>> Acesso em 30 set. 2020.

²⁵ Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2020/08-agosto/i-jornada-de-direito-e-processo-penal-aprova-32-enunciados>> Acesso em 30 set. 2020.

Art. 8º Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º , do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.
(Grifo no original)

Diante dessa previsão, o formato de videoconferência se torna um importante instrumento de garantia dos direitos fundamentais, haja vista que *“será muito mais prejudicial à pessoa do preso não realizar a audiência do que, alternativa e extraordinariamente, permitir a audiência de custódia por meio virtual”* (fl. 16 da petição inicial).

Portanto, não se pode negar a constitucionalidade da realização da audiência de custódia por meio virtual como alternativa à impossibilidade da ocorrência do ato em sua modalidade presencial, especialmente diante das medidas temporárias e excepcionais de restrição sanitária adotadas para o enfrentamento da pandemia de Covid-19. Trata-se, notadamente nesta situação, de uma medida voltada ao fortalecimento dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

Cumpre destacar, ainda, o entendimento consolidado dessa Suprema Corte – e reafirmado no julgamento da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916, Relator Ministro EROS GRAU, DJ de 19.10.2009; da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4843, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 03.02.2014; da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 351, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 05.08.2014; e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 119, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, DJ de 28.03.2014 – no sentido da autonomia do Advogado-Geral da União para se contrapor à constitucionalidade das normas submetidas ao seu exame, na jurisdição concentrada de constitucionalidade, notadamente quando

houver precedente no mesmo sentido.

III – DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, o Advogado-Geral da União manifesta-se pela procedência do pedido formulado.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, cuja juntada aos autos ora se requer.

Brasília, 05 de outubro de 2020.

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR
Advogado-Geral da União

IZABEL VINCHON NOGUEIRA DE ANDRADE
Secretária-Geral de Contencioso

RODRIGO PEREIRA MARTINS RIBEIRO
Advogado da União

CAIO SUNDIN PALMEIRA DE OLIVEIRA
Advogado da União