

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
6.841 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. NUNES MARQUES**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS
ADV.(A/S) : ALBERTO PAVIE RIBEIRO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, visando à declaração de inconstitucionalidade do §1º do art. 3º-B do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, cuja redação é a seguinte:

“§ 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 advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência.”

Segundo afirma a autora, a norma impugnada foi vetada pela Presidência da República, tendo o Congresso Nacional rejeitado o veto após a preclusão do prazo para tanto, na forma dos arts. 66 e 67, CF/88, de modo que se ressentiria o texto legal, antes de tudo, de vício de **inconstitucionalidade formal**. A autora sustenta, ademais, que a parte final do dispositivo — no ponto em que veda o emprego de videoconferência para a realização de audiência de custódia do preso em flagrante ou por mandado de prisão provisória —, padeceria de **inconstitucionalidade material**, porquanto o texto cuidou de matéria de competência normativa dos Tribunais, conforme art. 96, I, “a”, CF/88;

ADI 6841 MC / DF

além de violar os princípios da **proporcionalidade** e da **razoabilidade** (art. 5º, LIV, CF/88), bem como a norma que assegura o “respeito à integridade física e moral dos presos” (art. 5º, XLIX, CF/88).

Fundamentado nesses argumentos, a parte autora afirma estar demonstrada nos autos a **plausibilidade da tese jurídica** (*fumus boni iuris*) que invoca, bem como a **urgência** (*periculum in mora*) de adiantar-se desde logo os efeitos da tutela jurisdicional postulada.

Requer, por isso, a concessão de medida cautelar para **suspender imediatamente a eficácia da norma prevista no § 1º do art. 3º-B do Código de Processo Penal**, mantendo-se hígida a atual redação prevista no artigo 19 da Resolução n. 213, do CNJ, de modo a manter a possibilidade de **realização da audiência de custódia por videoconferência**, observando-se as regras de segurança para movimentação de presos durante o período de pandemia da Covid-19.

No mérito, defende a inconstitucionalidade do § 1º, *in fine*, do artigo 3º-B, do Código de Processo Penal, nos termos da Lei n. 13.964/2019, bem como, em consequência, a constitucionalidade do disposto no artigo 19, da Resolução n. 329, Conselho Nacional de Justiça.

É o relatório.

A norma objurgada pela autora [§ 1º do art. 3º-B do DL n. 3.689/41 (Código de Processo Penal), na redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.964/2019] tem o seguinte teor:

“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.” (grifei)

ADI 6841 MC / DF

O cerne da controvérsia está em saber se a proibição legal *tout court* da realização de audiências de custódia telepresenciais é compatível com a Constituição de 1988, em especial no período em que se difunde a pandemia de Covid-19.

À primeira vista, parece-me que a tese sustentada pela autora é **plausível**; também verifico que há razões para o deferimento de **tutela de urgência**, de modo a sustar os efeitos da nova legislação, até que o Tribunal possa avaliar a questão em maior profundidade.

A **urgência** está em que a execução da norma impugnada implicará necessariamente o **aumento de contatos interpessoais** entre partes, advogados, magistrados, membros do Ministério Público, servidores e outros profissionais direta ou indiretamente ligados ao ato de realização de audiências presenciais — fato que **presumivelmente aumenta os riscos de contágio pela Covid-19**, conforme amplamente divulgado pelos órgãos de gestão da saúde, inclusive a Organização Mundial da Saúde.

A **alta probabilidade de acerto da tese** repousa também nesse fato: medidas legais que induzam o maior contato social devem estar **justificadas na estrita necessidade desse contato**, sob pena de serem elas irrazoáveis.

Com efeito, desde a eclosão da pandemia de Covid-19 no país (março de 2020), observa-se que **toda a atuação do Congresso Nacional brasileiro, assim como dos entes subnacionais**, tem sido orientada no sentido de reconhecer a situação de emergência sanitária, de importância internacional. Tal reconhecimento tem se traduzido, na prática, na adoção de diferentes providências legislativas e administrativas voltadas à **minimização de eventos presenciais** que possam favorecer a propagação do Sars-Cov-2.

