

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

MANOEL VERIDIANO FUKUARA REBELLO PINHO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAISS
E SUA FINALIDADE DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS**

**Brasília – DF
2022**

MANOEL VERIDIANO FUKUARA REBELLO PINHO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIAS
E SUA FINALIDADE DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação da Profa. Dra. Carolina Costa Ferreira e apresentada ao PPGD/IDP como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

**Brasília – DF
2022**

MANOEL VERIDIANO FUKUARA REBELLO PINHO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DA OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAISS E SUA FINALIDADE DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação da Profa. Dra. Carolina Costa Ferreira e apresentada ao PPGD/IDP como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional.

20/12/2022

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Carolina Costa Ferreira
Orientadora

Prof. Dr. Felipe da Silva Freitas
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Prof.^a Dr.^a Luciana Silva Garcia
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno (Suplente)

Prof.^a Dr.^a Manuela Abath Valença
Universidade Federal de Pernambuco
Membro Externo

Prof.^a Dr.^a Maria Gorete Marques de Jesus
Universidade de São Paulo
Membro Externo

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Carolina Costa Ferreira, pela confiança em mim depositada e pela orientação e apoio permanentes.

Aos Professores Doutores integrantes da banca examinadora, Felipe da Silva Freitas, Manuela Abath Valença e Maria Gorete Marques de Jesus, cujas contribuições foram essenciais desde o momento da qualificação para o desenvolvimento da tese.

A todos os colegas do Doutorado, em especial à Anamaria Prates Barroso e Vanessa Reichert, pelas colaborações e sugestões apresentadas.

Aos amigos Benedito Torres Neto, Fabrício Proença de Azambuja e Marcelo José de Guimarães e Moraes, pelo constante incentivo.

Aos colegas Igor Rodrigues Costa e Lucas de Melo Prado pelo auxílio na organização do texto.

Ao Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, em nome do Procurador-Geral de Justiça Alexandre Magno Benites de Lacerda e do Conselheiro Nacional Paulo Cezar dos Passos, instituição a quem sou grato e honrado de integrar.

A todos aqueles involuntariamente olvidados pela colaboração.

RESUMO

O presente trabalho busca estudar a audiência de custódia no Brasil sob a perspectiva da observância das garantias processuais penais e sua finalidade de defesa dos direitos humanos. O seu implemento e desenvolvimento nesse sentido depende da introdução de regras e práticas democráticas, a fim de humanizar o processo penal e permitir a sua consagração como um ato judicial de proteção das garantias relacionadas ao devido processo legal, ao princípio da presunção de inocência e ao Estado Democrático de Direito. Tendo-se em vista a finalidade de combate da tortura, como uma das principais da audiência de custódia, e que ainda precisa de melhor evolução, foi desenvolvida a problemática da tortura e dos maus-tratos, no contexto do abuso estatal, o que revela uma realidade político-jurídica autoritária. Isso demanda, sem dúvida, a realização e concretização de políticas públicas que ampliem a possibilidade de apuração de tais práticas, com os devidos incentivos, além da construção de uma hermenêutica processual penal garantista. Ademais, para a apuração da tortura e dos maus-tratos, a partir da audiência de custódia, imprescindível que ela funcione como um instrumento de controle judicial efetivo do auto de prisão em flagrante delito e de valoração imparcial de todas as declarações prestadas. Analisamos, assim, o tema da tortura e dos maus-tratos à luz da normatização e precedentes nacionais e internacionais sobre o assunto, bem como a imperiosidade de correta aplicação multidisciplinar do Protocolo de Istambul, embora haja muitas dificuldades práticas, para a expansão de proteção dos direitos humanos fundamentais.

Palavras-chave: audiência de custódia; tortura e maus-tratos; garantias processuais penais e direitos humanos; Protocolo de Istambul.

ABSTRACT

This thesis aims to study the custody hearing in Brazil from a perspective of compliance of criminal procedural guarantees and its purpose of defending human rights. Its implementation and development in this sense depends on the introduction and implementation of democratic rules and practices, in order to humanize the criminal procedure and allow its consecration as a judicial act of protection of guarantees related to due legal process, the presumption of innocence and the democratic rule of law. Considering the purpose of combating torture, as one of the main objectives of the custody hearing, which still needs better evolution, the problem of torture and mistreatment was developed in the context of state abuse, which reveals an authoritarian political-legal reality. This demands, without a doubt, the realization of public policies that expand the possibility of investigating such practices, with the necessary incentives, as well as the construction of a hermeneutic of criminal procedure. Furthermore, for the investigation of torture and mistreatment, it is essential that the custody hearing functions as an instrument of effective judicial control of the act of arrest in flagrante delicto and of impartial valuation of all statements made. Thus, we analyze the issue of torture and ill-treatment according to the national and international norms and precedents on the subject, as well as the imperative of correct multidisciplinary application of the Istanbul Protocol, although there are many practical difficulties, for the expansion of the protection of fundamental human rights.

Keywords: custody hearing; torture and ill treatment; criminal procedure guarantees and human rights; Istanbul Protocol.

RESUMEN

El presente trabajo pretende estudiar la audiencia de custodia en Brasil desde una perspectiva del cumplimiento de las garantías procesales penales y su finalidad de defensa de los derechos humanos. Su implementación y desarrollo en este sentido depende de la introducción e implementación de reglas y prácticas democráticas, con el fin de humanizar el proceso penal y permitir su consagración como un acto judicial de protección de las garantías relacionadas con el debido proceso legal, la presunción de inocencia y el estado democrático de derecho. Teniendo en cuenta el propósito de combatir la tortura, como uno de los principales de la audiencia de custodia, y que todavía necesita una mejor evolución, el problema de la tortura y los malos tratos se desarrolló en el contexto de los abusos del Estado, que revela una realidad político-legal autoritaria. Esto exige, sin duda, la realización e implementación de políticas públicas que amplíen la posibilidad de investigar dichas prácticas, con los incentivos adecuados, además de la construcción de una hermenéutica procesal penal. Además, para la investigación de la tortura y los malos tratos, es fundamental que la audiencia de custodia funcione como un instrumento de control judicial efectivo del acto de detención en flagrancia y de valoración imparcial de todas las declaraciones realizadas. Analizamos así la cuestión de la tortura y los malos tratos a la luz de las normas y precedentes nacionales e internacionales en la materia, así como la imperiosidad de la correcta aplicación multidisciplinar del Protocolo de Estambul, aunque existan muchas dificultades prácticas, para la ampliación de la protección de los derechos humanos fundamentales.

Palabras clave: audiencia de custodia; tortura y los malos tratos; garantías procesales penales e derechos humanos fundamentales; Protocolo de Estambul.

LISTA DE QUADROS E TABELAS

Quadro 1 — Métodos de tortura segundo a classificação do Protocolo de Istambul	117
Quadro 2 — Celebração de acordos de cooperação com o Poder Judiciário para a realização das audiências de custódia	127
Tabela 1 — Pessoas adultas autuadas por mês – 2019.....	41
Tabela 2 — Pessoas adultas autuadas por ano – 2016 a 2019	42
Tabela 3 — Tipos penais nas audiências de custódia – jan. 2016 a 6 jan. 2017.....	79
Tabela 4 — Percentual de interiorização das audiências de custódia por Estado..	128

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	27
1.1 Conceito, fonte e origem do instituto	27
1.2 Objetivos e características	29
1.3 A evolução da comunicação da prisão.....	30
1.3.1 Da evolução normativa.....	30
1.3.2 Período de 2011 até 2015.....	33
1.3.3 Período de 2015-2022.....	36
1.4 Audiência de custódia nas prisões em flagrante, preventiva, temporária, civil, decorrente de execução penal e em apreensões de adolescentes em conflito com a lei.....	45
1.5 Jurisprudência	49
1.6 Observação e exame do protocolo de implementação do juiz de garantias como possível janela para ampliação de combate à tortura no Brasil; Audiência de custódia no CPP	54
2 ESTADO DE DIREITO E AUTORITARISMO. FUNDAMENTOS E GARANTIAS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL APLICÁVEIS ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA	69
2.1 Da necessidade de implementação de um processo penal de acordo com o Estado Democrático de Direito	69
2.2 Da proibição absoluta da tortura e da obrigação do Poder Público de apurar essa prática.....	73
2.3 Da seletividade no sistema de justiça criminal brasileiro, visível pelas audiências de custódia	76
2.4 Implementação de um processo penal mais humanista.....	79
2.5 Controle judicial efetivo das prisões em flagrante delito.....	86
3 TORTURA	96
3.1 Considerações sobre o conceito de tortura e as normas que a regem	96

3.2	A existência de fato da tortura resultante de violência interpessoal no sistema de justiça criminal e a deficiência na apuração da tortura estatal	108
3.3	Requisitos prévios imprescindíveis para a realização da audiência de custódia como instrumento de combate à tortura	111
3.4	O Protocolo de Istambul.....	116
3.5	Âmbito normativo no CNMP.....	124
4	ASPECTOS LEGAIS E DE POLÍTICA CRIMINAL: POR UMA POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA EM DIREITOS HUMANOS E OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	133
4.1	A atuação do Poder Judiciário pelo juízo das garantias nas audiências de custódia como meio de controle idôneo das prisões em flagrante.....	133
4.2	Os processos de tráfico de drogas e a verdade policial.....	138
4.3	Possível revisão da política criminal de drogas no Brasil.....	142
4.4	Dois pontos imprescindíveis.....	148
	CONCLUSÃO	152
	REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia possui diversas funções, dentre elas, a prevenção e o combate à tortura. Por esse motivo se deu sua implementação e inserção no ordenamento jurídico, a partir de 2015, em obediência às recomendações da ONU contra a tortura, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e demais textos normativos internacionais, no sentido de que uma pessoa presa em flagrante não passe mais de 24 (vinte e quatro) horas em Delegacia de Polícia e seja imediatamente apresentada a uma autoridade judiciária competente para que cesse eventual abuso de prisão.

As audiências de custódia, a partir de 2015, representam uma terceira etapa da reforma processual penal referente à análise do auto de prisão em flagrante desde a promulgação da Constituição de 1988. Duas etapas anteriores podem ser verificadas nos períodos de 1988 até 2011 e de 2011 até 2015, como será abordado posteriormente no item 1.3.

Essas reformas pontuais no Código de Processo Penal brasileiro tiveram por objetivo a adequação material do processo penal aos preceitos da Constituição Federal, no sentido de compatibilizá-lo com um sistema constitucionalizado, de índole humanista e acusatória, principalmente no tema da prisão em flagrante delito, a qual deve imediatamente ser submetida a controle de mérito pelo Poder Judiciário, com a presença real da pessoa detida.

