

## **DESPACHO**

**Habeas Corpus Criminal**      Processo nº **2196047-44.2022.8.26.0000**

Relator(a): **LUÍS GERALDO LANFREDI**

Órgão Julgador: **13ª Câmara de Direito Criminal**

### **Vistos.**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em favor de **ANTONIO GEORGE VIEIRA DA SILVA** e **BRUNO VIEIRA DA SILVA RODRIGUES OLIVEIRA**, contra ato do **Juízo de Direito do Plantão Judiciário da Comarca de Casa Branca**, consistente em decisão que converteu a prisão em flagrante dos pacientes em preventiva.

Segundo a impetrante, os pacientes estão presos, desde o último dia 19 de agosto, em razão de apontado envolvimento com o tráfico de drogas.

Esclarece-se que os pacientes foram apresentados para audiência de custódia, que realizou-se de forma virtual, junto à 43ª CJ – Casa Branca.

Porém, por ocasião do ato, os pacientes foram impedidos de ter um contato prévio com a impetrante, pois, segundo a autoridade judiciária, o ato não equivaleria ao interrogatório, a tornar essa entrevista dispensável.

Chamou-se atenção para a ausência de publicidade à audiência de custódia realizada, eis que a autoridade apontada como coatora não mostrou seu rosto, conduzindo e presidindo o ato sem aparição, mostrando, apenas, "o fundo de tela com as insígnias do Egrégio Tribunal de Justiça".

Entende-se, nesse espectro, tratar-se de ato nulo.

E não por outra razão ensejou-se a impetração do presente *writ*, a fim de fazer cessar o grave constrangimento ilegal a que os pacientes foram submetidos.

Destaca-se a importância da entrevista prévia com os réus. Afirmado consistir no único contato que a defesa possui com o réu para explicar quais são as finalidades da audiência de custódia. Aproveita-se essa mesma ocasião para colher dados que vão permitir o contato com os próprios familiares dos flagranteados.

Argumenta-se não ser necessário muito esforço para se concluir que o ato realizado implementou-se em desacordo com a legislação vigente.

Nesse ponto, menciona a Resolução CNJ nº 213, a qual dispõe sobre o regulamento das audiências de custódia. Chama atenção – em especial – para o artigo 6º.

Traz à baila, igualmente, a Resolução nº 329, também editada pelo CNJ, que dispõe sobre os critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência. Destaca os artigos 12, inciso VII e 19 da referida Resolução.

Nada obstante, cita-se, também, o Provimento CG nº 37/2020 do Egrégio Tribunal de Justiça, para concluir não haver dúvidas acerca da ilegalidade cometida pela autoridade judiciária, asseverando que a atitude do juiz plantonista configura, inclusive, crime de abuso de autoridade, uma vez que nenhuma justificativa legítima impedia a realização do contato entre a defensoria pública e os pacientes.

Reconhece que a autoridade de piso justificou o indeferimento do pedido. No entanto, advoga o entendimento de que a argumentação manejada "beira o absurdo". Isto porque a autoridade judiciária sustentou caber à defesa a obrigação de entabular essa comunicação antes do ato em juízo, ou seja, antes da apresentação do preso ao juiz.

Argumenta, de outro lado, que a custódia estava sendo realizada de forma virtual e logo quando foi admitida pelo sistema "Teams" a defesa pontuou e reivindicou a necessidade da prévia entrevista com os presos.

No mais, a impetrante demonstra seu inconformismo no que toca à ausência de publicidade do ato. Afirmado que a autoridade judiciária, em momento algum, mostrou seu rosto e sequer apresentou justificativa para não o fazê-lo.

Neste diapasão mencionou-se – mais de uma vez – a Resolução CNJ 329/2020, em especial o artigo 4º, §1º, que prevê que os atos realizados por videoconferência deverão observar a máxima equivalência com os atos realizados presencialmente ou em meio físico, concluindo que uma audiência de custódia [da forma como realizada] não condiz com as garantias legais.

De resto, afirma-se não desconhecer o teor de decisões que validam o decreto da prisão preventiva, ainda quando não realizada a audiência de custódia. Todavia, ainda que assim o seja, argumenta que a decisão que decretou a segregação cautelar dos pacientes é completamente genérica e sem fundamentação legal.

Para tanto, enfatiza-se que a autoridade judiciária não apresentou qualquer elemento concreto que indique ser a soltura dos pacientes um risco concreto à ordem pública, ou para o andamento da instrução criminal ou para a aplicação da lei penal.