ADI 6841 MC / DF

Nesse sentido, foi promulgada a Lei Federal n. 13.979, de 6.02.2020, que dispôs sobre várias medidas para o enfrentamento da situação de emergência em saúde pública, de importância internacional, decorrente do novo coronavírus, entre as quais:

- a) O isolamento (art. 3º, I);
- b) A quarentena (art. 3º, II);
- c) O uso obrigatório de máscaras de proteção individual (art. 3º, III-A, incluído pela Lei 14.019/2020);
- d) A restrição excepcional e temporária de locomoção por rodovias, portos ou aeroportos (art. 3º, VI);

Na mesma direção, vários entes da federação decretaram medidas restritivas de contatos interpessoais, mandando suspender desde aulas em escolas até atividades religiosas, por meses a fio.

E, ao interpretar a Constituição Federal, na ADI n. 6.341-MC, esta Suprema Corte, em razão da gravidade da pandemia, reconheceu de forma expressa a **competência concorrente dos Governos Estaduais (e suplementar dos Municipais)** para adotar medidas restritivas para o combate à pandemia da Covid-19. Destaco a ementa do referido precedente, que sintetiza a compreensão do Plenário da Corte sobre a legitimidade das medidas estatais em face da pandemia:

“REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga

ADI 6841 MC / DF

de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.

2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.

3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.

4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.

5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.

6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização

ADI 6841 MC / DF

Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.

7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.

8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.”

(ADI 6.341-MS, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/Acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.04.2020)

Na ADPF 672-MCRef/DF, por sua vez, o STF proclamou que a competência da União para legislar sobre vigilância epidemiológica — lastro para elaboração da Lei n. 13.979/2020 — **não afastou a competência dos demais entes federados para implementar ações no combate à pandemia:**

“(…) 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente.”

ADI 6841 MC / DF

(ADPF 672-MC-Ref/DF, Min. Alexandre de Moraes, grifei)

Posteriormente, em sessão plenária de 08.04.2021, esta Corte, por maioria de votos, novamente referendou tal posicionamento fixado na ADI 6.341-MC, reconhecendo que são **válidos e constitucionais os atos de Governadores e Prefeitos que permitiram a abertura ou determinaram o fechamento de igrejas, templos e demais estabelecimentos religiosos** durante a pandemia da Covid-19, tendo então julgado o pedido improcedente na ADPF n. 811 (Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.04.2021).

É assim que a medida ora impugnada, se não for suspensa, praticamente criaria uma **imunidade para as audiências de custódia contra as medidas sanitárias**, pois ficaria eliminada a possibilidade de prefeitos, governadores e até de o Poder Executivo Federal disciplinarem a questão em cada caso, quando as circunstâncias epidemiológicas sugerirem maior rigor em relação aos contatos sociais. Como as audiências de custódia não podem ficar indefinidamente suspensas — e isso parece ser um óbvio corolário do princípio da continuidade do serviço jurisdicional —; como a lei impugnada não permite que elas sejam feitas por teleconferência, então, **independentemente do grau de contágio em dada localidade, em qualquer circunstância a audiência de custódia teria de realizar-se presencialmente**, a despeito de ato administrativo ou legislativo local ou nacional que recomendasse o isolamento ou a quarentena. É evidente o paradoxo criado pelo dispositivo impugnado.

Este Tribunal já teve ocasião de enfatizar que o Poder Legislativo deve observar o **devido processo legal substancial** (*substantive due process*), sendo-lhe vedada a edição de **medidas legislativas abusivas, desproporcionais ou irrazoáveis**:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de

ADI 6841 MC / DF

diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.”

(ADI 1407 MC, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1996, DJ 24-11-2000 PP-00086 EMENT VOL-02013-10 PP-01974)

A **contradição** é um sintoma claro de abusividade. O Congresso Nacional, como dito, tem editado muitos atos legislativos **favorecendo medidas de isolamento social**. Essa tem sido a tônica da resposta político-institucional do Poder Legislativo. As audiências de custódia não apresentam nenhuma **peculiaridade** que justifique a adoção de solução **diametralmente oposta**. Então, com a devida vênica, não há argumento racional em favor da imposição de que tais audiências sejam presenciais em qualquer caso, quando **todas as demais atividades sociais e econômicas** ficam sujeitas à **avaliação simultânea de agentes políticos de vários níveis federativos**, para que se decida sobre a conveniência de sua realização presencial ou remota.

