

**PARECER TÉCNICO DO NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA**

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua Corregedoria Geral, publicou o Comunicado n. 284/2020, orientando magistrados/as e servidores/as sobre a realização de audiências virtuais, mais especificamente prevendo procedimento para a realização desses atos, que vinham acontecendo de forma esparsa em algumas comarcas do estado.

Em breve resumo, a Corregedoria Geral de Justiça orienta a utilização da plataforma “*Microsoft Teams*” para a realização do ato, que deve contar com a anuência das partes para ocorrer, salvo em casos de perecimento de direito. O/A magistrado/a ou servidor/a designado será o/a responsável por agendar a audiência e enviar o “link” de acesso para todos/as os/as participantes via e-mail. Após o acesso e início do ato prevê que os/as participantes apresentem documento de identidade com foto para identificação e estabelece que toda a audiência seja gravada e disponibilizada às partes.

A partir desse comunicado, esse núcleo especializado obteve informações sobre a designação de audiências virtuais pelo estado em processos criminais com atuação da Defensoria Pública e a intimação de defensores/as públicos/as para delas participarem.

A par disso, ainda não se tem notícia de qualquer posicionamento institucional sobre o comunicado ou sobre a participação dos/as defensores/as públicos/as.

Assim, cumprindo dever institucional de, conforme art. 4º, do Regimento Interno do Núcleo Especializado de Situação Carcerária “*prestar suporte e auxílio no desempenho da atividade funcional dos membros da instituição sempre que a demanda apresentada referir-se, direta ou indiretamente, a direitos específicos ou gerais de presos e internados*”, bem como de, conforme art. 7º, III, do mesmo regimento, “*contribuir no planejamento, elaboração e proposição de políticas públicas que visem a erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais*”, apresenta este parecer



indicando os fundamentos pelos quais a realização de audiências em ambiente virtual é **inconstitucional e ilegal**, ao menos no que toca aos processos criminais.

O primeiro ponto a se destacar é a completa ausência de previsão legal para a realização do ato judicial como proposto pela Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo em vista que o Código de Processo Penal não traz qualquer norma para embasar o procedimento que buscou-se regulamentar, ou seja, não havendo lei que preveja a possibilidade de audiências virtuais, não é cabível que um mero comunicado substitua a função legislativa e traga procedimento não tratado legalmente.

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

E nem se diga que a previsão legal sobre a realização de interrogatório por videoconferência se aplicaria para a situação aqui tratada, pois o art. 185, §2º, CPP, não deixa dúvida de sua aplicabilidade apenas para o ato do interrogatório, além de trazer diversas medidas para minimizar os problemas da distância física que não são possíveis na “audiência virtual”, como, por exemplo, a disponibilização de canal telefônico reservado para diálogo entre réu/ré e defensor/a e a presença de defensor/a no estabelecimento prisional (art. 185, §5º, CPP).

Não se olvida que vivenciamos tempos excepcionais e que exigem uma reconfiguração de diversos aspectos da vida social e das atividades públicas e privadas. Entretanto, nenhuma excepcionalidade permite a afronta direta à Constituição da

República ou restrições ilegais de direitos, como no caso, em que há nítida violação do **princípio da legalidade**, basilar de um estado que se pretende democrático e de direito.

Importante destacar que sequer a decretação do estado de sítio, art. 137 e ss., CF, previsão constitucional de medida extrema para enfrentamento de calamidades, admite a suspensão da legalidade ou das garantias processuais penais, o que dizer, então, de mera orientação de órgão correccional em tempos de normalidade constitucional.

Para além da violação nítida ao princípio da legalidade, o ato judicial tal como proposto não permite a observância das garantias processuais penais do/a acusado/a, não podendo, portanto, sustentar-se dentro da ordem constitucional vigente, em especial pela impossibilidade de garantir-se: a entrevista reservada entre o/a réu/ré e o/a defensor/a público/a; a incomunicabilidade das testemunhas e a não leitura de depoimento escrito; a certeza da identificação das testemunhas; a efetivação do reconhecimento pessoal, se necessário; o contato com o/a acusado/a durante a audiência.

A entrevista prévia e reservada do/a réu/ré com a defesa técnica é medida imprescindível para a concretização da ampla defesa, pois permite a adequada comunicação ao/à acusado/a sobre a acusação que recai contra si, bem como sobre o acervo probatório produzido até então, garantindo que o interrogatório exerça o seu já reconhecido papel de meio de defesa no processo penal. A não observância dessa garantia, portanto, macula o processo e é causa de **nulidade absoluta**, uma vez que violada a própria Constituição.

Ocorre que a audiência em ambiente virtual, como proposto pela Corregedoria Geral de Justiça, não garante essa **comunicação reservada** com a garantia do necessário **sigilo** sobre ela, tendo em vista que a ferramenta sequer conta com a possibilidade de o/a defensor/a público/a certificar-se de que ninguém acessará essa



comunicação durante sua entrevista, violando, assim, tanto o art. 185, § 5º, CPP, como o art. 128, VI, LC n. 80/1994. Além disso, não há, também, qualquer garantia de que a sala em que se encontra o/a acusado/a, em especial para os/as que se encontram presos/as, não esteja sob vigilância.

