

AUDIÊNCIAS CRIMINAIS VIRTUAIS EM CONTEXTO PANDÊMICO: UMA CRÍTICA À “RETIRADA DO RÉU DA SALA VIRTUAL” À LUZ DO ART. 217 CPP

VIRTUAL CRIMINAL HEARINGS IN THE PANDEMIC CONTEXT: A REVIEW OF THE “REMOVAL OF THE DEFENDANT FROM THE VIRTUAL ROOM” IN LIGHT OF THE ART. 217 CPP

Lucas Barosi Liotti

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal Econômico, Internacional e Europeu e em *Compliance* e Direito Penal, ambos pelo IDPEE/Coimbra.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3315207429352134>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3992-2745>

barosilucas@gmail.com

Túlio Felipe Xavier Januário

Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa “ERASMUS+” na Georg-August-Universität Göttingen. Bolsista de investigação da FCT.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1894712298793127>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0400-1273>

tuliofxj@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo responder aos seguintes questionamentos: como compatibilizar as disposições previstas no Art. 217 do CPP com a realização de audiências criminais virtuais em razão do contexto pandêmico? Em outras palavras, qual deveria ser a adequada atitude a ser tomada pelo(a) magistrado(a) ao se deparar com a hipótese de temor, por parte do Ofendido ou da Testemunha, de prestar depoimento na “presença” do Acusado na sala de audiência virtual? E quais seriam as consequências jurídico-processuais de eventuais irregularidades neste procedimento? Após uma breve análise da legislação e doutrina aplicável à matéria e, principalmente, de uma leitura crítica do entendimento jurisprudencial majoritário acerca da ilicitude ou não da retirada do Réu da sala de audiências e os requisitos a serem observados para tanto, buscaremos demonstrar, ao fim do artigo, a existência de alternativas menos gravosas, que poderiam ser tomadas pelo(a) magistrado(a), havendo latente nulidade na retirada do Réu da sala de audiência virtual, sem observância estrita do Art. 217 do CPP.

Palavras-chave: Covid-19 – Audiências criminais virtuais – Videoconferência – Retirada do réu – 217 CPP.

Abstract: The aim of the present paper is to address the following questions: how to align the provisions of the Art. 217 CPP with the virtual criminal hearings carried out during the pandemic context? In other words, what should be the proper attitude to be taken by the judge when faced with the hypothesis of fear, on the part of the Victim or the Witness, of giving testimony in the “presence” of the Defendant in the “virtual room”? And what would be the legal consequences of the irregularities in this procedure? After a brief analysis on the legislation and doctrine applicable to the matter and, mainly, a critical reading of the jurisprudence related to the (i) legality of removing the Defendant from the courtroom and the requirements to be observed for this, we will seek to demonstrate, in the end of the article, the existence of less burdensome alternatives that could be taken by the judge, with latent nullity in the removal of the Defendant from the virtual courtroom without strict observance of Article 217 CPP.

Keywords: Covid-19 – Virtual criminal hearings – Videoconference – Removal of the Defendant – 217 CPP.

É de notório conhecimento que, em virtude da pandemia do COVID-19, se viu o funcionamento do sistema de justiça bastante afetado, sendo demandadas, em algumas situações, significativas adaptações procedimentais para assegurar a continuidade dos processos. Uma destas medidas foi a realização de audiências por videoconferência,¹ as quais foram, inclusive, autorizadas e regulamentadas pelo CNJ, através, por exemplo, das Resoluções 314 e 329, e da Recomendação 62, todas de 2020 (BRASIL, 2020A; 2020B; 2020C).