Em suma: afirma-se que os pacientes estão presos sem a realização de uma audiência de custódia válida e por meio de um decreto de prisão preventiva nulo, já que mal fundamentado.

Postula, destarte, pela concessão da liminar para que seja anulada a audiência de custódia realizada e, via de consequência, o decreto de prisão preventiva, relaxando-se a prisão dos pacientes (fls. 01/09).

#### **Eis a síntese do quanto importa.**

Elementos informativos subsidiados ao expediente criminal subjacente assinalam que, no último dia 19 de agosto, os pacientes foram autuados em flagrante delito, em razão de apontado envolvimento com o tráfico de drogas.

Ao que consta, o paciente **Bruno** é sobrinho do paciente **Antonio George**.

É dos autos que a polícia da comarca de Casa Branca recebeu reuniu significativo acúmulo de denúncias anônimas, dando conta da suposta prática de traficância, patrocinada pelos pacientes.

Diante desse cenário, a autoridade policial representou pela expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar, no endereço dos pacientes.

E o pleito foi acolhido.

Na ocasião em que foram executar o mandado judicial, em poder de **Bruno** os policiais encontraram 60 porções de cocaína, além de R\$ 1.550,00 (mil quinhentos e cinquenta reais). No interior do banheiro, também localizaram diversas embalagens [ainda vazias] destinadas ao empacotamento dos ilícitos.

Ainda durante as buscas no imóvel, foram encontradas 11 facas de diferentes tamanhos, uma atiradeira, uma espingarda desmontada [sem a parte do cano], mas com numeração, 40 munições de calibre 22 de festim, dois aparelhos celulares e várias aves da fauna silvestre. No inteiro do automóvel que estava na garagem, foram encontradas outras duas porções de maconha.

Indagado, **Bruno** assumiu a propriedade das drogas. Assim como o comércio ilícito dos entorpecentes.

A autoridade policial, para quem os pacientes foram apresentados, ratificou a voz de prisão, procedendo, na sequência, à lavratura dos respectivos autos flagranciais.

A autoridade judiciária, no desdobramento da audiência de custódia [realizada através de vídeoconferência], afirmou a legalidade das prisões em flagrante dos pacientes e, na mesma oportunidade, converteu as autuações em prisão preventiva (fls. 87/90 dos autos originais).

Por ora, aguarda-se o encerramento do inquérito policial.

Pois bem, consabido que a concessão de liminar, em sede de *habeas corpus*, exige prova inequívoca do constrangimento ilegal, aferível *primo ictu oculi*.

E a despeito dos estreitos limites da cognição sumária inerente a esta pretensão, **os elementos colhidos até o momento indicam excesso na manutenção do paciente segregado.**

Insurge-se a impetrante, em apertada síntese, contra os atos praticados pela autoridade judiciária quando da audiência de custódia.

E o fazendo para demonstrar inconformismo perante dois pontos em específico: (i) a impossibilidade de entrevista prévia com os pacientes e (ii) a não-aparição [nos moldes preconizados pelos regulamentos vigentes] da autoridade judiciária durante o ato solene.

Argumenta que ambas as circunstâncias ferem garantias e princípios constitucionais elementares, razão pela qual deve o ato ser declarado nulo e, via de consequência, relaxada a prisão dos pacientes.

**De fato, as circunstâncias do caso concreto saltam os olhos.**

É dos autos que os pacientes foram presos em flagrante e – dentro do prazo estabelecido por lei – submetidos a audiência de custódia.

Ao que consta, o ato solene se deu de maneira virtual.

Iniciada a audiência, a impetrante teria solicitado a entrevista prévia com os autuados, para colher e esclarecer sobre os motivos, os fundamentos e informar sobre os ritos que versam a audiência de custódia.

Todavia, esse pedido foi indeferido, ao argumento de que a defesa técnica deveria ter empreendido por sua conta própria, antes da apresentação dos réus em juízo.

Malgrado o entendimento da autoridade judiciária, quanto a essa particularidade, importante afiguram-se alguns apontamentos iniciais.

Como é assente, a Resolução CNJ nº 213, de 2015, regulamentou a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial, no prazo de 24 horas.

De maneira análoga, é sabido que o contexto pandêmico provocou inúmeras alterações em todos os procedimentos até então adotados pelo Poder Judiciário.