ADI 6841 MC / DF

Outro indício de abusividade é o **excesso**. A imposição genérica e abstrata de que todas as audiências de custódia sejam presenciais, **sem qualquer possibilidade de ajuste da norma ao contexto sanitário, é desproporcional** e, ademais, suprime toda a **competência regulatória dos governos locais, a autonomia administrativa dos tribunais** (CF, art. 99, *caput*) e as **atribuições regulamentares** do Conselho Nacional de Justiça (CF, art. 103-B, §4º, I).

Mal se compreende também **por que apenas as audiências de custódia merecem um tratamento tão peculiar**. Certo, o Tribunal admitiu que a “audiência de apresentação” ou “audiência de custódia” tem raiz em Convenção Internacional do qual o Brasil faz parte (ADI 5240, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016). Todavia, isso não confere às audiências de custódia um *status* diverso daquele que ostentam as audiências em geral, inclusive as demais audiências criminais.

É exato que a Convenção Americana sobre Direitos do Homem, em seu artigo 7º, item 5, assegura que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”. Mas é preciso que se compreenda que a cláusula “à presença de um juiz” não pode ser literalmente interpretada, como uma **presença física (*off line*)** — sobretudo durante a pandemia de Covid-19. A “presença” aqui quer dizer **contato dialógico simultâneo e com baixa latência (“em tempo real”)**, de tal maneira que o preso possa expressar diretamente para o juiz as suas razões, fazer os seus requerimentos, tirar as suas dúvidas; enquanto o juiz, por seu turno, deve poder ouvir e deliberar sobre o que foi apresentado pelo preso, **sem que entre as emissões e as recepções comunicativas medeie um intervalo de tempo relevante**. E isso, no atual estágio da técnica, é assegurado pelas audiências por teleconferência.

ADI 6841 MC / DF

Num contexto de normalidade, em que não houvesse nenhum risco específico para a realização da audiência de custódia, a imposição de que ela fosse presencial até poderia ser aceitável — visto que os contatos presenciais, sem dúvida, estabelecem uma **relação comunicativa de maior espectro**, dados os inúmeros sinais corporais, conscientes e até inconscientes, que cada interlocutor pode passar para o outro numa aproximação em um espaço tridimensional, com o qual o cérebro humano está mais adaptado. Porém, não é esse o caso. A lei impugnada foi editada no ambiente da pandemia de Covid-19 e desconsiderou completamente essa circunstância. A realização da audiência presencial, nesse contexto, especialmente diante de surtos locais da doença, coloca em risco os **direitos fundamentais à vida e à integridade física** de todos os participantes e intervenientes do ato (**inclusive do próprio preso**), para assegurar tão só o **direito do preso de ser ouvido** — direito esse que pode ser assegurado de outra maneira, sem oferecer risco à saúde dos partícipes do ato. É clara a **inadequação** da medida legislativa.

Não se pode dizer que a questão das audiências de custódia esteja sendo negligenciada pelo Poder Judiciário durante a pandemia. O Conselho Nacional de Justiça, desde o primeiro instante, ofereceu diversas respostas para o problema, todas elas **bem ajustadas ao contexto em cada momento**.

Logo **no começo da pandemia**, o Conselho Nacional de Justiça **suspendeu as audiências de custódia** por meio da Recomendação n. 62, de 17.03.2020 e **regulamentou o trabalho remoto dos Tribunais**, considerando a natureza essencial da atividade jurisdicional, e, ao mesmo tempo, a necessidade de se assegurar condições mínimas para sua continuidade, *“compatibilizando-a com a preservação da saúde de magistrados, servidores, agentes públicos, advogados e usuários em geral”*, conforme Resolução n. 322, de 01.06.2020.

ADI 6841 MC / DF

De forma específica, por meio da Resolução n. 329, de 30.07.2020, CNJ, dispôs sobre os “*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*”.

Contudo, embora tal resolução tenha permitido a realização de diversos atos processuais por videoconferência, ela **vedou expressamente a realização da audiência de custódia por tal meio**, na forma de seu art. 19:

“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 n° 213/2015.”

Imagino que havia uma premissa implícita nessa Resolução. Estimava-se que a pandemia poderia acabar a qualquer momento, então a simples não realização das audiências de custódia, por algum tempo, parecia aceitável. E, de fato, era.