A partir dessa autorização, grande parte das audiências de instrução e julgamento em processos criminais ocorreram em ambiente virtual. Em regra, os links de acesso às salas de audiência eram previamente encaminhados ao representante do MP, defensor(es), vítima(s) (se houver), testemunha(s) e ao próprio Acusado – inclusive se estivesse preso, caso em que acompanharia a audiência e seria interrogado por videoconferência de dentro de sala reservada no estabelecimento prisional.²

É importante destacar, de pronto, que a doutrina aponta algumas

objeções à realização de audiências criminais virtuais. Diogo Malan (2020, n.p.), por exemplo, observa eventuais violações às garantias da I) imediação, II) do contraditório, III) do direito ao confronto e do IV) direito de presença. Aliás, no que se refere ao direito ao confronto, ele não se encerraria na mera noção de poder confrontar as testemunhas, mas de maneira mais ampla, englobaria o direito do Acusado (i) à produção da prova testemunhal em audiência pública; (ii) a presenciar a produção da prova testemunhal; (iii) de produzir a prova testemunhal na presença do julgador do mérito da causa; (iv) à determinação às testemunhas do compromisso de dizer a verdade; (v) de ter conhecimento da verdadeira identidade das testemunhas; (vi) à inquirição das fontes de prova testemunhal desfavoráveis, no momento de sua produção; (viii) de se comunicar com o(a) advogado(a) durante a produção da prova oral; e (viii) de influenciar na decisão judicial (FIGUEIREDO, 2017, p. 12-13; MAFFEI apud MALAN, 2009, p. 74-91).

Sem menosprezo das outras relevantes controvérsias relacionadas a estes procedimentos,³ o objetivo do presente trabalho

circunscreve-se a uma problemática específica: se a audiência de instrução e julgamento já estava sendo realizada em ambiente virtual, caso a testemunha solicitasse para ser inquirida na “ausência” do réu, poderia o magistrado retirar o Acusado da sala (virtual), impedindo-o de acompanhar o depoimento da testemunha?

A questão se coloca e ganha vulto diante da previsão do Art. 217 do CPP (BRASIL, 1941), que dispõe que, em regra, caso a testemunha se oponha a declarar na frente do Acusado, sua inquirição será realizada por videoconferência e, excepcionalmente, o Acusado será retirado da sala de audiência, caso a videoconferência não seja possível.⁴ Contudo, como proceder caso todos os atos da audiência já estiverem sendo realizados mediante videoconferência? Admitir-se-ia a retirada do Acusado da sala virtual? Haveria soluções menos gravosas?

Vale mencionar que, em situações de normalidade, ou seja, aquando da realização de audiências presenciais e fora de um quadro pandêmico, a subsidiariedade da retirada do Réu da sala de audiências é observada não apenas no supramencionado art. 217 do CPP, mas também no Art. 185, §3º, III, *in fine*, do CPP, que prevê que o interrogatório do réu preso só será feito por videoconferência para proteger a Vítima ou a Testemunha se, antes, não se puder inquirir estas por videoconferência.

O cotidiano forense, contudo, nos revela uma inversão na ordem destas práticas, sendo frequentemente observada a retirada do Réu da sala de inquirição da Testemunha como medida já inicialmente adotada.⁵

Além disso, quando provocado a se manifestar sobre essa questão, o STJ não reconheceu ilicitude na prática, fundamentando a convalidação do ato em quatro argumentos: I) a falta de condições materiais e aparatos tecnológicos suficientes para a realização do ato conforme disciplina a lei; II) que o princípio da verdade real imporia a colheita do depoimento o mais “desinfluenciado” possível da testemunha, razão pela qual, entre o direito do réu de assistir à produção de provas e o da testemunha de não depor em sua presença, este deveria prevalecer; III) que o fato de o defensor do Acusado permanecer na sala afastaria a alegação de violação à ampla defesa; IV) que a própria Lei autorizaria a retirada da sala, quando a mera presença do Acusado causasse humilhação, temor ou constrangimento à testemunha ou ao ofendido, prejudicando seus depoimentos.⁶

Contudo, parece-nos que, dos quatro argumentos invocados, apenas ao primeiro merece, de fato, assistir razão. Se faltam condições materiais e aparatos tecnológicos suficientes para tanto, não seria correto ter de submeter a testemunha ou vítima ao depoimento na presença do Réu, sob pena de lhe causar humilhação, temor ou constrangimento e, em último termo, de prejuízo da própria fiabilidade de seu depoimento.