E também não foi diferente com relação à audiência de custódia.

Isto porque o momento de crise sanitária apontava para a necessidade do isolamento social de todos como a única via possível de resguardo da vida humana.

Não por outra razão, **e excepcionalmente**, a Resolução CNJ nº 329, de 2020, também editada pelo CNJ, definiu os critérios para a realização da audiência e outros atos processuais por videoconferência, em processo penal e de execução penal, **durante o estado de calamidade pública**, reconhecido pelo Decreto Federal nº 06/2020, em razão da pandemia mundial.

É certo [também] que, ainda neste primeiro momento, buscou-se vedar a realização da audiência de custódia [prevista nos artigos 287 e 310 ambos do Código de Processo Penal] por videoconferência [artigo 19 da Resolução], disciplina essa [proibição da audiência de custódia na modalidade virtual] logo em seguida flexibilizada, **mediante requisitos específicos e preordenados, por ato do mesmo Conselho Nacional de Justiça [Resolução CNJ 357, 2020]**, isto porque diante do embate de princípios fundamentais, tendeu-se ao resguardo da vida humana [prezando pela isolamento social] e considerou a possibilidade de se realizarem audiências de custódia virtualmente.

Todavia, **e aqui está o ponto** [sem deixar de lado o cenário de alerta severo em que o mundo esteve inserido durante muito tempo], **é inegável que a conjuntura atual não é a mesma de antes.**

Não há espaço para dúvidas acerca do abrandamento das medidas de restrição do contato e da movimentação de pessoas em ambientes abertos ou fechados.

A título de exemplo, restabeleceu-se a não-obrigatoriedade do uso de máscaras, o que [durante muito tempo] apresentava-se como uma das saídas possíveis para se evitar o contágio em massa que a grave enfermidade acarretava, elevado a capacidade de contágio decorrente das relações interpessoais.

**É dizer, com outras palavras, não me parece haver justificativa plausível para que a audiência de custódia [no presente caso] tenha se dado de maneira virtual.**

A autoridade judiciária, a propósito, não indicou eventual agravamento [ou a persistência] do cenário de emergência pandêmico [já superado, inclusive, nacionalmente e por ato próprio do Ministério de Estado da Saúde – Decreto nº 11.077, de 20 de maio de 2022] na comarca ou, ainda, qualquer outro argumento que justificasse a opção pela realização da audiência de custódia, no formato virtual.

Friso que a realização do ato solene [da forma como foi implementada] esvazia – e muito – o conceito e a essência da audiência de custódia.

Audiências de custódia não são atos que se cumprem para cumprir formalismo qualquer, senão uma formalizada que deve se implementar para garantir o acesso à justiça [e em sua forma integral e substancial] na forma de escuta qualificada da pessoa presa a um juiz, assegurando uma análise compreensiva do ato de prisão [seja em flagrante ou por mandado] em todas as suas dimensões e particularidades.

Deixa-se bastante claro, para os que ainda não entenderam o alcance da garantia: nenhuma prisão em flagrante se legitima como prisão preventiva, senão depois da realização de uma audiência de custódia em que se assegure ao preso a possibilidade de falar sobre a forma como a prisão [e não sobre a suposta prática delituosa que lhe é imputada] aconteceu, eventuais excessos na forma como foi executada ou por meio dela despontaram, habilitando o magistrado a pronunciar-se, diante de elementos concretos, sobre a adequação e a necessidade de se prosseguir com o afastamento da pessoa do convívio social, inclusive decidindo sobre abusos porventura perpetrados diante da excepcionalidade da providência.

Não há o menor espaço para dúvidas de que audiências de custódia virtuais impedem a materialização do real, inviabilizando o *vis a vis* que permite o alcance da integralidade do ato e, via de consequência, minimizando a garantia do acesso imediato e privilegiado a uma autoridade judicial e a própria humanização na forma de se distribuir justiça.

Mas não paro por aqui!

É certo [mais uma vez] que antes da apresentação da pessoa presa a um juiz, deve-lhe ser assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença dos agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, os fundamentos e os ritos que versam a audiência de custódia – art. 6º da Resolução nº 213 do CNJ.

Nem mesmo o cenário pandêmico, que, como visto, exigiu, **excepcionalmente**, a criação de novos parâmetros para a realização de audiências de custódia, **em momento algum flexibilizou ou temporizou essa obrigação, enquanto instrumentalizadora do direito ao exercício da ampla defesa**, garantido constitucionalmente.