Meses após, por meio da Resolução n. 354, de 19.11.2020, o Conselho Nacional de Justiça **dispôs de forma mais abrangente sobre o trabalho remoto por videoconferência e telepresencial**, no âmbito dos Tribunais, considerando a imperiosa necessidade de continuidade do serviço judiciário.

Os Tribunais, por seu lado, buscaram rapidamente o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de **novas tecnologias para manutenção de suas atividades jurisdicionais**, de tal maneira que o trabalho remoto, acelerado pela pandemia de Covid-19, tornou-se uma realidade indiscutível no Judiciário nacional: milhares de audiências e sessões de julgamento foram e têm sido realizadas por videoconferência e telepresenciais, pela Justiça dos Estados, Federal, Trabalhista, Militar e Eleitoral, bem como nos Tribunais Superiores, **sem que tenha havido**

ADI 6841 MC / DF

prejuízo para o devido processo legal, seja na esfera cível, seja na criminal.

Milhares de audiências para concessão de benefícios previdenciários e/ou assistenciais a dependentes de segurados falecidos, hipossuficientes, incapazes e/ou rurícolas têm se realizado Brasil afora; além de outras de justificação e/ou conciliação em casos de Direito de Família, para modificação de guarda de crianças e pensão alimentícia; e **até audiências criminais**. Todas têm sido realizadas com sucesso, observadas as **garantias constitucionais do processo** e o **respeito à dignidade dos sujeitos processuais**. E, como já dito acima, não há razões para considerar todas essas audiências **menos importantes do que a audiência de custódia**.

Ademais, as **instâncias recursais** estão igualmente asseguradas por meios virtuais, de tal sorte que eventual violação a direito subjetivo, que tenha por causa a realização do ato *on line*, pode ser impugnada pelos recursos apropriados.

Volto a insistir em que, num contexto de **normalidade sanitária**, a exclusividade dos meios *off line* para a realização da audiência de custódia é uma **opção política legítima**. Não assim no caso do contexto atual, de pandemia da Covid-19. O Conselheiro Luiz Keppen, do Conselho Nacional de Justiça, bem apanhou esse aspecto do problema, quando da aprovação da Resolução 329 do CNJ, *verbis*:

“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.

De fato, os defensores da proposta da impossibilidade de

ADI 6841 MC / DF

realização de tal audiência em período de pandemia, preocupam-se com o futuro, pois teme-se que a autorização da realização da audiência de custódia por videoconferência durante a pandemia possa se estender ao período de normalidade.

Salvo melhor juízo, contudo, não procede a preocupação. Cuida-se, no presente momento, apenas de discutir situação excepcional, marcada no tempo, que não deverá perdurar quando findo o período 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.” (grifei)

Nessa linha de raciocínio, e considerando que **a pandemia já se estendia por um tempo muito dilatado, tornando irrazoável a simples suspensão das audiências de custódia**, o Conselho Nacional de Justiça, fazendo um percuciente recenseamento do contexto histórico-jurídico nos seus *consideranda*, editou a Resolução n. 357, de 26.11.2020, que permitiu, de forma coerente e oportuna, a realização das audiências de custódia por videoconferência:

“CONSIDERANDO o art. 9º , item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, e o art. 7º , item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica);

CONSIDERANDO a decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240 do Supremo Tribunal Federal, declarando a constitucionalidade da disciplina pelos tribunais da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente, bem como a decisão nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 do Supremo Tribunal Federal, consignando a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente;

CONSIDERANDO as disposições insculpidas no art. 287 e 310 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº

ADI 6841 MC / DF

13.964/2019, determinando a realização de audiência de custódia, após a lavratura de prisão em flagrante ou cumprimento de mandado de prisão, e o veto ao 1º do art. 3º - B do mesmo diploma;

CONSIDERANDO que a apresentação da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal;

CONSIDERANDO o disposto no art. 185, §§ 2º a 9º, e no art. 222, § 3º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.900/2009, os quais permitem a utilização do sistema de videoconferência para a inquirição de testemunhas e, excepcionalmente, para a realização de interrogatório ou de outros atos processuais que dependam da participação da pessoa presa;

CONSIDERANDO a Resolução CNJ nº 105/2010, que dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio de sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência;

CONSIDERANDO a Resolução CNJ nº 213/2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas;

CONSIDERANDO o estado de calamidade pública, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial por Covid-19.