Pelo contrário, caso existentes as aludidas condições, não nos parece se justificar a retirada do Réu da sala de audiências. Ora, se, por um lado, é certo que o Art. 217 do CPP prevê essa hipótese, por outro, o dispositivo estabelece uma ordem sucessiva de etapas

a ser observada. No fundo, a interpretação dada pelo STJ acaba por ignorar a subsidiariedade da medida, desconsiderando a ordem escalonada de soluções ditada pelo legislador no Art. 217 do CPP.

Ademais, a permanência do defensor na sala de audiências, enquanto o Acusado está ausente, não nos parece suficiente para afastar a violação à ampla defesa, sobretudo no que diz respeito à sua autodefesa. Ora, ainda que respeitado o direito à defesa técnica, parece-nos pouco discutível que o Acusado, ao acompanhar o depoimento, teria melhores condições de esclarecer a narrativa de um fato que, na forma como dita pela testemunha, poderia lhe prejudicar. Portanto, uma parcela do direito à ampla defesa permaneceria desprotegida por essa medida.

Quanto ao choque normativo entre o direito do Réu à ampla defesa e ao contraditório; de um lado, e o suposto princípio da “verdade real”, de outro, a concordância prática parece já ter sido dada pelo próprio legislador, ao estabelecer uma ordem escalonada de medidas a serem tomadas caso a testemunha se sinta intimidada. A busca da verdade apenas poderia prevalecer, ou melhor, justificar a restrição ao direito à autodefesa, quando não fosse possível assegurar este último por outro meio, tal como com a inquirição da testemunha por videoconferência. Jamais poderá ele ser invocado para subverter a

ordem de subsidiariedade prevista em lei, suprimindo a autodefesa, mesmo em hipóteses nas quais ela seria evitável.

A partir destas considerações quanto ao posicionamento jurisprudencial prevalecente na matéria, questiona-se: como os tribunais e julgadores de 1ª instância enfrentaram a problemática do “temor por parte do ofendido e da testemunha” nas audiências integralmente virtuais, que foram realizadas no período de pandemia? Quais soluções foram por eles adotadas? Haveria compatibilidade delas para com os direitos e garantias processuais assegurados ao Acusado? Quais seriam as possíveis alternativas para tanto?

Na linha dos argumentos *supra* expostos, pensamos que a resposta tenha de ser buscada dentro das

seguintes balizas: uma vez que, na hipótese de a audiência já estar sendo realizada em ambiente virtual e, portanto, de a inquirição da testemunha já estar sendo realizada por videoconferência, não haveria maiores justificativas para impossibilitar o Réu de acompanhar todos os atos da audiência. É dizer, não mais subsistiria a única razão legítima pela qual se poderia impedi-lo deste acompanhamento, qual seja, a inexistência de tecnologia suficiente para a realização do ato.

Portanto, para se assegurar o direito fundamental do Acusado à autodefesa e ao contraditório, sem que haja desatenção a que o depoimento da testemunha seja dado de forma livre de temor, ameaça ou constrangimento, uma medida inicial que deveria ter sido tomada seria, a princípio, que fosse dada ao Ofendido ou à Vítima, reservadamente e antes do início da audiência, a informação de que seu depoimento poderia ser colhido com o Acusado virtualmente “presente” ou, excepcionalmente, ausente, caso ele(a) assim preferisse.

"ORA, AINDA QUE RESPEITADO O DIREITO À DEFESA TÉCNICA, PARECE-NOS POUCO DISCUTÍVEL QUE O ACUSADO, AO ACOMPANHAR O DEPOIMENTO, TERIA MELHORES CONDIÇÕES DE ESCLARECER A NARRATIVA DE UM FATO QUE, NA FORMA COMO DITA PELA TESTEMUNHA, PODERIA LHE PREJUDICAR. PORTANTO, UMA PARCELA DO DIREITO À AMPLA DEFESA PERMANECERIA DESPROTEGIDA POR ESSA MEDIDA."