As reformas processuais não têm por objetivo modificar o sistema de instrução processual, mas permitir a oitiva da pessoa detida manifestar-se sobre o ato de privação de liberdade que já está efetivado e completo, e que envolve a sua liberdade de ir e vir, em um momento de vulnerabilidade face ao aparato estatal.

O momento de oitiva da pessoa detida em audiência de custódia é essencial para a tomada de uma decisão justa e proporcional em consonância com um sistema processual democrático, e com a vulnerabilidade social específica daquela. Nesse sentido, a decisão, no âmbito do processo penal, deve ser tomada a partir do princípio da presunção de inocência e da intervenção mínima do direito penal, de modo a minimizar ao máximo os danos decorrentes da vulnerabilidade social detectada, o que

impõe também uma articulação com os demais órgãos do Poder Executivo e do sistema de justiça criminal.

Trata-se ela, por isso, de importante inovação no ordenamento jurídico brasileiro, implantada, inicialmente, por provocação do Conselho Nacional de Justiça, junto a Tribunais brasileiros, administrativamente.

A implantação das audiências de custódia se deve muito também a intensas atuações de organizações da sociedade civil de defesa dos direitos humanos, como por exemplo o IDDD, que desde 2011 pugnou junto ao Poder Legislativo para a implantação dessas audiências. Já em fevereiro de 2015 iniciou-se a aplicação prática do projeto-piloto “Audiência de Custódia” do IDDD pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Esse projeto foi concebido pelo CNJ, com o apoio do IDDD, do Ministério da Justiça, dos Tribunais de Justiça e dos Governos dos Estados.

Imprescindíveis, para o reconhecimento das audiências de custódia, foram os precedentes da ADPF 347 e da ADI 520, do Supremo Tribunal Federal, em seu exercício da jurisdição constitucional como fomentador dos direitos humanos fundamentais. Esses precedentes serão melhor tratados no Capítulo 1.5.

Finalmente, o instituto ganhou previsão legal a partir da Lei nº 13.964/2019, cujos dispositivos estão em vigor, exceto o § 4º do artigo 310 do Código de Processo Penal, que foi suspenso por medida liminar proferida no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 6298, 6299, 6300 e 6305.¹

As audiências de custódia têm trazido benefícios, como redução de população carcerária por prisões provisórias², rapidez de análise da legalidade da prisão e da necessidade de sua manutenção e presença física da pessoa detida na audiência, o que, naturalmente diminui a possibilidade de ocorrência de injustiças. No entanto, não se tem visto sua eficácia na prevenção e no combate da tortura. Quais seriam os motivos e causas? Como pode ser aprimorado e concretizado o instituto nesse

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 6 jul. 2022.

² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Audiência de Custódia 6 anos**. p. 37.

sentido? Como elas têm sido realizadas, e o que preconiza o Protocolo de Istambul? Quais são os elementos que não levam à investigação?

O Protocolo de Istambul será melhor investigado nos Capítulos 3.3 e 3.4, tendo sido ratificado pelo Brasil e aprovado pela ONU no ano 2.000, como um manual de orientações internacionais para a investigação e apuração da tortura e dos maus-tratos.

A grande importância do Protocolo de Istambul é que além de constituir um documento internacional sobre direitos humanos, ele funciona como um documento de referência, para auxiliar os Estados a realizarem uma documentação eficaz nos casos de tortura e maus-tratos, e ainda, introduz um compromisso da comunidade internacional para atuar no tema.

Algumas pesquisas realizadas demonstram que não são tomadas providências a respeito de casos de violência retratadas nas audiências de custódia. Por exemplo: na pesquisa Tortura Blindada, feita pela ONG Conectas Direitos Humanos, em 2017, no acompanhamento de 393 audiências de custódia em São Paulo/SP, em 26% delas não foram tomadas providências acerca da violência relatada. Nessa mesma pesquisa, em relação ao Ministério Público, constatou-se que em 80% dos 358 casos em que houve relatos de violência, os promotores de justiça não perguntaram nada à pessoa detida e em 22% dos casos em que entrevistaram, falaram para justificar a violência policial.³

Nesse sentido, algum efeito dissuasório da audiência de custódia poderia ser obtido após a efetiva punição e responsabilização dos torturadores e responsáveis por tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, em atenção aos direitos humanos à vida e à integridade pessoal, seja física ou psíquica.

Entretanto, não é isso que é constatado pelas pesquisas. Uma pesquisa realizada por Fernando Salla, José de Jesus e Maria Gorete Marques de Jesus⁴ em

³ CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia**. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: <https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2017/12/2017_Tortura_Blindada.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

⁴ SALLA, Fernando Afonso; JESUS FILHO, José de; JESUS, Maria Gorete Marques de. Investigação e processamento de crimes de tortura em Goiânia, Curitiba e Belo Horizonte. *In*: PARESCHI, Ana Carolina Cambreses; ENGEL, Cíntia Liara; BAPTISTA, Gustavo Camilo; NEVES, Alex Jorge das

Goiânia, Curitiba e Belo Horizonte, buscou investigar os casos de tortura no período de 2010 até 2013 nas Corregedorias das Polícias Civil e Militar e nos sistemas penitenciário e socioeducativo e Tribunais de Justiça locais. Constatou-se que não havia registros controláveis sobre os dados das denúncias de tortura, que permitiriam inclusive servir de base para traçar uma política pública, e que as investigações não produziam provas consistentes, havendo uma verdadeira precariedade nessas atividades.⁵

Ainda, interessante pesquisa de Mayara Gomes⁶ assentou, após analisar 36 casos de tortura, entre 2004 até 2014, em São Paulo – SP, que os casos em que há êxito nas condenações por tortura, são aqueles que se originam de flagrante delito. Esses casos, em regra, demandam um menor espectro de investigação.

No entanto, não se tem registrado e tampouco observado a efetividade das audiências de custódia nesse ponto, a partir de casos detectados que foram devidamente investigados, ou da detecção de casos de tortura que não foram devidamente processados.

O filtro utilizado pelos atores do sistema jurídico naturaliza a violência policial, que raramente é reconhecida como tortura, o que revela uma verdadeira omissão do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil.⁷

(org.). **Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2016. (Coleção Pensando a Segurança Pública, v. 6). p. 111-148. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2019/09/CAP-DE-LIVRO-pensando-a-seguranca-publica_vol-6.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

⁵ JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza. Nem tudo é o que parece: a disputa semântica sobre a tortura no sistema de justiça criminal. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 361-378, maio-ago. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17648/dilemas.v14n2.34139>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 367.

⁶ GOMES, Mayara de Souza. **Isso é tortura? Disputas, consensos e narrativas na construção social do crime de tortura na cidade de São Paulo**. 2017. 211 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais, Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2017. Disponível em: <http://biblioteca.ufabc.edu.br/index.php?codigo_sophia=108612>. Acesso em: 7 jul. 2022.

⁷ JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza. Nem tudo é o que parece: a disputa semântica sobre a tortura no sistema de justiça criminal. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 361-378, maio-ago. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.17648/dilemas.v14n2.34139>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 369.

Há diversas modalidades de tortura, que são praticadas em situações em que há uma vulnerabilidade das vítimas face ao poderio e domínio dos agentes estatais no momento da prisão, e podem se dar pelas mais diversas instituições e entidades, públicas ou particulares, como polícia militar, polícia civil, guardas municipais, forças armadas, agentes socioeducativos e instituições psiquiátricas de internação. Geralmente a vulnerabilidade das pessoas que vão às audiências de custódia está acompanhada de pobreza e exclusão social.

Embora sejam práticas bastante comuns e rotineiras, o Caso Nova Brasília chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos⁸, que houve por bem condenar o Brasil pela prática de tortura, e determinou providências que ainda não são integralmente cumpridas. Em nosso entender, tais providências devem, em tese, serem imediatamente iniciadas a partir da audiência de custódia, que é o momento que se tem o contato com a pessoa custodiada vítima da tortura, prestes a ingressar no sistema de justiça criminal. Exemplo: determinação de investigação imparcial e independente em casos de tortura envolvendo agentes policiais.

Referida sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece premissas importantes sobre a temática, que, embora não estejam ainda totalmente implementadas na prática, constitui um ponto de partida para a investigação que aqui será realizada. Nesse sentido, as investigações devem ser realizadas por órgão independente e desvinculado da força pública relacionada ao incidente, deve haver a participação efetiva dos familiares da vítima nas investigações e a extinção do conceito de **oposição e resistência** referentes à ação policial.⁹

O controle de convencionalidade, entendido este como uma verificação de adequação do ordenamento jurídico interno à Convenção Americana de Direitos Humanos e à interpretação por ela dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos,

⁸ Trata-se de uma chacina ocorrida na comunidade Nova Brasília, no Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro, entre 1994 e 1995, em que houve 26 mortes e 3 casos de violência sexual. O caso foi submetido pela Comissão Interamericana à Corte Interamericana em 19/05/2015, já que o Estado Brasileiro não havia avançado à época no cumprimento de suas recomendações.

⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil**. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Série C nº 333. Presidente: Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022. §§ 369.16, 369.19 e 369.20.

deve ser aplicado por todos os órgãos estatais, inclusive pelos juízes de primeira instância.¹⁰

Com a restrição da liberdade da pessoa detida, sua vulnerabilidade se agrava, ao mesmo tempo em que, o afastamento dos familiares da vítima das investigações constitui empecilho para que elas sejam efetivas. Além disso, a utilização de conceitos de **oposição e resistência** quanto à atuação policial, de maneira indevida, impedem até mesmo o início da apuração da tortura.

Quase nunca há uma investigação independente e efetiva de fatos relacionados à tortura, porque os elementos de prova, quando colhidos, são encaminhados para os próprios órgãos correcionais e de comando da força pública envolvida, que, em alguns casos, não têm interesse em investigá-los adequadamente, por diversos fatores, como excesso de trabalho, falta de estrutura, às vezes o desconforto de uma polícia investigando outra e até mesmo pelo corporativismo, o que implica arquivamentos prematuros acompanhados da ausência de transparência dos resultados obtidos.¹¹

Giane Silvestra, Maria Gorete Marques de Jesus e Ana Luiza Bandeira, baseadas em pesquisa realizada entre os anos de 2015 e 2020, afirmam que as audiências de custódia exercem uma força inibidora da violência de custódia, e que a sua suspensão pode piorar a situação referente ao abuso do uso da força, e que tal efeito dissuasório também resta inviabilizado, se as audiências, mesmo ocorrendo normalmente, funcionarem apenas como um despacho do caso às corregedorias das polícias.¹²

Desenvolveremos o tema, então, abordando o delito de tortura em seus aspectos de política criminal e legais, e a audiência de custódia como um instrumento de política criminal criado para combatê-la. Por isso, não pode a audiência de custódia

¹⁰ COSTA, Renata Tavares da. Garantias pré-processuais, tortura, o direito a não ser condenado com base em provas ilícitas e controle difuso de constitucionalidade: o caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. *In. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 27; nº 323; Outubro/2019.* p. 2219.