Note-se que nos casos de interrogatório por videoconferência deve ser disponibilizado canal telefônico reservado para comunicação, medida não prevista no comunicado e impossível de ser tomada a partir da utilização de telefones privados.

A comunicação entre acusado/a e defesa técnica durante a audiência, expediente importante para permitir a efetividade da defesa, também não será possível pelo sistema proposto, restringindo, uma vez mais, o direito daquele/a que se vê acusado/a.

Ademais, graves problemas quanto à prova testemunhal são identificados no modelo de audiência virtual: não há qualquer **garantia de incomunicabilidade** entre elas e não se pode verificar se o depoimento é prestado de maneira espontânea, sem a leitura de depoimento escrito anteriormente.

Como o acesso da testemunha ao ambiente virtual se dará de computador pessoal e de local sem nenhum controle pelas partes do processo, é impossível que seja verificada a incomunicabilidade entre elas, pois é possível que estejam no mesmo local para prestarem depoimento ou que estejam se comunicando por outros meios, como aplicativos de mensagens instantâneas, colocando em xeque a previsão do art. 210, CPP. Por outro lado, muitas pessoas não têm acesso a computador ou à internet e outras tantas, principalmente idosos/as, tem sérias dificuldades para o uso de tecnologias. Isso sem mencionar aqueles com alguma deficiência que torne impossível a utilização do sistema virtual. A ampla defesa não pode correr o risco de ser violada de modo tão comezinho.



No mesmo sentido, não se pode controlar como a testemunha presta seu depoimento, sendo possível que faça a leitura de texto previamente escrito sem que isso seja do conhecimento das partes, violando o art. 204, CPP.

Ao lado das questões apontadas, necessário questionar sobre a fragilidade da identificação das pessoas que participarão da audiência, em especial nos casos em que não haverá gravação de vídeo, apenas de voz. Limitar a identificação à comparação da foto em um documento com a pessoa que aparece (ou sequer aparece, apenas fala) perante a câmera é temerário.

Por fim, destaque-se que não se deve esquecer que as formalidades das audiências judiciais se justificam para garantia de maior seriedade e confiabilidade dos elementos colhidos durante a sua realização, por isso devem ser realizadas em ambientes formais e exige-se certo nível de ritualística, ainda que excessos sejam indesejáveis, possibilitando que as partes exerçam controle sobre todos os atos realizados, o que se torna impossível na audiência virtual, em que apenas o/a magistrado/a tem pleno acesso e controle dos acontecimentos durante o ato, alijando as partes, em especial a defesa, principal interessada em ver respeitadas todas as garantias processuais penais do/a acusado/a.

Em razão de tudo quanto foi apontado, fica evidente que o modelo proposto pela Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo não tem sucesso em garantir o respeito aos direitos das pessoas processadas criminalmente, serve apenas para uma ótica utilitarista de evitar a paralisação de feitos criminais, por isso não devem as instituições comprometidas com a defesa dos direitos e garantias fundamentais daqueles/as que são alvos da persecução penal compactuar com graves restrições de direitos dessas pessoas.

Aliás, tal oposição à realização do ato judicial virtual deve ser acatado pelo/a magistrado/a proponente, ao menos em relação aos processos criminais, uma vez que o item 1 do referido comunicado deixa assente que somente poderá seguir-se com a



audiência em ambiente virtual sem a anuência das partes no caso de risco de perecimento de direito.

Ora, ignorando-se todas as inconstitucionalidades e ilegalidades estampadas anteriormente, qualquer entendimento sobre existência de risco de perecimento de direito pela não realização do ato é teratológico, pois é direito fundamental do/a acusado/a ser processado com a observâncias de todas as suas garantias processuais, ou seja, há risco (ou melhor, concretização) de perecimento de direito apenas no caso de efetivação da audiência virtual, nunca pela sua não realização.

Inclusive, não sendo o estado acusação capaz de garantir meios para um julgamento constitucionalmente adequado, é de rigor que garanta a liberdade daqueles/as presos/as preventivamente, tendo em vista que o ônus da falta de estrutura estatal para observância do devido processo legal não pode recair naquele/a que é processado/a, reforçando-se, assim, a importância da Recomendação n. 62/2020, CNJ.

Pelo exposto, o parecer do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da Defensoria Pública do estado de São Paulo é pela inconstitucionalidade e ilegalidade da realização das audiências criminais em ambiente virtual.

São Paulo, 22 de abril de 2020.

THIAGO DE LUNA CURY

Coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária
da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – NESC

MATEUS OLIVEIRA MORO

Coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária
da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – NESC

LEONARDO BIAGIONI DE LIMA

Coordenador do Núcleo Especializado de Situação Carcerária
da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – NESC