Nesta última hipótese, caso o magistrado verificasse que a presença do Réu poderia causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo a vir a prejudicar a verdade do depoimento, duas medidas alternativas poderiam ser tomadas: I) ou a possibilidade de que o Réu acompanhasse, no mínimo, o conteúdo do que fosse dito na inquirição, ainda que sem necessariamente ver a imagem da testemunha ou ouvir a sua real voz, de forma que tampouco a testemunha fosse confrontada com a imagem do Acusado ou com a informação de que ele estivesse logado na sala; II) ou, na excepcional hipótese de retirada do Réu da sala virtual, não deveria o juiz proceder, imediatamente após a inquirição da testemunha, ao seu interrogatório. Antes, deveria ser dado acesso integral ao depoimento colhido para somente então interrogá-lo.⁷

Somente dentro destas duas hipóteses parece ser alcançada a concordância prática entre os direitos da testemunha e do Acusado e a busca da “verdade”,⁸ protegendo-os todos ao máximo e sem menoscabá-los para além das hipóteses verdadeiramente inevitáveis. Do contrário, a simples retirada do Acusado da sala de audiência virtual, como medida primária, restringiria o direito fundamental à autodefesa e ao contraditório do Réu fora dos casos indispensáveis, uma vez que disponíveis meios menos restritivos e que assegurem os outros direitos em conflito na mesma intensidade.

E, sendo assim, nas hipóteses em que a retirada do Réu da sala virtual fora tomada como medida primeira, sem a observância das demonstradas alternativas menos gravosas aos seus direitos e garantias, a outra solução não se pode chegar que não a da existência de nulidade do ato, nos termos do Art. 564, IV, CPP, desde que comprovado o prejuízo decorrente desta conduta.⁹

Notas

- Exemplificativamente, por todos, vide a Portaria nº. 6.414/CGJ/2020, do TJMG e o Provimento CGJ nº 38/2020, do TJRJ, em: ESTADO DE MINAS GERAIS, 2020; ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2020.
- Vale dizer, de acordo com o artigo 185, §4º, do CPP, é direito de todo acusado preso que será interrogado por videoconferência acompanhar todos os atos da audiência. “Art. 184, §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” (BRASIL, 1941).
- Uma visão panorâmica das mesmas, bem como de possíveis soluções, pode ser encontrada em: GALVÃO, 2015, passim. Especificamente quanto ao “Tribunal do Júri virtual”, vide: RODRIGUES; MALTA, 2021, passim.
- De qualquer forma, apenas o acusado deve ser retirado da sala de audiência, jamais seu defensor. Nesse sentido, vd.: LOPES JR., 2021, p. 423.
- Em recente decisão monocrática proferida no REsp. 1.977.197/RS, o STJ entendeu pela inexistência de cerceamento de defesa pela retirada do Réu da sala de audiência virtual, em virtude de manifestação de temor, por parte das vítimas e testemunhas, de prestar declarações na presença daquele. Cfr.: STJ, 2022.
- Por todos, conferir o RHC 102.306/ES, de Relatoria do Ministro Jorge Mussi, em: STJ, 2018.
- Aury Lopes Jr. ensina: “Ao réu é assegurado o direito a última palavra pressupondo, sempre, que tenha pleno conhecimento de todas as provas que foram produzidas contra si. Desta forma, se não presenciou algum depoimento porque foi determinada

sua retirada da sala de audiências, deverá o juiz garantir-lhe acesso integral e pelo tempo que for necessário a esses depoimentos, para somente após proceder ao interrogatório” (LOPES JR., 2021, p. 508 e 543). No mesmo sentido, Guilherme Madeira Dezem: “deve o magistrado franquear o acesso aos termos de depoimentos das testemunhas para que, apenas então, o acusado possa ser interrogado. Caso esse procedimento não seja efetivado e o interrogatório se dê sem o conhecimento do material probatório produzido sem a presença do acusado, não se terá o interrogatório como meio de defesa, desnaturando-se sua natureza jurídica” (DEZEM, 2010, p. 6).