¹¹ Cf. relatórios do IDD.

¹² SILVESTRE, Giane; JESUS, Maria Gorete Marques de; BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana. Audiência de custódia e violência policial: análise do encaminhamento das denúncias em duas gestões na cidade de São Paulo. *Revista Antropolítica*, Niterói, n. 51, p. 36-60, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.22409/antropolitica2021.i51.a44595>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 55.

ser apenas um ato formal que antecipa a análise da prisão, mas sim, deve cumprir os objetivos para os quais foi criada.

Entendemos, nesse ponto, que a política criminal deve ser conceituada como uma verdadeira política pública, que deve ser elaborada a partir da legislação penal ordinária, já que a Constituição Federal não indica de modo explícito, um modelo político-criminal a ser efetivamente adotado.¹³

É necessário algum tipo de reforma legal quanto à temática, especialmente quanto à existência de uma investigação efetiva e independente sobre a tortura, mas não só no aspecto legislativo, devendo abarcar também um desenho de política pública mais completo, envolvendo os demais poderes constituídos.

Embora o Brasil tenha sido tardio em legislar especificamente sobre a tortura, apenas através da Lei nº 9.455/97, muitos anos após assinar a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, ainda hoje a prevenção e o combate à tortura são temas desafiadores, já que a positivação, diferentemente da ordem internacional, estende-a a particulares, como babás, por exemplo, além dos agentes públicos. Assim, em pesquisa realizada no TJDF de 2011 até 2020, verificou-se que em casos envolvendo tortura e maus-tratos, os agentes públicos figuravam como réus em apenas 28% dos casos, ao passo que os agentes privados representavam 63% do total, além dos 10% de casos não informados.¹⁴

Gera-se também campos muito abertos para a interpretação, o que acaba por resultar, na prática, em falta de apuração, absolvições, por falta de provas, e desclassificação para os crimes de lesão corporal e de maus-tratos, ou abuso de autoridade.

Em relação aos campos abertos para interpretação no Direito Penal, surgem diferentes formas de classificar ações que resultam na morte de pessoas, que podem ser consideradas legítimas por meio de uma condenação moral, a partir dos autos de

¹³ FERREIRA, Carolina Costa. **O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal**. 2016. 182 f., il. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016, p. 37.

¹⁴ FERREIRA, Carolina Costa; ALMEIDA, Maria Clara D'Ávila. A atuação do sistema de justiça criminal na aplicação da Lei nº 9.455/1997 no Distrito Federal (2001-2020): vazios institucionais. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 8, p. 1-41, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.19092/reed.v8.619>>, p. 31.

resistência, ou uma execução, em casos raros e mais excepcionais, que por apresentarem certas peculiaridades, ganham relevo.

Isso pode ser observado, por exemplo, a partir do estudo dos casos “Juan” e “Patrícia Acioli”, ambos ocorridos na cidade do Rio de Janeiro, em 2011, em que o primeiro envolvia a execução de um menor de idade e o segundo, o de uma juíza. São hipóteses, no entanto, que não constituem a regra, em razão de envolver por um lado a morte de uma criança de 11 anos de idade que não tinha qualquer relação com a operação policial contra o tráfico de drogas na comunidade em que residia e por outro lado, uma juíza assassinada em razão do exercício de sua função em face de policiais que praticavam homicídios e extorsões.¹⁵

A partir dessa diferenciação, a proteção contra a tortura, que deveria ser universal, porquanto a dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito e a igualdade abarca os direitos humanos fundamentais a todos, é decodificada, ou seja, é apenas válida, dependendo de quem sofreu a violência policial; caso contrário, a agressão é considerada legítima, já que os dois casos citados acima não constituem a regra do dia a dia, no sentido da invisibilidade do crime de tortura.

Referida diferenciação torna visível aspectos da necropolítica¹⁶, porque a vida de pessoas excluídas, em sua maioria negras, não tem proteção, ou seja, há uma verdadeira suspensão da existência do Estado Democrático de Direito em relação àquelas, decorrente do racismo e de práticas colonialistas de estruturação do poder difundidas atualmente em nosso país.

É raro se ver uma denúncia criminal que verse sobre tortura, ou um processo penal efetivo sobre isso, em comparação proporcional com a grande quantidade de casos que ocorrem no dia a dia. Também não se visualiza muitos procedimentos investigatórios criminais do Ministério Público para apurar tortura.¹⁷

¹⁵ EILBAUM, Lucía; MEDEIROS, Flávia. Quando existe “violência policial”? direitos, moralidades e ordem pública no Rio de Janeiro. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 407-428, jul./set. 2015. Disponível em: <<https://app.ufrj.br/riuff/handle/1/6119>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 415.

¹⁶ MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 123-151, dez. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>>.

¹⁷ FERREIRA, Carolina Costa; DIVAN, Gabriel Antinolfi. As audiências de custódia no Brasil: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**,

Isso é visível no dia a dia da justiça criminal. Sequer, ou raramente se veem sentenças sobre o tema, do agente público como praticante da tortura, mas é comum observar processos penais em que o réu, embora torturado, utiliza sua energia e seus recursos para se defender de imputações impróprias criadas contra sua pessoa, em uma inversão de fatos, isto é, nos casos em que houve a tortura ou maus-tratos.^{18, 19}

Aqui, não se está a falar em necessidade obrigatória de aumento de condenações em casos de tortura, mas sim, da imperiosidade de uma investigação célere e efetiva, ainda que resulte em um arquivamento ou absolvição, caso seja inconsistente a denúncia ou notícia crime sobre tortura. A ampliação do espectro da investigação sobre a tortura no Brasil certamente está relacionada ao desenvolvimento de um Estado Democrático e à adequada tutela dos Direitos Humanos.

A tortura esteve sempre presente no Brasil, desde a época do Império, como consequência da escravidão²⁰, até a época do regime militar, no contexto de um regime autoritário²¹, ainda que em períodos e tempos democráticos, e é marcada, nos dias de hoje, como resultado da violência policial e utilização de modelo processual penal inquisitivo.

Trataremos do tema também sob a perspectiva do Estado de Direito e do autoritarismo. A presença de exclusão econômico-social e a persistência de níveis extremos de desigualdade geram a invisibilidade dos pobres, a demonização dos que desafiam e propõem mudanças no sistema e ainda, a imunidade dos privilegiados, o que ocasiona a perda da imparcialidade da lei, corroendo a integridade do Estado de Direito. Nesse contexto, as pessoas marginalizadas passam a ser tratadas pelos

Brasília, v. 8, n. 1, p. 530-549, abr. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uni-ceub.br/RBPP/article/view/5116>. Acesso em: 7 jul. 2022; .

¹⁸ JESUS, Maria Gorete Marques de. **O crime de tortura e a justiça criminal**: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo. 2009. 257 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-05022010-171309/pt-br.php>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

¹⁹ FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil**. 2010. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/7241>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

²⁰ COSTA, Yuri. **Justiça infame: crime, escravidão e poder no Brasil Imperial**. São Paulo: Alameda, 2019. p. 230.

²¹ RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 51.

grupos dominantes como inimigos, constituindo uma classe até mesmo “torturável”, à margem do Estado de Direito.²²

A relação de poder e de violência criada é justificada pelo discurso da segurança, mais especificamente, da segurança pública, em que as pessoas que são submetidas a esse sistema são interpretadas com nocivas, perigosas ou inimigas.

Ignacio Mendiola, em entrevista concedida em 21 de abril de 2021, bem retrata esse ponto em relação à questão dos migrantes e suspeitos de terrorismo relacionados ao ETA, na Espanha, a narrativa de desprezo e indiferença ao que ele chama de “torturabilidade” aceita em relação a certas pessoas sob o discurso da segurança. Embora a questão de migrantes e de suspeitos de terrorismo não tenham tanta relevância no Brasil, há aqui também o discurso da segurança pública para justificar a “torturabilidade” de pessoas já em situação de vulnerabilidade, como as presas, negros, pobres etc., em espaços inabitáveis onde certas subjetividades são negadas.²³

No âmbito brasileiro, pode-se verificar execuções extrajudiciais, tortura, maus-tratos e uso excessivo da força como problemas mais incontornáveis de direitos humanos na atualidade, além de falta total de estrutura e de cumprimento da ordem jurídica no âmbito da execução penal e de unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei²⁴, o que evidencia situação de desconformidade com a ordem constitucional e legal.

Trataremos, durante esta tese, também, dos fundamentos e garantias do direito penal e processual penal aplicáveis à audiência de custódia, como um ato que constitui um direito fundamental, e não apenas um ato processual dentro da persecução penal, e que deve ser corretamente executada através de uma política nacional que

²² VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 4, n. 6, p. 28-51, 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 207-209.

²³ MENDIOLA, Ignacio. Espaços inabitáveis, discursos de torturabilidade: entrevista com Ignacio Mendiola. Entrevistadores: Maria Gorete Marques de Jesus, Thais Lemos Duarte e Rafael Godoi. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 883-899, set.-dez. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.4322/dilemas.v14n3.44398>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 890 e 893.

²⁴ MENDIOLA, Ignacio. Espaços inabitáveis, discursos de torturabilidade: entrevista com Ignacio Mendiola. Entrevistadores: Maria Gorete Marques de Jesus, Thais Lemos Duarte e Rafael Godoi. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 883-899, set.-dez. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.4322/dilemas.v14n3.44398>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 209.

envolve todos os atores atuantes no sistema de justiça criminal e assegurar os direitos humanos fundamentais e garantias processuais da pessoa presa, bem como a rápida e efetiva tomada de medidas necessárias a cessar, evitar ou apurar omissões e abusos estatais relacionados à tortura.

Na audiência de custódia, cumpre observar que o Poder Judiciário exerce sua missão constitucional de garantidor de direitos fundamentais. Essa missão também se estende ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, cujas atuações são essenciais para a concretização dessa política criminal. Além disso, também imprescindível a atuação do Poder Executivo para permitir a implementação de políticas criminais humanistas.

A adequada consecução da audiência de custódia para atingir os fins pelos quais foi criada está indissociada da observância das demais garantias processuais, da proibição absoluta da tortura e de um recurso judicial rápido e efetivo.