A propósito, a Resolução CNJ nº 357/2020 (reconhecendo a possibilidade, **circunstancial e episódica**, de regime especial para a realização de audiência de custódia virtual), ao acrescentar o §1º ao artigo 19 da Resolução CNJ nº 329/2020, re-ratificou a necessidade de se garantir "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".

Foi esta a razão pela qual o E. Tribunal de Justiça, editou o Provimento CG nº 37/2020, também reiterando a necessidade de se garantir o direito de entrevista prévia e reservada entre o preso e o advogado ou defensor, tanto presencialmente, quanto por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação (art. 3º).

Daí que se afigura forçoso reconhecer que **a atuação da autoridade apontada como coatora em muito se distancia do quanto estabelecido pelas normas regulamentadoras dos autos processuais penais, quer sejam realizados fora do cenário pandêmico, quer sejam patrocinados em estado de calamidade pública.**

Ao que consta, os pacientes foram presos em flagrante e encaminhados ao CPD que atende à comarca de Santa Branca.

A audiência de custódia se deu virtualmente [como já rebatido acima].

**Não havia a possibilidade da defensora entrar em contato com os investigados, porquanto fisicamente encontravam-se presentes em local diverso.**

Infere-se da mídia audiovisual acostada aos autos que – tão logo – no início da audiência, a defensora manifestou seu desejo de entrevistar os réus separadamente. Requerimento esse indeferido pelo magistrado, **ao argumento de que a defensora deveria ter procedido à conversa, antes que os pacientes fossem apresentados ao juízo.**

**É dizer, uma obrigação constitucional que cabia e competia ao juízo assegurar o cumprimento, foi considerada como um ônus atribuído à defesa e que, nas condições em que realizava o ato, se inviabilizava materialmente, diante das circunstâncias concretas como o ato processual se realizava.**

Isto porque a defensora só teve acesso aos pacientes no exato momento em que o douto magistrado também entrou em contato com eles, em ambiente virtual.

Assim, para além de ser inadmissível a exigência do magistrado da origem, observo que malferiu a direito subjetivo do réu de entrevistar-se [em particular] com aquele que haveria de patrocinar os seus interesses.

**Esta, aliás, é uma garantia que não deve [e nem pode] ser flexibilizada, sob nenhuma hipótese ou mediante qualquer argumento. A propósito, não é outro o momento no qual o investigado será cientificado acerca dos fatos pelos quais está sendo investigado e lhe serão informados seus direitos, tais como o de permanecer em silêncio, se assim preferir.**

E digo mais!

Ao que consta da mídia audiovisual – e como bem pontuado pela defensora na inicial deste *writ* – a autoridade judiciária, em momento algum, advertiu os réus acerca do direito ao silêncio que lhes é devido. E sim o oposto. Iniciou as perguntas da forma como entendeu, questionou os réus acerca dos fatos e – de forma suscita – acerca do procedimento que teria sido adotado pelos policiais quando da prisão em flagrante.

**Não fosse o bastante, também depreende-se da mídia audiovisual que a autoridade judiciária em momento algum ligou sua câmera e registrou a própria imagem, patrocinando uma "audiência de custódia sem rosto judicial".**

As partes que lá estavam compondo o ato solene apenas tiveram acesso à voz do magistrado. Não se sinalizou, sequer, a algum defeito do aparato para o fato assim acontecer, e defeito esse que, já não fosse injustificada a realização da audiência de custódia virtual na hipótese, deveria imediatamente prejudicar a continuidade e acarretar a suspensão do ato processual.

Mais uma vez, trata-se de uma atuação e performance judicial que se distancia – para não dizer que se afasta completamente – do objetivo perseguido por uma audiência de custódia, bem como das premissas estabelecidas pelo legislador constitucional e ordinário, e inclusive todas as precauções que nortearam a regulamentação do ato, quer seja em cenário pandêmico ou não.

Isto porque a audiência de custódia – em sua essência – visa a possibilitar à magistratura um momento diante do preso para sua tomada de decisão.

Trata-se, aliás, de essencial resposta de conformidade aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

De toda sorte [ainda que não esvaziado o objetivo da audiência de custódia] a atuação do douto magistrado viola o estabelecido pelo artigo 3º, §3º<sup>1</sup>, artigo 4º, §1º<sup>2</sup>, ambos da Resolução CNJ nº 329, de 2020.