CONSIDERANDO a Resolução nº 03/2020 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, recomendando o emprego de videoconferência nas audiências criminais em todos os foros e ramos Poder Judiciário;

CONSIDERANDO a Recomendação CNJ nº 55/2019, orientando os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais a promoverem investimentos voltados à plena adoção do sistema de videoconferência em atos processuais das ações penais, na forma da lei, inclusive durante sessões do Tribunal do Júri;

CONSIDERANDO a Portaria CNJ nº 61/2020, disponibilizando a todos os juízos e tribunais plataforma para realização de atos virtuais por meio de videoconferência;

ADI 6841 MC / DF

CONSIDERANDO a Recomendação CNJ nº 62/2020 e a Recomendação CNJ nº 68/2020, permitindo a não realização das audiências de custódia durante a pandemia;

CONSIDERANDO a Resolução nº 329/2020, que regulamenta e estabelece critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência, em processos penais e de execução penal;

CONSIDERANDO o Enunciado 30 da 1ª Jornada de Direito e Processo Penal, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), de 10 a 14 de agosto de 2020, sob a presidência da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, do Superior Tribunal de Justiça, e atual Corregedora Nacional de Justiça;

CONSIDERANDO a deliberação do Plenário do CNJ na 322ª Sessão Ordinária, realizada em 24 de novembro de 2020, nos autos do Ato Normativo nº 0009672-61.2020.2.00.0000;

RESOLVE:

Art. 1º O art. 19 da Resolução CNJ nº 329/2020 passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 19. Admite-se a realização por videoconferência das audiências de custódia previstas nos artigos 287 e 310, ambos do Código de Processo Penal, e na Resolução CNJ nº 213/2015, quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial.

§ 1º Será garantido o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e advogado ou defensor, tanto presencialmente quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação.

§ 2º Para prevenir qualquer tipo de abuso ou constrangimento ilegal, deverão ser tomadas as seguintes cautelas:

I – deverá ser assegurada privacidade ao preso na sala em que se realizar a videoconferência, devendo permanecer sozinho durante a realização de sua oitiva, observada a regra do § 1º e ressalvada a possibilidade de presença física de seu advogado ou defensor no ambiente;

II – a condição exigida no inciso I poderá ser certificada pelo próprio Juiz, Ministério Público e Defesa, por meio do uso concomitante de mais de uma câmera no ambiente ou de câmeras 360 graus, de modo a permitir a visualização integral do espaço durante a

ADI 6841 MC / DF

realização do ato;

III – deverá haver também uma câmera externa a monitorar a entrada do preso na sala e a porta desta;

IV – o exame de corpo de delito, a atestar a integridade física do preso, deverá ser realizado antes do ato.

§ 3º A participação do Ministério Público deverá ser assegurada, com intimação prévia e obrigatória, podendo propor, inclusive, o acordo de não persecução penal nas hipóteses previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

§ 4º As salas destinadas para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência poderão ser fiscalizadas pelas corregedorias e pelos juízes que presidirem as audiências’.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.”

Observa-se que a Resolução n. 357 foi criteriosa ao dispor sobre as diversas **cautelas que devem cercar a realização da audiência de custódia por videoconferência.**

O próprio Supremo Tribunal Federal tem admitido a realização da audiência de custódia por videoconferência. Precedente recente de relatoria do Min. Gilmar Mendes aponta o seguinte:

“Muito embora, no meu entender, o paciente tenha direito à audiência de custódia, o atual estado pandêmico não a indica, nos termos da Recomendação 62/2020 do CNJ, motivo pelo qual inexistente, no momento, ilegalidade manifesta na ausência da referida audiência, salvo se for possível a sua realização por videoconferência. Trata-se de medida destinada a minimizar os riscos de contaminação dos suspeitos, membros do Ministério Público, magistrados, defensores e servidores, razão por que, neste momento, o atual estado de guerra viral sugere cautela e prudência a fim de evitar seu agravamento.”