A prática da tortura, seja no âmbito da execução, penal, seja nos casos relativos a prisões provisórias, em momentos anteriores, ou posteriores, é uma prática difusa e continuada e que constitui algo tolerável pelas instituições da justiça, que não a reconhecem como um crime, o que contribui para o agravamento de casos de tortura já ocorridos ou de novos acontecimentos.²⁵

Deve haver uma intensa reforma no modo de atuar do Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Poder Executivo, equipes de atendimento psicossocial e pessoal médico de institutos de perícia e vinculados aos estabelecimentos de prisão e detenção, a fim de se ampliarem as investigações decorrentes da audiência de custódia, e sua efetividade, em atenção integral ao Protocolo de Istambul²⁶. Tal reforma, obviamente, deve também vir acompanhada de políticas públicas do Poder Executivo que contribuam para as atividades do sistema de justiça criminal, e não para manter um sistema baseado em segregação e

²⁵ GODOI, Rafael. Tortura difusa e continuada. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 4 fev. 2016. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/tortura-difusa-e-continuada/>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 7-8.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Protocolo de Istambul: manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes**. Nova Iorque: Nações Unidas, 2001.

violação de direitos humanos, com a prática de maus-tratos e tortura, através de um processo reestruturante que combata o estado permanente de ilicitude.

O sistema prisional demonstra a seletividade no sistema penal nacional, já que atinge primordialmente pessoas pobres, negras, excluídas e com algum tipo de vulnerabilidade social. Essa seletividade pode ser notada na audiência de custódia, que é o primeiro ato judicial presencial antes do ingresso da pessoa no sistema de justiça criminal, caracterizado por presídios precários e superlotados. Ademais, é muito frequente a visualização dos seguintes crimes: tráfico de drogas, crimes contra o patrimônio, delitos de violência doméstica, embriaguez ao volante e porte ilegal de arma de fogo, com mais ênfase para os dois primeiros.²⁷

No período da pandemia do Covid-19 a situação se agravou, haja vista a suspensão das audiências de custódia em diversos Estados da Federação, e no Estado de Mato Grosso do Sul, por exemplo, a análise passou a ser feita, além do papel, por meio de fotografias que mal podem ser visualizadas, sem a observância da imediação. Posteriormente, ela passou a ser admitida por videoconferência, com amparo do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.^{28, 29}

Nesse aspecto, podemos afirmar que no auge do período da pandemia, a medida da videoconferência podia ser justificada, porém, atualmente não há mais essa necessidade de permanência no meio virtual, quando as atividades presenciais já retornaram, de modo que a continuidade desse modelo desnatura a audiência de custódia, ainda mais como um serviço essencial, e sua finalidade de início de investigação de maus tratos e tortura.

Contudo, deve ser dado efetivo direito de visão e de voz ao custodiado durante a audiência de custódia para que seja garantido o seu direito de responder ao processo em liberdade e de ver as alegações de tortura e maus-tratos serem

²⁷ INSTITUTO DE DIREITO DE DEFESA. **Caminho de direitos**. p 5.

²⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 357, de 26 de novembro de 2020**. Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022;

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.841/DF**. Relator: Min. Nunes Marques, 28 de junho de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346868931&ext=.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

efetivamente processadas e investigadas. Caso contrário, as audiências de custódia tornam-se apenas mais um ato processual padrão, burocrático, punitivista e inquisitório, em que o conteúdo do auto de prisão em flagrante delito ganha uma presunção quase que absoluta de veracidade, produzindo injustiça, reforçando estereótipos sociais alvos da seletividade policial e deixando de cumprir sua finalidade institucional.³⁰

Mesmo em casos em que a pessoa é solta na audiência de custódia, e encaminhada para proteção social, ela resolve não denunciar os atos de tortura que sofreu, talvez pela ausência de uma expectativa segura da concretização da justiça, ou, então, medo de represálias.³¹

Ao mesmo tempo em que, diariamente, é reproduzido o sistema de seletividade no sistema de justiça criminal, repete-se também a ausência de apuração ou de efetividade nos casos de maus tratos, tratamentos desumanos e cruéis e tortura, ou seja, é reproduzido o cenário de violência.

Nesse aspecto, o Protocolo II da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, que trata da atuação em casos de tortura, não vem sendo suficiente para essa finalidade, além de não ser integralmente aplicado na prática. O Protocolo de Istambul também não é observado na prática, o que contribui para a permanência da situação de reprodução de ilegalidades de maneira institucionalizada. Com a edição do Manual do CNJ de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-Tratos para a Audiência de Custódia, em 2020³², avançou-se muito na temática, de maneira positiva, já que, além de padronizar a atuação dos juízes na audiência de custódia, “regulamentou” a atividade para o combate à tortura, enriquecendo o citado Protocolo II.

³⁰ TOLEDO, Fábio Lopes; JESUS, Maria Gorete Marques de. Olhos da justiça: o contato entre juízes e custodiados nas audiências de custódia em São Paulo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 17, n. 1, e2103, p. 1-28, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202103>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 10, 17 e 23.

³¹ INSTITUTO PRO BONO. **Audiências de custódia. Pensando estratégias de combate ao encarceramento provisório. Dossiê**. 2018. p. 7.

³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório Das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia**. Coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi et al. Brasília: CNJ, 2020. (Série Justiça Presente. Coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_tortura-web.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

Em trabalho científico importante sobre o tema, Carolina Costa Ferreira e Gabriel Antinolfi Divan fizeram um estudo sobre as audiências de custódia como uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial, e identificaram em quais regiões do Distrito Federal havia maior ocorrência os relatos de tortura. Propuseram uma primeira medida ao Ministério Público, a fim de que haja um diálogo entre uma política criminal e uma política de segurança pública.³³ Essa proposta também constitui um importante marco para o início do presente trabalho.

Para tanto, inicialmente, procuraremos utilizar como metodologia e marcos teóricos os ensinamentos contidos em trabalhos sobre o tema, e que também já trazem pesquisas empíricas, como subsídio para a presente tese.

Como integrante do Ministério Público, entendo que a instituição deve evoluir na área criminal, conforme o que estabelece a Constituição Federal, como garantidor da ordem jurídica e do regime democrático, e defensor dos direitos humanos, e não apenas como mero ratificador da atividade policial. Assim, a atuação ministerial deve ser enérgica nas análises dos autos de prisão em flagrante delito, agora ainda mais, com as audiências de custódia, a fim de verificar efetivamente a presença ou não dos elementos do crime além da questão da necessidade da manutenção da prisão provisória. No mais, devem ser plenamente coibidas detenções ilegais eventualmente realizadas pelas autoridades policiais, sem flagrante e sem ordem judicial, além da necessidade de revisão de entendimentos em matéria referente a contravenções penais, que é comum em comarcas menores, que são a maioria.

No capítulo 1 discorreremos sobre o instituto da audiência de custódia, tratando do seu conceito, fonte e origem, seus objetivos e características, e alinhando-se como o instituto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro.

Foram selecionados, ainda, julgados do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos que reputamos importantes sobre a audiência de custódia.

³³ FERREIRA, Carolina Costa; DIVAN, Gabriel Antinolfi. As audiências de custódia no Brasil: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 530-549, abr. 2018. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5116>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 545.

Tratou-se da questão da implementação do juízo de garantias como uma modificação legislativa que ao introduzir regras democráticas, muito contribuirá para a humanização do processo penal e para a efetividade da audiência de custódia, que é em si, um ato judicial de proteção das garantias relacionadas ao devido processo legal, ao princípio da presunção da inocência e ao Estado Democrático de Direito.

No Capítulo 2, procuramos expor as diferenças entre um processo penal garantista e humanista que deve estar presente no Estado Democrático de Direito e outro, de índole autoritária e inquisitorial. Abordamos também o ponto da audiência de custódia, no sentido de que sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a finalidade de evoluir o processo penal conforme o que preceitua a Constituição da República, em atenção à presunção de inocência, demais garantias processuais penais e o combate à tortura.

No capítulo 3 tratamos dos conceitos de tortura e de maus-tratos, tanto na órbita dos direitos humanos, como na criminal. Explanamos, também, sobre a abertura da legislação nacional sobre o tema, fato este que contribui para a não aplicação correta do combate à tortura.

Constatamos, através de pesquisas realizadas sobre o assunto e de dados empíricos secundários, que, ao mesmo tempo em que se observa a impunidade, e até mesmo a falta de providências para investigação de fatos relacionados à tortura estatal, verifica-se que, em números relativos, são muito maiores os números de condenações que dizem respeito à tortura em âmbito privado de violência interpessoal.

Estudamos, também, à luz do Protocolo de Istambul, do Protocolo II da Resolução 213/2015 do CNJ e do Manual do CNJ de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia, a respeito da importância da presença de condições prévias à realização do próprio ato judicial da audiência de custódia, como por exemplo, a realização de um atendimento psicossocial prévio, a fim de que ele seja apto e efetivo no sentido da obtenção da finalidade desejada, e de que o depoimento seja prestado de maneira livre e digna.

Tratamos do Protocolo de Istambul, seu conteúdo, natureza jurídica, suas linhas estruturais e objetivos principais, além de dificuldades encontradas para a sua correta e integral aplicação.

No fim do capítulo 3, por fim, procuramos tratar da evolução normativa da audiência de custódia no âmbito do CNMP, desde a sua implantação (interiorização, ajuste com tribunais e edição de atos normativos), até o momento atual, em que se trata do instituto como um instrumento de aplicação do Protocolo de Istambul, para combate à tortura e maus-tratos.

No capítulo 4, tratou-se da audiência de custódia como um instrumento de efetivo controle judicial idôneo de detenções, de modo a abranger o comparecimento e a oitiva do detido, bem como a valoração de todas as declarações prestadas, vinculada a um modelo de juiz de garantias, constituindo um juízo imparcial e independente.

Observou-se também a problemática da criminalização do tráfico de drogas e os outros delitos dele decorrentes, como crimes como o patrimônio e porte de drogas para uso pessoal, que tem contribuído para o superencarceramento, criminalização secundária de maneira seletiva e aumento da violência na sociedade, mediante a ratificação automática da atividade policial em juízo.

Apontou-se a necessidade de uma investigação imparcial e efetiva sobre a tortura, bem como possível política pública de reestruturação dos órgãos de perícia para cumprimento do Protocolo de Istambul.

1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1 Conceito, fonte e origem do instituto

A audiência de custódia é um ato judicial em que a pessoa presa em flagrante é ouvida quanto às circunstâncias da prisão, na presença também do Ministério Público e da Defesa, a fim de se analisar a legalidade da restrição da liberdade, assegurar os demais direitos humanos fundamentais e garantias processuais do preso, bem como para tomada das medidas necessárias a cessar, evitar ou apurar eventuais omissões ou abusos estatais.