Nestes termos, está-se diante de atuação ilegal [e fora dos ditames preconizados] patrocinada pela autoridade judiciária. A uma pois feriu direito subjetivo dos pacientes de manter conversa particular com a defensora, antes do ato solene. A duas pois deixou de cientificar os réus acerca de seu direito ao silêncio.

Como se não bastasse, a autoridade apontada como coatora não habilitou sua câmera, participando do ato (realizado de forma virtual e, repita-se, impropriamente) apenas com a sua voz.

---

<sup>1</sup> a saber: “nas audiências criminais por videoconferência deverá ser assegurado ao réu o direito à assistência jurídica por seu advogado ou defensor, compreendendo, entre outras as garantias de direito à entrevista prévia e reservada, com o advogado ou defensor, por meios telemáticos, pelo tempo adequado à preparação de sua defesa, para os casos de réu preso e de réu solto patrocinado pela Defensoria Pública.”

<sup>2</sup> a saber: “os atos realizados por videoconferência deverão observar a máxima equivalência com os atos realizados presencialmente ou em meio físico”.

**Deveras, é certo que a audiência de custódia, mais que um procedimento, é um requisito legitimador da conversão da prisão em flagrante em preventiva, eis que oportunidade [inclusive] para o exercício do controle judicial pleno e intransigente das liberdades fundamentais do cidadão, assegurando-lhe a própria dignidade, não podendo jamais ser afastada ou ser – no desdobramento da sua realização – inobservadas as garantias processuais e constitucionais.**

Com efeito, como formalidade procedimental imprescindível à conversão da prisão em preventiva, seu descumprimento acarreta nulidade insanável, autorizando o relaxamento da prisão preventiva porventura nela editada.

Para ficar ainda mais claro: a concessão de liminar em sede de *habeas corpus* exige prova inequívoca e inafastável de constrangimento ilegal, o qual, quando ocorrente, como na presente hipótese, exige pronta reparação, visando a recomposição do *status libertatis* obliterado.

Em cognição sumária, essa é uma situação que arde aos olhos.

De toda sorte, não se ignora que a investigação ainda encontra-se em aberto.

Todavia, não seria por demais ressaltar que os pacientes são – para todos os efeitos – primários<sup>3</sup>.

Inobstante a isso, a quantidade de entorpecentes com eles apreendida não é exagerada e tampouco significativa a ponto de destacar a conjuntura fática subjacente<sup>4</sup>.

Os elementos informativos até o presente reunidos não apontam para uma empreitada criminoso sofisticada ou mesmo para além dos contornos da ilicitude normal e própria ao tipo penal provisoriamente capitulado.

Tampouco há aspectos subjetivos desfavoráveis a indicar a indispensabilidade da medida extrema em detrimento do paciente

Eis um mantra a ser sempre lembrado [e sobretudo praticado]: **"a prisão preventiva constitui-se em providência de *ultima ratio*, cabível somente na hipótese de satisfação dos requisitos legais (artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal) e, ainda,**

---

<sup>3</sup> a saber, peso bruto: 44,5g (quarenta e quatro gramas e cinquenta centigramas) de cocaína e 0,37g (trinta e sete centigramas) de maconha – fls. 21/22 dos autos originais.

<sup>4</sup> a saber, certidão de antecedentes criminais – fls. 73/74 e 77/81 dos autos originais.

**quando medidas cautelares alternativas não se apresentem mais adequadas ao contexto (artigo 310, II, do Código de Processo Penal)", premissas que não se credenciam *a priori* diante do presente contexto.**

Por força desses fundamentos, **defiro, excepcionalmente, a medida liminar para declarar nula a audiência de custódia e, via de consequência, a decisão que converteu a prisão em flagrante dos pacientes em preventiva.**

**Nesse espectro, relaxo a prisão preventiva dos investigados, por descumprimento de formalidade essencial a ela inerente.**

**Expeçam-se alvarás de soltura clausulados em favor dos pacientes.**

**Requistem-se informações à autoridade judicial *a quo*.**

**Depois, à Procuradoria Geral de Justiça.**

**Só então voltem-me conclusos para análise definitiva deste *writ*.**

**Cumpra-se, comunique-se, expedindo-se o necessário.**

São Paulo, 26 de agosto de 2022.

LUÍS GERALDO LANFREDI  
**Relator**