(HC Ag Rg 198.399, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.04.2021 – grifei)

ADI 6841 MC / DF

Em precedente de relatoria da Min. Rosa Weber, também foi mencionada a possibilidade da audiência telepresencial:

“1. A audiência de custódia constitui, nos termos de iterativa jurisprudência desta Corte, direito subjetivo do preso, motivo pelo qual, mesmo no atual cenário de Pandemia da Covid-19, deve ser realizada, presencialmente ou por videoconferência, pelo Juízo competente.

2. Inocorrência de descumprimento da decisão proferida nestes autos. Necessidade de adiamento da realização da audiência de custódia, tendo em vista que o recorrente testou positivo para o vírus SARS-Cov-2.

3. O relaxamento da prisão em decorrência da não realização da audiência de custódia consiste tema estranho ao paradigma de controle invocado (ADPF 347-MC/DF). Desse modo, à míngua de identidade material entre o paradigma invocado e o ato reclamado, não há como divisar a alegada afronta à autoridade da decisão desta Suprema Corte.

4. Considerando a decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, Presidente deste Supremo Tribunal Federal, na ADI 6.299-MC/DF, suspendendo a eficácia do artigo 310, §4º, do Código de Processo Penal (CPP), na redação introduzida pela Lei nº 13.964/2019, e tendo em vista a atual jurisprudência desta Corte, a obrigatoriedade de realização da audiência de custódia dentro do prazo de 24h (vinte quatro horas) após a prisão em flagrante não conduz a conclusão de que a sua inobservância implica no imediato relaxamento da privação cautelar de liberdade, notadamente nos casos em que decretada a prisão preventiva.

5. Agravo regimental conhecido e não provido.”

(grifo e negrito próprios, Rcl 46381 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, j. 03.05.2021 - grifei)

A jurisprudência desta Suprema Corte tem, de fato, se firmado nesse sentido, conforme precedentes colacionados pela Min. Rosa Weber no caso acima mencionado, indicando *“que entende imprescindível a realização da audiência de custódia, ainda que por videoconferência, mesmo no atual cenário de Pandemia da Covid-19 (Rcl 44.889/PR, Rel. Min. Dias Toffoli,*

ADI 6841 MC / DF

decisão monocrática, DJe 04.02.2021; Rcl 45.245/PR, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 11.02.2021; Rcl 45.461/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJe 22.02.2021; Rcl 45.481-MC/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, decisão monocrática, DJe 10.3.2021; Rcl 45.510-MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão monocrática, DJe 18.02.2021; Rcl 45.520/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJe 01.02.2021; Rcl 45.919/RS, de minha relatoria, decisão monocrática, DJe 26.02.2021; Rcl 45.988/MG, Rel. Min. Alexandre de Moraes, decisão monocrática, DJe 04.3.2021), inclusive em casos decorrentes de ordem de prisão preventiva (Rcl 29.303-AgR/RJ, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 14.12.2020)”.

O Min. Edson Fachin, em voto-vencedor *em habeas corpus*, expressamente **indicou que a audiência de custódia por videoconferência é a melhor alternativa para resguardar os direitos do preso durante a pandemia:**

“(...) Assim, na linha proposta pelo ilustre Relator, entendo que a forma de melhor equacionar as medidas sanitárias de restrição decorrentes do novo coronavírus e o direito subjetivo do preso de participar de ato processual vocacionado a controlar a legalidade da prisão é o sistema de videoconferências. A audiência por videoconferência, desde que ocorra sem a presença de policiais, livre de interferências externas e com a captação de imagens do detido, permite que a autoridade judicial possa averiguar a prática de eventuais maus-tratos ou tortura e, em caso de dúvida, encaminhar o detido para o Instituto Médico Legal respectivo para elaboração de perícia médica.”

(HC 186.421, Rel. Min. Celso de Mello, Redator para o acórdão, Min. Edson Fachin, j. 20.10.2020)

Importa também levar em conta a **realidade dos tribunais país afora**, de tal modo que a vedação *sic et simpliciter* da audiência de custódia por videoconferência poderia conduzir a graves problemas administrativos para alguns estados. Há muitas **comarcas vagas** no país, sem juiz titular. Não raro, os tribunais, em razão desse **quadro deficitário**

ADI 6841 MC / DF

de juízes, acabam por designar um mesmo magistrado para responder por duas ou até três comarcas, de modo que, ainda que a determinação para audiências de custódia na forma presencial não houvesse sido suspensa, não seria possível a sua realização no prazo de 24 horas de forma presencial. Assim, a **realização da audiência de custódia, ainda que por videoconferência, acaba sendo a medida mais adequada e viável** para concretizar os direitos fundamentais do preso. Particularmente no contexto pandêmico, é melhor que ela seja realizada por videoconferência de que simplesmente não seja realizada de forma alguma.