Na redação deste tópico ainda não havia a previsão expressa sobre a audiência de custódia no CPP Brasileiro, estando em trâmite, porém, o PLS nº 554/2011, que visava disciplinar e incluir no artigo 306, as disposições referentes a tal ato judicial. O atual estado legislativo e jurisprudencial do instituto será analisado em tópico posterior.

Inicialmente, foi editado o Provimento Conjunto nº 3/2015 pelo CNJ em conjunto com o TJ/SP a fim de implantar a audiência de custódia no Estado de São Paulo, a qual foi também posteriormente instituída nos outros Estados da Federação.

O STF, no bojo da ADI 5.240, ingressada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, reconheceu a constitucionalidade do referido Provimento, e consequentemente a improcedência do pedido inicial.

Já em 15 de dezembro de 2015, foi editada pelo CNJ a Resolução nº 213, que regula a audiência de custódia no âmbito nacional do Poder Judiciário, à luz da CADH (Pacto de San José da Costa Rica). Referida resolução também teve questionada sua constitucionalidade no STF, a qual foi confirmada.

O artigo 7.5 da CADH, norma supralegal, conforme definiu o Supremo Tribunal Federal, ou norma que integra o bloco de constitucionalidade para outros, constitui a fonte normativa da audiência de custódia, ao estabelecer:

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

ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.³⁴

Nesse mesmo sentido dispõe o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 9.3, também fonte normativa da audiência de custódia:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.³⁵

A comunicação da prisão ao juiz e aos familiares do preso já vinha prevista, porém, desde a redação original da Constituição Federal, constituindo um direito humano fundamental. Assim dispõe seu o artigo 5º, inciso LXII: “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

O nosso Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011, previa em seu artigo 306 e parágrafos, que o auto de prisão em flagrante delito deveria ser encaminhado em 24 (vinte e quatro) horas ao juiz competente, quando seriam analisadas as hipóteses de imposição de medidas cautelares, ou então a decretação da prisão preventiva:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º: Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública; § 2º: No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas.

Convém ressaltar que é fundamento da República Federativa do Brasil dentre outros “**a dignidade da pessoa humana**”, conforme preceitua o artigo 1º, III, da CF/88. Dignidade da pessoa humana no plano jurídico, segundo a lição do Ministro Luis Roberto Barroso é

[...] o valor intrínseco da pessoa humana impõe a inviolabilidade de sua dignidade e está na origem de uma série de direitos fundamentais. [...] o direito

³⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, CRC: CIDH, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia-Geral. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**. Brasília; Presidência da República, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

à integridade física, aí incluídos a proibição da tortura, do trabalho escravo ou forçado, as penas cruéis e o tráfico de pessoas. Em torno desse direito se desenvolvem discussões e controvérsias envolvendo prisão perpétua, técnicas de interrogatório e regime prisional. E, igualmente, algumas questões situadas no âmbito da bioética, compreendendo pesquisas clínicas, comércio de órgão e clonagem humana. E, por fim, o direito à integridade moral ou psíquica, domínio no qual estão abrangidos o direito de ser reconhecido como pessoa, assim como os direitos ao nome, à privacidade, à honra e à imagem. É também em razão do valor intrínseco que em diversas situações se protege a pessoa contra si mesma, para impedir condutas auto lesivas referentes à sua dignidade [...].³⁶

Pensamos que a introdução da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro constituiu um grande avanço na caminhada para uma maior humanização do processo penal brasileiro. A audiência de custódia pode ser o principal instrumento para tanto, ou ao menos, um importante elemento para a busca de transformações no processo penal a fim de se obter um maior respeito aos direitos humanos fundamentais.

1.2 Objetivos e características

A imediata apresentação da pessoa presa em flagrante delito para realização da audiência de custódia perante um juiz, busca, como visto, além de aferir a legalidade da prisão, garantir os demais direitos da pessoa presa, destacando-se o direito à sua integridade física e a proibição da tortura e maus-tratos, além da função de evitar capturas ilegais.³⁷

Nesse ponto, cumpre observar que o Poder Judiciário exerce sua função constitucional de garantidor de direitos fundamentais.

Exemplos de casos reais, com os quais trabalhei na prática: 1) Uma pessoa enquanto é perseguida em flagrante delito acaba por lesionar sua mão em uma cerca

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Luís Roberto Barroso**, Artigos Acadêmicos, 11 dez. 2010. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

³⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. Salvador: *JusPodivm*, 2018. p. 944 e 946: “Audiência de custódia é a providência que decorre da imediata apresentação do preso ao juiz. Esse encontro com o magistrado oportuniza um interrogatório para fazer valer direitos fundamentais assegurados à pessoa presa. Deve-se seguir imediatamente após a efetivação da providência cerceadora de liberdade. É um ‘interrogatório de garantia’ que torna possível ao autuado informar ao juiz suas razões sobre o fato a ele atribuído. Ao cabo, é meio de controle judicial acerca da licitude das prisões. [...] A audiência de custódia retrata o permeio do princípio da dignidade da pessoa humana no direito processual penal. Trata-se de um modo de humanização da persecução penal estatal, apta à sua democratização tendente tanto a coibir a tortura, quanto a promover o debate sobre a necessidade da prisão.”

elétrica, e posteriormente é encaminhada para prisão. No estabelecimento penal não é fornecido atendimento médico, mas apenas atenção por enfermeiros que não tinham conhecimento adequado dos procedimentos a serem tomados, e a mão do sujeito inflama e incha. Na audiência de custódia o juiz verifica essa situação visualmente e também através das palavras do preso, e determina que o estabelecimento penal, imediatamente providencie o atendimento médico adequado; 2) Um sujeito sob o efeito de drogas que acabara de praticar um crime é perseguido pela polícia, e há a informação no auto de prisão em flagrante delito de que houve confronto com a polícia militar, que houve por bem disparar no pé daquele para contê-lo e prendê-lo. Na audiência de custódia, o detido alega porém, que estava desarmado e que não fugiu, e que houve abuso policial, verificando o magistrado que o detido apresenta ainda lesões graves em sua face. O juiz determina que tais fatos sejam apurados, independentemente do inquérito policial instaurado em desfavor do autuado; e 3) Um juiz de direito vai inspecionar um estabelecimento prisional, e verifica que há pessoas presas sem qualquer ordem judicial ou flagrante delito, e então determina a soltura imediata delas. Nessa hipótese, estamos diante da chamada tortura castigo, que é praticada à margem do ordenamento jurídico.

A expressão “custódia”, que significa proteção e guarda, significa que a audiência tem justamente esse objetivo, qual seja, o de preservar os direitos e garantias da pessoa presa em flagrante delito, a qual poderá, após o ato judicial e a análise dos requisitos e fundamentos da prisão, ser solta ou não.³⁸ Consigna-se, oportunamente, que o Ministro Luiz Fux sugeriu, à época, a denominação de audiência de apresentação.

1.3 A evolução da comunicação da prisão

1.3.1 Da evolução normativa

A comunicação da prisão ao juiz e aos familiares do preso já vinha prevista desde a redação original da Constituição Federal de 1988, constituindo um direito

³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 1209: “A expressão ‘audiência de custódia’ já estava consolidada pela doutrina e não é incorreta. Uma das acepções da palavra custódia é exatamente a de ‘proteção, guarda’; ou ser ‘conservado sob segurança e vigilância, como medida de preservação, prevenção ou proteção’. Na referida audiência, o juiz zela, cuida, protege a liberdade do indivíduo”.

fundamental previsto em seu artigo 5º, inciso LXII³⁹. Isso já representou uma evolução em comparação à Constituição da República de 1969, que previa apenas a comunicação ao juiz, mas não à família do preso, conforme disposição de seu artigo 153, § 12.⁴⁰

Já o Código de Processo Penal, apenas com a redação dada pela Lei nº 12.403 de 2011, passou a prever em seu artigo 306 e parágrafos⁴¹, que o auto de prisão em flagrante delito será encaminhado em 24 (vinte e quatro) horas ao juiz competente, quando serão analisadas as hipóteses de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, ou então a sua conversão em prisão preventiva, conforme seu artigo 310⁴². Para essa finalidade, foi também estendida a comunicação da prisão ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

Basicamente, de 1988 até 2011, a legalidade da prisão era submetida ao juiz apenas com base no auto de prisão em flagrante delito, quando era realizada apenas sua verificação formal. De 2011 até 2015 (Lei 12.403/2011), a análise da legalidade da prisão em flagrante e o juízo sobre a necessidade de manutenção ou não da prisão passou a ser feita de maneira automática pelo Poder Judiciário, independentemente de provocação da defesa. E finalmente, a partir de 2015, essa análise é feita não só

³⁹ Art. 5º [...]

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

⁴⁰ Art. 153 [...]

§ 12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal.

⁴¹ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

⁴² Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

com base em documentos, mas com a própria presença física da pessoa detida em audiência de custódia, a partir de sua oitiva e visualização.

Assim, em relação à análise da legalidade da prisão, bem como do juízo sobre sua necessidade ou não, e acerca de eventual medida cautelar a ser aplicada, visualizamos 3 (três) períodos no ordenamento jurídico nacional:

1) 1988 até 2011: A legalidade da prisão era analisada pelo juiz com o recebimento do auto de prisão em flagrante delito, hipótese em que apenas era verificado se o flagrante estava ou não formalmente em ordem, impondo-se o relaxamento nessa última hipótese. Raramente se analisava a legalidade material da prisão em flagrante.

Não era realizado juízo automático sobre a necessidade ou não de permanência da prisão pelos fundamentos da garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Isso só ocorria com a provocação da defesa, se houvesse, através do protocolo de pedido de liberdade provisória.

Como essa análise era feita de maneira negativa, e não positiva, a liberdade provisória, quando indeferida, resultava na manutenção da prisão e, portanto, o título da detenção continuava a ser o flagrante. Nesse caso, e naquele em que não havia pedido de liberdade provisória, o detido assim permanecia privado de sua liberdade geralmente até o ato de interrogatório, que era o primeiro da instrução processual.

2) 2011 até 2015 (Lei nº 12.403/2011): Depois da análise sobre a legalidade da prisão em flagrante, o juízo sobre a conveniência da manutenção ou não da prisão, bem como a escolha de medida cautelar diversa da prisão em sendo o caso, é feita de maneira automática e positiva pelo Poder Judiciário, independentemente de provocação da defesa.

Se a prisão em flagrante é mantida, é agora convertida em prisão preventiva, alterando-se o seu título. Tal exame, contudo, dava-se apenas com a verificação do “**papel**”, ou seja, com o que estava contido no auto de prisão em flagrante delito.

3) Período pós 2015: Após analisar a legalidade da prisão em flagrante, o juiz examina automaticamente a necessidade da manutenção ou não da detenção, mas

não só com base em documentos, senão com a própria presença física do preso em audiência de custódia, vendo-o e ouvindo seu depoimento.