- Não desconsideramos, aqui, a já antiga discussão acerca da (im)possibilidade e (in) adequação da busca da verdade como um fim do Direito Penal. Ainda que uma análise detalhada desta questão ultrapasse os objetivos do trabalho, é importante mencionar que, para os seus fins, a “verdade” é aqui entendida como a “verdade processualmente válida, em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes maior controle sobre a atividade jurisprudencial” (BRASIL, 2021B). Vide ainda, sobre essa controvérsia: BRASIL, 2021A; LIOTTI, 2020, passim).
- Não desconhecemos, de forma alguma, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial existente em matéria de diferenciação entre nulidades *absolutas* e *relativas* e sua aplicabilidade no processo penal. Parece-nos, contudo, que uma vez que a jurisprudência nacional tem entendimento consolidado no sentido da necessidade de demonstração do prejuízo em ambas as espécies, uma análise crítica desta temática acabaria escapando aos objetivos centrais do trabalho. Para uma análise profunda destas questões, vide: GLOECKNER, 2021, n.p..

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação n.º 62, de 17 de março de 2020A*: Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n.º 314, de 20 de abril de 2020B*: Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n.º 329, de 30 de julho de 2020C*: 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. Disponível em: <https://legalclouds3.s3-sa-east-1.amazonaws.com/dje/STF/CNJ/20200731_cnj_resolucao_329.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 10 de maio de 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). *Rcl. 36.734/SP*. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 10 de fevereiro de 2021A. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *RHC 102.306/ES*. Relator Ministro Jorge Mussi, 04 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *HC 630.949/SP*. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 23 de março de 2021B. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Decisão Monocrática). *REsp. 1.977.197*. Relator Ministro Ribeiro Dantas, 11 de março de 2022. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 10 de junho de 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. Produção da prova testemunhal e interrogatório: correlações necessárias. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 17, n. 207, p. 6-7, fev. 2010.

ESTADO DE MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Portaria nº. 6.414/CGJ/2020*: Disciplina o procedimento experimental de realização de audiências por videoconferência nas unidades judiciárias da Justiça de Primeira Instância do Estado de Minas Gerais, no período de isolamento social decorrente da pandemia de Coronavírus (COVID-19). Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/informes/audiencias-por-videoconferencia.htm#YJlis7VKjU>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Provimento CGJ Nº 38/2020*: Disciplina o funcionamento dos juízos de primeira instância, das centrais de cumprimento de mandado e núcleos de auxílio recíproco, e das equipes técnicas interdisciplinares, bem como, do serviço interno na Corregedoria Geral da Justiça, durante a vigência do Plantão Extraordinário. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/1017893/0/prov+CGJ+38-2020.pdf/c60314b4-86d6-1d5e-8ddc-16ac2f931686>>. Acesso em 10 de maio de 2021.

FIGUEIREDO, Daniel Diamantaras de. *O direito do acusado ao confronto das testemunhas de acusação na produção da prova penal*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

GALVÃO, Danyelle da Silva. *Interrogatório por videoconferência*. São Paulo: LiberArs, 2015.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Comentários ao Título I do Livro III do Código de Processo Penal. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacarias; BADARÓ, Gustavo Henrique (coords.). *Código de processo penal comentado*. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Versão ebook. Não Paginada.

LIOTTI, Lucas Barosi. *A busca da verdade no processo penal* – uma finalidade inabdicável, embora não única nem preponderante. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MALAN, Diogo. *Advocacia criminal e julgamento por videoconferência*. *Conjur*, 15 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/diogo-malan-advocacia-criminal-julgamento-videoconferencia#sdfototes5sym>>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Ronald P.; MALTA, Nigel S. Tribunal do júri virtual: em busca da harmonização entre as soluções emergenciais ocasionadas pela pandemia do novo coronavírus e a observância dos preceitos constitucionais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 475-508, jan./abr. 2021. <https://doi.org/10.22197/16dppv71439>.

Recebido em: 24.11.2021 - Aprovado em: 25.04.2022 - Versão final: 10.06.2022