Em suma, a audiência de custódia por videoconferência é a **medida possível** que mais se aproxima, no contexto pandêmico, de assegurar “aos presos o respeito à integridade física e moral”, prevista no art. 5º, XLIX, CF/88, além de compatibilizar-se plenamente com a garantia constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

É importante notar que, mesmo antes da pandemia, desenhou-se uma **tendência no Sistema de Administração de Justiça** pátrio, reconhecida e estimulada pelo legislador, no sentido de que a **jurisdição incorpore progressivamente as modernas tecnologias da informação** ao seu cotidiano, até mesmo no âmbito criminal. Nesse sentido, o **próprio interrogatório do preso** tem respaldo legal para que seja realizado por videoconferência, conforme art. 185, Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.900/2009, *verbis*:

“(...) § 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:

I - prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por

ADI 6841 MC / DF

outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

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;

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;

IV - responder à gravíssima questão de ordem pública.

§ 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código.

§ 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso.

§ 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo.

§ 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 9º Na hipótese do § 8º deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.

§ 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a

ADI 6841 MC / DF

existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.”

A **instrução criminal**, com oitiva de testemunhas, também pode ser realizada por meio de videoconferência, conforme o art. 222, § 3º, do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 11.900/2009, *verbis*:

“§ 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.” (grifei)

Do mesmo modo, o art. 52, modificado na já mencionada Lei 13.964/2019, também previu a modalidade de videoconferência para **apuração de falta grave** na execução penal:

“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: (...)

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso.” (grifei)

Na mensagem de veto que apresentou ao dispositivo, o Presidente da República fez ver a manifesta **incongruência sistêmica** do dispositivo ora impugnado, que pode gerar insegurança jurídica:

“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

ADI 6841 MC / DF

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)

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Luiz Fux, foi além e prognosticou, em declaração à imprensa, que tal dispositivo pode, em certos casos, **ser desastroso para a aplicação da lei penal:**

“O Congresso Nacional entendeu de derrubar a audiência de custódia, e o que é mais lamentável é que a derrubada da audiência de custódia por videoconferência vai impedir que essa audiência se realize. Com isso, o que está por detrás é a bastardia da ideia originária, que é não deixar realizar a audiência de custódia para mais tarde afirmar que a audiência de custódia por videoconferência não foi realizada e solicitar-se habeas corpus, obtendo liberdade para criminosos perigosíssimos, líderes de organizações criminosas, e essa nossa causa de profunda indignação.”

(<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-04/fux-critica-impedimento-de-audiencia-de-custodia-por-videoconferencia>)

Por todas essas razões, reputo **plausível a alegação de inconstitucionalidade** do dispositivo impugnado, ao menos enquanto durar a pandemia de Covid-19.

Ante o exposto, em primeira análise, *ad referendum* do Plenário desta Suprema Corte, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido cautelar para **suspender a eficácia da expressão “vedado o emprego de videoconferência”, constante do § 1º do art. 3º-B do DL n. 3.689/41, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 13.964/2019, de forma a permitir a**

ADI 6841 MC / DF

realização das audiências de custódia por videoconferência, **enquanto perdurar a pandemia de Covid-19**, conforme art. 19, da Resolução n. 329/2020, CNJ, na redação que lhe foi dada pela Resolução n. 357/2020, CNJ, na forma do art. 10, § 3º, Lei n. 9.868/99, bem como no art. 21, V, do RISTF.

Solicite-se a inclusão do feito em Plenário Virtual, com a maior brevidade possível.

Comunique-se ao Congresso Nacional, ao Presidente da República e ao Conselho Nacional de Justiça, solicitando-lhes informações no prazo de 10 dias.

Após, dê-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de 5 dias, para que se manifestem de forma definitiva sobre o mérito desta Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Intime-se. Publique-se.

Brasília, 28 de junho de 2021.

Ministro NUNES MARQUES

Relator