O período atual, a partir da entrada em vigor do “pacote anticrime” e o estado legislativo e jurisprudencial do instituto será analisado em tópico posterior.

1.3.2 Período de 2011 até 2015

No segundo período que aqui tratamos, que é de 2011 até 2015, houve avanço legislativo e importante repercussão prática na reforma do Código de Processo Penal. Isso porque, principalmente, permitiu-se que a análise da necessidade da manutenção da prisão passasse a ser oficiosa, em casos que antes não chegariam ao conhecimento do Poder Judiciário sem que fosse feito um pedido de liberdade provisória. Também porque reduziu-se o tempo de privação de liberdade entre a prisão em flagrante delito e o momento da análise da necessidade da manutenção da prisão, em casos de concessão de liberdade provisória. E, mesmo nas hipóteses de necessidade de decreto de prisão preventiva, o tempo dessa análise restou, pelos mesmos motivos, abreviado.

Ademais, referida mudança legislativa é totalmente lógica, porque, como ensinou Foucault, a prisão, no período capitalista, que inclui o atual, busca punir o cidadão pela privação do seu tempo por viver em liberdade.

Michel Foucault, ao tratar do sistema penal traçado pelo *Code d'instruction criminelle* (Código de Instrução Criminal) de 1808 e pelo Código Penal na França, relatou a existência de uma guerra dos ricos contra os pobres, em um regime legislativo, em que as leis são aplicadas àqueles que não a elaboraram, quando a maioria dos delitos é praticada por parte da sociedade da qual o legislador não faz parte.⁴³

Traça o autor ainda a observação de que a partir do século XVIII, a noção de crime é ampliada da existência de uma culpa que gera dano a outrem, para um ato que prejudica toda a sociedade, de modo que o criminoso, dessa maneira, é visto

⁴³ FOUCAULT, Michel. **Aula de 10 de janeiro de 1973.**

como um indivíduo em guerra contra a própria sociedade, caracterizando-se como um inimigo social.⁴⁴

Ainda, ao lecionar sobre uma análise da delinquência feita pelos fisiocratas, na segunda metade do século XVII, em especial na obra de Le Trosne, *Mémoire sur les vagabonds et sur les mendiants* (Dissertação sobre os vagabundos e os mendigos), publicado em 1764, a vagabundagem era o elemento a partir do qual os outros crimes se especificarão, como uma matriz geral do crime.

Os vagabundos eram então vistos como pessoas que se negavam a trabalhar, que não pagavam seus impostos, provocando uma redução da produção e um aumento dos salários. Além disso, produziam filhos, aumentando o crescimento da população ociosa, e transferindo a terceiros os custos da criação.

Para Foucault, essa descrição sobre os vagabundos, paradoxalmente, dizia respeito justamente àqueles que impunham suas cobranças de sustento, que puniam terceiros e que festejavam, como por exemplo também os monges itinerantes, os nobres e os agentes fiscais. Assim, referia-se a uma contrassociedade e à sociedade feudal de que a burguesia queria acabar.

Fixou-se então um critério para designar o inimigo da sociedade, qual seja, qualquer pessoa que fosse hostil ou contrária à regra de maximização da produção, como o vagabundo e o senhor feudal.⁴⁵

Ensina o mesmo autor que a prisão até o século XVIII nunca foi realmente um castigo no direito penal, sendo que na França, foi apenas em 1791 que foi formulado o princípio do encarceramento como esquema geral de punição, entendendo-se ainda o criminoso como um inimigo social.

Alinha por isso, que quanto mais fraca é uma sociedade, mais facilmente ela será posta em perigo por um crime e, portanto, maior será a penalidade. E, dentro de um sistema de penalidades vigia o princípio da vigilância do preso durante o período da punição e da reeducação, já que a lógica da prisão não era a pena em si, mas o controle sobre a pessoa que está presa. No sistema de penas, introduz-se o fator do

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **Aula de 10 de janeiro de 1973.**

tempo, no sistema do poder capitalista, na lógica da pena, já que ela é o inverso do salário, e é medida em tempo de liberdade, porque a punição se dá pelo tempo por viver.⁴⁶

Portanto, não faz sentido privar a pessoa previamente de sua liberdade, ou prolongar esse período, nas hipóteses em que a lei não o permite, apenas e tão somente pela fundamentação da inimizade social, pela existência de alguém em guerra contra a sociedade e necessidade de vigilância.

Muito embora a alteração legislativa trazida pela Lei n. 12.403/2011 tenha contribuído para redução do tempo de privação de liberdade entre a prisão em flagrante delito e o momento da análise da necessidade da manutenção da prisão, e até mesmo permitido e ampliado, para todos os casos de prisão em flagrante, de maneira obrigatória, essa metodologia, não se verificou críticas da população, dos meios de comunicação, da classe política e do meio jurídico, como ocorreu com a implantação da audiência de custódia em momento posterior.

Por isso, é de se elogiar a evolução legislativa em comento, já que, a segregação cautelar do indivíduo ou seu desnecessário e ilegal prolongamento, logicamente, nos casos em que não haveria fundamentos para sua manutenção, especialmente em casos de inexistência de pedido de liberdade provisória ou até o deferimento dele, se realizado, configura hipótese tão gravosa quanto o uso indiscriminado das prisões preventivas. Isso porque é mantida a prisão em flagrante do detido apenas pelo título legal do flagrante, sem a realização de juízo sobre a necessidade ou não da manutenção da prisão.

Além do próprio respeito ao princípio da presunção de inocência, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entende que não há dado empírico que comprove que o aumento do uso da prisão preventiva diminui os índices de crimes ou de violência. Assim, o uso excessivo da prisão preventiva, além de ser medida desumana, não traz qualquer benefício social sob a ótica coletiva.

Outra consequência e exemplo disso, que ofende o sistema jurídico nacional e a ordem jurídica internacional, é a criação prática de uma presunção de culpabilidade

⁴⁶ Ibidem, principalmente p. 3, 4, 9 e 10.

com o uso indiscriminado da prisão preventiva, resultando em grande prolongamento de tempo de detenção, já que os juízes tendem a condenar réus que passaram todo o processo preso, ainda que as provas processuais sejam frágeis.

Tornou-se um fato notório na América do Sul, foi inclusive reconhecida pela OEA, que durante a Terceira Reunião de Autoridades Responsáveis pelas Políticas Penitenciárias e Carcerárias que mais de 40% da população carcerária da região é formada por presos provisórios, representando uma proporção extremamente excessiva. Nesse aspecto, importante notar que o Brasil aí se insere nesta estatística, já que em vários Estados da Federação é exatamente esta a realidade.⁴⁷

1.3.3 Período de 2015-2022

Achille Mbembe explica que as ligações entre a modernidade e o terror tem origem em várias fontes, e exemplifica, para demonstrar historicamente o ato de matar o inimigo do Estado, com Foucault em **Vigiar e Punir**, no episódio da execução do quase regicida Damiens, que durou horas, satisfazendo o público, em ritual que tem como padrão a violência popular⁴⁸. Demonstra também que na França, o início do uso da guilhotina marcou uma nova fase na “**democratização**” dos meios para eliminar os inimigos do Estado, que antes era prerrogativa da nobreza, e passou a se aplicar a todos, por ser considerada menos humilhante que o enforcamento.⁴⁹

Prossegue o autor argumentando que o relato histórico do terror moderno tem origem, e seus resquícios até hoje em razão da escravidão, que é uma das primeiras instâncias da biopolítica de Foucault, de modo que a estrutura formada no sistema de colonização demonstra a figura do estado de exceção.⁵⁰

Nesse sentido, relata que no sistema da colonização, o escravo perde o lar, os direitos do seu corpo e o seu *status* político. Além disso, torna-se o escravo uma coisa

⁴⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações**. São José, CRC: CIDH, [2013]. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022. Especialmente p. 2, 4 e 6.

⁴⁸ MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 123-151, dez. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>>.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

possuída por outrem, representando uma verdadeira sombra personificada, e é tratado como se não existisse. A colônia representa, assim, um lugar em que a soberania significa o exercício de um poder à margem da lei. E por esse motivo, nas colônias, o direito soberano de matar é ilimitado, em uma realidade em que o conquistador está posto contra um inimigo absoluto.⁵¹

Mbembe ainda conclui que o sistema de ocupação colonial, que representou uma afirmação do controle físico e geográfico, deu origem a direitos diferentes, separando as pessoas em diferentes categorias, e a soberania pode então ser definida como uma capacidade de definição sobre quem é descartável e quem é importante.⁵²

Com o início das implantações das audiências de custódia ao longo do país em 2015, como já observado, iniciou-se uma nova fase de análise da legalidade da prisão, e especialmente sobre a necessidade de sua manutenção, com a conversão do flagrante em prisão preventiva, ou com a concessão de liberdade provisória vinculada ou não a medidas cautelares diversas da prisão, após o juiz ter contato físico com o detido e ouvi-lo em audiência de custódia.

Essa oitiva se dá sob o crivo do contraditório, já que estão obrigatoriamente presentes, o juiz, o Ministério Público, a defesa e o detido, e é seguida da análise da legalidade e principalmente da necessidade de manutenção ou não da prisão. Isso antecipa o contato entre o juiz e o acusado⁵³, que antes se dava apenas na fase do interrogatório, já em fase de instrução do processo.

E esse contato, deve haver também antes, na fase da audiência de custódia, não para a análise do mérito da ação penal, mas principalmente para a adequada análise da legalidade e necessidade da restrição de liberdade, já que é o momento em que se inicia o ingresso do cidadão no sistema de justiça penal. Além disso, assegura-se os demais direitos humanos fundamentais e garantias processuais do preso, e possibilita a tomada das medidas necessárias a cessar, evitar ou apurar eventuais

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 123-151, dez. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>>..

⁵³ DOTTI, René Ariel. O Interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 134, p. 269-274, abr./jun. 1997. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/244>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 273: “É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinquente.”

omissões ou abusos estatais, o que só pode se dar de maneira efetiva, vendo o detido e o ouvindo, sob o crivo do contraditório.

E por que essa inovação de 2015 se tornou tão polêmica e questionada, e a mudança legislativa de 2011 não? As principais críticas e argumentos utilizados contra a audiência de custódia no debate político dizem que esse ato processual, que também tem conteúdo de política criminal e política pública⁵⁴, serve para soltar bandidos e colocar conseqüentemente a sociedade em perigo.

Esse tipo de discurso de ódio não se sustenta e não tem qualquer tipo de embasamento, porque as leis que serão analisadas para se manter ou negar a manutenção da prisão são as mesmas quando da análise do papel, ou da oitiva da pessoa.

Como resquício da escravidão do Sul, essas pessoas presas em flagrante não podem, então, para quem defende esse tipo de discurso, serem ouvidas, ou serem vistas, bastando o que está no papel e que foi colhido de maneira inquisitorial.

O que se quer negar é a possibilidade da aparição da pessoa perante o juiz para dizer sobre sua prisão em momento anterior ao processo penal em si.

Por outro lado, contraditoriamente, se torna um espetáculo de satisfação pública, a exibição do detido quando da divulgação de imagens e reportagens da prisão de uma pessoa que cometeu um crime, muitas vezes em verdadeiro ato de violência pública.

Assim, se quer descartar as pessoas presas em flagrante e contentar-se com a análise do papel, para não serem vistas e serem simplesmente colocadas na prisão, nos casos em que a manutenção desta seja necessária, como inimigos da sociedade, como se não existissem e não pudessem ser vistas e sequer ouvidas.

Com a audiência de custódia, não se quer implantar o contraditório nos procedimentos de investigação, que em muitos casos estarão ainda em andamento, mas

⁵⁴ FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 2, p. 279-303, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7153>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 292: “Considerando os conceitos até agora apresentados, especialmente o conceito de política criminal, é importante dizer que as audiências de custódia refletem uma política criminal, mas também uma política pública, pois tal ato processual consiste na oportunidade de o sistema de justiça reagir e se posicionar em relação à pessoa presa apresentada imediatamente”.

permitir a oitiva do detido sobre ato de privação de liberdade que já está efetivado e completo, e que diz respeito a um bem de grande valor para o ser humano, que é o seu poder de ir e vir.

Nessa audiência, a pessoa poderá questionar pessoalmente e perante o juiz, a quem cabe decidir sobre prisão e liberdade, a detenção em flagrante efetuada por qualquer agente estatal, como guardas municipais, polícia civil e polícia militar, e seus desdobramentos, além de sua própria legalidade, coisa que não acontecia na reforma processual penal de 2011. Poderá também demonstrar ao juiz e ao Ministério Público que, eventualmente, não há fundamentos para o decreto da prisão preventiva, com a conversão do flagrante.

Por isso é que não faz sentido ouvir os integrantes do aparato estatal durante a audiência de custódia, mas o detido, que apresentará sua versão, justamente, em sendo o caso, contra o já relatado pelos agentes públicos que participaram de sua prisão e que deram prosseguimento aos atos de sua formalização e confecção. Algum abuso que seja relatado e que tenha um mínimo de plausibilidade, será investigado em procedimento próprio e apartado, além de que, os agentes públicos serão ouvidos, como o réu, no curso do processo penal, se arrolados como testemunhas.

Nesse mesmo sentido, não se impede a oitiva da vítima pela realização da audiência de custódia, e como visto, nem é essa sua finalidade. A vítima já foi ouvida perante a autoridade policial e diante dos agentes públicos que realizaram a prisão, e seu depoimento já embasou, inclusive, a própria prisão, e será novamente ouvida no curso da instrução processual penal para que seja, ao final, proferida a sentença.

Quem está com a liberdade cerceada é o detido, e não a vítima, e a audiência de custódia serve para se avaliar a prisão, como já antes alinhado. E, ademais, em muitos casos, a vítima é uma coletividade indeterminada, que, portanto, sequer será ouvida, nem no curso do processo.

Outro argumento contraditório contra as audiências de custódia é que elas não contribuíram para reduzir a superpopulação carcerária, e ao mesmo tempo dizer que ela serve para soltar bandidos. Olvida-se que a redução da superpopulação carcerária depende de uma conjunção de diversos outros fatores, como a implementação de

políticas públicas primárias, como educação e saúde⁵⁵, e de políticas judiciais de redução do uso imoderado das prisões preventivas, além da ampliação e evolução do sistema de penas alternativas.

De qualquer maneira, segundo Relatório sobre os 6 anos de audiência de custódia do CNJ, os dados apresentados confirmam que a audiência de custódia efetivamente contribuiu para a redução da população carcerária, relativamente aos presos provisórios.⁵⁶

No mesmo sentido acima foi o estudo realizado por André Pereira Crespo, no Distrito Federal, que constatou que em dezembro de 2019, houve uma redução de 11 pontos percentuais em relação a 2015, ano de implantação das audiências de custódia no quantitativo de presos provisórios.⁵⁷

O mesmo autor também concluiu que 5 (cinco) anos após a implantação das audiências de custódia no Brasil, o percentual de presos provisórios, no âmbito do Distrito Federal diminuiu 7,26%.⁵⁸

No Distrito Federal, novamente André Pereira Crespo demonstrou que, por exemplo no ano de 2019, houve um grande decréscimo dos casos que resultaram em prisão preventiva, o que pode ser fundamentado pela própria audiência de custódia e

⁵⁵ DAVIS, Angela J. **Estarão as prisões obsoletas?** Rio de Janeiro: Difel, 2018. Conclusão.

⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Audiência de Custódia 6 anos**. p. 37: Em dezembro de 2014, 40.1% das pessoas no sistema prisional eram presas provisórias. Em 6 anos, esse número caiu para 29.75%. A audiência de custódia pode ser apontada como um dos fatores que contribuíram para essa redução. A partir dos registros do SISTAC, é estimado que a audiência de custódia contribuiu para que o sistema prisional deixasse de receber mais de 273 mil pessoas, o que representa quase um terço da ocupação atual, fomentando uma ocupação mais racional do sistema. Estreitar a porta de entrada evitando um aumento desordenado da ocupação impacta não apenas aqueles que deixam de ingressar no sistema, mas também aqueles que nele já estão inseridos, ao facilitar a gestão prisional e a garantia de direitos.

⁵⁷ CRESPO, André Pereira. **Audiências de custódia no Distrito Federal: arranjos institucionais e práticas do sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 268: “Após a constatação, o foco da pesquisa dirigiu-se à análise da contribuição das audiências de custódia para a redução do contingente de presos provisórios. A Resolução nº 213/2015 enuncia o problema da desproporcionalidade de presos provisórios no Brasil. À época da implantação 40% aguardavam presos a decisão de seus processos judiciais. [...]”

Em relação aos presos provisórios, o InfoPen informa que, em dezembro de 2019, havia no Brasil 222.556 presos provisórios, o equivalente a 29% de total de presos no sistema prisional à época. Esse número representa aproximadamente redução de 11 pontos percentuais em relação a 2015, ano de implantação do instituto.”

⁵⁸ *Ibidem*, p. 269: “Em junho de 2020, havia 7.711 vagas nos estabelecimentos prisionais do DF para 15.609 presos, sendo 2.613 presos provisórios. A taxa de presos provisórios caiu de 24% para 16,74%. Pelos dados, pode-se inferir que 5 anos após a implantação das audiências de custódia no Brasil, o percentual de presos provisórios no DF diminuiu 7.26%”.

pelo aumento da decretação de medidas cautelares diversas da prisão. Seguem abaixo, pela importância dos dados coletados na pesquisa, duas tabelas: a sobre dados mensais de pessoas autuadas em 2019 (**Tabela 1**), e a sobre dados gerais dos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019 (**Tabela 2**).

Tabela 1 — Pessoas adultas autuadas por mês – 2019

Períodos	Total de pessoas apresentadas ao NAC	Casos que resultaram em liberdade	Casos que resultaram em prisão preventiva	Percentual de liberdades	Percentual de prisões preventivas
jan. 2019	920	498	410	54,13%	45,87%
fev. 2019	1010	626	378	61,19%	38,81%
mar. 2019	965	608	345	63,00%	37,00%
abr. 2019	1072	620	426	57,83%	42,17%
maio 2019	1093	703	377	64,31%	35,69%
jun. 2019	985	616	358	62,53%	36,34%
jul. 2019	971	673	281	71,07%	28,93%
ago. 2019	1071	737	315	68,81%	31,19%
set. 2019	1000	702	285	70,20%	29,80%
out. 2019	1047	739	289	70,58%	29,42%
nov. 2019	1081	754	321	69,75%	30,25%
19 dez. 2019	1101	744	336	67,57%	32,42%
TOTAL	12.316	8.020	4.121	65,11%	33,46%

Fonte: CRESPO, André Pereira. **Audiências de custódia no Distrito Federal:** arranjos institucionais e práticas do sistema de justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Em relação à inaplicabilidade de penas alternativas, Maíra Rocha Machado explica por exemplo, que no Estado de São Paulo, que representa pouco mais de um terço da população carcerária do país, e quase um terço das prisões naquela localidade dizem respeito ao tráfico de drogas, e em sua maioria aos pequenos traficantes (tráfico privilegiado).⁵⁹ Nota a autora ainda, que o Tribunal de Justiça do Estado de

⁵⁹ Cf. MACHADO, Maíra Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Júlia Adib. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem

São Paulo, o maior do país, acaba exercendo papel relevante nos processos decisórios de perversidades e violências no sistema de justiça.⁶⁰

Tabela 2 — Pessoas adultas autuadas por ano – 2016 a 2019

Períodos	Audiências de Custódia realizadas	Casos que resultaram em liberdade	Casos que resultaram em prisão preventiva	% de casos que resultaram em prisão preventiva
2016	11240	5607	5633	49,88%
2017	11203	5445	5758	51,39%
2018	11298	5698	5511	48,77%
2019	12316	8020	4121	33,46%
Total	46.057	24.770	21.023	45,64%

Fonte: CRESPO, André Pereira. **Audiências de custódia no Distrito Federal:** arranjos institucionais e práticas do sistema de justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

A autora supracitada, através de dados empíricos coletados, conclui e demonstra que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mesmo após as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 97.256/RS (permite as penas alternativas para o tráfico privilegiado) e HC n. 118.533/MS (afasta o caráter hediondo do tráfico privilegiado), nega a substituição para pena restritiva de direitos, fundamentando na gravidade em abstrato do crime de tráfico de drogas para o meio social, sem avaliar a suficiência dessa conversão e o próprio fundamento da pena alternativa.⁶¹

Alega-se ainda, que uma pessoa indevidamente presa pode valer-se do “*habeas corpus*” para fazer cessar uma ilegalidade sobre o seu direito de ir e vir, sendo desnecessária a audiência de custódia, confundindo-se conceitos, porquanto a ação

do superencarceramento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 604-629, 2018.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 622 e 626: “A partir da declaração de inconstitucionalidade da vedação, outros argumentos aparecem como a quantidade, a qualidade e a diversidade das drogas apreendidas para retirar o traficante da sociedade ‘para se recuperar’. Em 2017, outros argumentos, pontuais, contribuem para acessar o modo como o tráfico é percebido: ‘lucro fácil’, ‘ausência de distinção entre pequenos e grandes’, bem como a indicação de que o tráfico se comete com violência ou grave ameaça à pessoa. [...] Essa nos parece ser a melhor forma de caracterizar os argumentos que se apoiam na ausência de unanimidade da declaração de inconstitucionalidade do STF e que se referem ao fato de a resolução do Senado não mencionar, expressamente, o artigo 44 da Lei de Drogas, de modo que a proibição da substituição por penas alternativas permaneceria em vigor”.

do “*habeas corpus*” necessita de provocação. Por outro lado, o controle judicial sobre a prisão em audiência de custódia pode exercer as vezes do “*habeas corpus*”, dentre outras finalidades. Além disso, nesse remédio constitucional, o juiz ainda pode determinar a apresentação do preso, conforme artigo 656 do Código de Processo Penal.⁶²

Embora se alegue o retrocesso da audiência de custódia, ela é aplicada em países democráticos, como por exemplo, Portugal, Itália, França, Alemanha e Espanha. Há ainda farta jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o tema, mais especificamente a respeito do artigo 5.3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁶³

A audiência de custódia representa um verdadeiro julgamento de mérito da legalidade e da necessidade ou não de manutenção da prisão, como no “*habeas corpus*”, mas de maneira oficiosa, e permitindo a visualização e oitiva dos detidos, em sua maioria pobres, negros e analfabetos, e suas mazelas, que ingressam no sistema penal pela sua porta de entrada, que é a prisão.

Embora a resolução do CNJ defina que não se deva entrar no mérito da eventual configuração do crime em si, há casos em que há indissociabilidade entre essa análise e a da legalidade da prisão em flagrante. É o caso por exemplo de um furto famélico, de um flagrante preparado, abusos policiais que tornariam o flagrante nulo, apresentação espontânea da pessoa, ou de hipótese em que há fortes indícios da ocorrência da legítima defesa.

O argumento da restrição de ingresso no mérito pode ainda ser indevidamente utilizado, para, genericamente, cassar a palavra do detido até mesmo para tratar de assuntos afetos às próprias finalidades da audiência de custódia, o que, evidentemente caracteriza cerceamento de defesa.⁶⁴

⁶² Art. 656. Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar.

⁶³ 5.3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.

⁶⁴ JESUS, Maria Gorete Marques de; TOLEDO, Fábio Lopes; BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana Bandeira. Mérito sob custódia: os limites da menção aos fatos da prisão durante as audiências de custódia. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 18, n. 99, p. 113-141, jul./set. 2021. Disponível em:

No entanto, o que se observa na prática é uma discricionariedade dos juízes nesse ingresso do mérito, ou seja, permite-se tal análise quando for para corroborar elementos da prisão em flagrante e conseqüentemente o pedido para a conversão da prisão em flagrante, mas impede-se que o detido apresente sua versão e relate inclusive abusos das autoridades policiais responsáveis pela detenção. Em verdade, impedindo o detido de apresentar a sua versão, ele sequer entende o motivo da audiência de custódia. Persiste, portanto, uma lógica inquisitorial contrária à própria ideia da audiência de custódia, inviabilizando-a para os fins para os quais foi criada.

A instituição do juízo de garantias poderia melhorar essas práticas inquisitoriais, no sentido de que haveria um juiz diverso daquele que julgará o feito, e atuaria, portanto, com o intuito precípua de proteger as garantias da pessoa detida provisoriamente, como no flagrante delicto, tendo como a audiência de custódia um instrumento para a consecução desse mister e para a proteção ao princípio da presunção de inocência.⁶⁵

Por ser um ato processual, a audiência de custódia é um momento em regra público e conta com a presença de todos os atores do sistema de justiça, sendo em consequência transparente, para justamente se permitir a visualização e oitiva das pessoas que ingressam no sistema penal, que não podem simplesmente terem sua liberdade cerceada como se fossem pessoas que não existissem.

<<https://doi.org/10.11117/rdp.v18i99.5335>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 118-119: “Ainda sobre a possibilidade de se adentrar ao mérito, o ‘Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia’, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em novembro de 2020, por meio da parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), e apoiado pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública, destaca que ‘(...) é prejudicial aos direitos da pessoa presa que o argumento da impossibilidade de análise do mérito seja barreira cognitiva para a discussão de elementos relativos às finalidades da audiência de custódia’”.

⁶⁵ JESUS, Maria Gorete Marques de; TOLEDO, Fábio Lopes; BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana Bandeira. Mérito sob custódia: os limites da menção aos fatos da prisão durante as audiências de custódia. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 18, n. 99, p. 113-141, jul./set. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.11117/rdp.v18i99.5335>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 137-138: “Ainda assim, é possível notar, como dito anteriormente, certa tendência a aceitar perguntas feitas pelos membros do Ministério Público, pois parte de uma estrutura inquisitorial do processo já favorece a constituição de uma audiência voltada a discutir a prisão, e não a liberdade. De outro lado, a defesa, quando realiza suas próprias perguntas, pode correr o risco de ultrapassar a linha invisível do mérito, que está em construção durante a audiência, especificamente a partir daquele juiz, e não de uma regra geral processual que predetermina o que pode ou não pode ser perguntado. Nesse sentido, o mérito fica sob custódia, rendido ao que, naquele caso, o juiz irá considerar apropriado ou inapropriado.”

Finalmente, a oitiva do detido mediante audiência de custódia constitui hipótese diversa do ato de seu interrogatório, pois não serve para defender-se do mérito de uma imputação, mas da prisão sofrida.

1.4 Audiência de custódia nas prisões em flagrante, preventiva, temporária, civil, decorrente de execução penal e em apreensões de adolescentes em conflito com a lei

A Resolução CNJ 213 dispõe em seu artigo 1º:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Nessa senda, ocorrendo uma das hipóteses do elenco do artigo 302 do CPP⁶⁶, após a lavratura do competente auto de prisão em flagrante caberá ao juiz realizar a audiência de custódia.

No momento inicial, porém, que se situa entre a detenção e a condução para a audiência de custódia, deve-se, conforme o Manual de Tomada de Decisões na Audiência de Custódia do CNJ, partir-se da **etapa zero** para se garantir a legalidade dos atos subsequentes conforme o ordenamento jurídico.

Destarte, para preservação das garantias da pessoa presa, deve ser observado nessa **etapa zero**, com a maior agilidade possível: comunicação da prisão à família; interrogatório e escuta da pessoa custodiada, a qual deve ser informada de seus direitos; comunicação à autoridade consular e garantia de intérprete; entrega da nota

⁶⁶ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

de culpa em 24 (vinte e quatro) horas; e exame de corpo delito cautelar sem a presença de policiais.⁶⁷

A hipótese da prisão em flagrante delito está disposta no primeiro artigo da Resolução, ou seja, é dada maior importância a este tipo de prisão. E isso deve-se porque na audiência de custódia, é a prisão em flagrante que ganha maior destaque e relevância. Na prisão em flagrante, diferentemente da prisão preventiva, trata-se de uma medida administrativa inicial de constrição de liberdade, que ainda não passou pelo crivo do Judiciário.

Assim, na prisão em flagrante, analisa-se a legalidade da prisão, a necessidade de sua manutenção ou não, e medidas para apurar tortura e maus-tratos já no momento inicial da restrição da liberdade, momento em que há maior vulnerabilidade do cidadão. Na prisão preventiva, apenas a necessidade de sua manutenção ou não, e medidas para apurar eventuais torturas e maus-tratos. Na prisão pena, por sua vez, somente medidas para apurar eventuais maus-tratos. Nesse último caso, só pode ser decretada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme entendimento fixado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso da prisão civil por dívidas, também, apenas averigua-se se houve algum abuso ou não, ou se é necessário algum encaminhamento, como de saúde, dentre outros. Exemplo: homônimo que é preso civilmente por equívoco, e que pela realização da audiência de custódia, foi solto antes do que seria se não houvesse sua aplicação. Diferentemente da prisão preventiva, o juiz que presidir a audiência de custódia do preso civil por dívidas (preso, por exemplo, em outra comarca onde tramita a execução de alimentos), pode soltá-lo, ao contrário daquela, quando o preso deve ser encaminhado para o juízo que determinou sua prisão.

⁶⁷ Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: Parâmetros gerais**. Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p. 34-40: "O período que compreende a abordagem policial e a condução da pessoa custodiada para a unidade judiciária responsável pelas audiências de custódia, passando pelos trâmites da delegacia de polícia, deve ocorrer de acordo com os parâmetros normativos vigentes. Alguns desses requisitos podem, ainda, ser sanados antes da apresentação da pessoa em juízo – como o contato com a família da pessoa presa - , sendo indispensável que as garantias da pessoa custodiada sejam asseguradas no menor intervalo de tempo possível".

No caso de internação de adolescentes em conflito com a lei, a nosso ver, é necessária a realização de uma audiência de custódia a mais. Embora a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), já previa a audiência de apresentação após a apreensão, a instituição da audiência de custódia agiliza a apresentação do menor apreendido e proporciona que o instituto cumpra sua finalidade, além da mera apresentação seguida das providências descritas no ECA. O que se faz necessária é uma interpretação do ECA à luz da CADH, para que, seja realizada prontamente, e ainda, que a internação provisória, em sendo o caso, seja decretada apenas após a realização da efetiva apresentação.

Importante também mencionar a aplicação da previsão da audiência de custódia às apreensões de crianças e adolescentes, nos termos definidos pela CIDH, na lição de Ramos, abaixo transcrita:

Cabe ainda a realização da audiência de apresentação no caso de crianças e adolescentes apreendidos, conforme já decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, sentença de 27 de agosto de 2014, em especial parágrafo 178). A Corte IDH fez referência, neste caso (no parágrafo 177), ao Comentário Geral n. 10 do Comitê dos Direitos das Crianças, que, interpretando a Convenção dos Direitos da Criança, estabeleceu o prazo de 24 horas para a apresentação do menor à autoridade competente que deve decidir sobre a soltura ou manutenção da prisão. (RAMOS, 2019. P. 742).

Atualmente o instituto da audiência de custódia foi implementado na seara da Infância e Juventude no TJMS, por exemplo, onde a Coordenadoria da Infância e da Juventude criou um projeto de audiência de custódia juvenil⁶⁸. Deve o Poder Judiciário regulamentar o instituto atendendo às peculiaridades da jurisdição especializada em questão, sendo que a prática demonstra ser possível a realização de mais atos judiciais na audiência, como o oferecimento de representação, recebimento, decretação de internação provisória e oitiva do adolescente infrator.

Pois bem, conforme preceitua o art. 13 da referida resolução o juiz procederá com a realização de audiência de custódia nas hipóteses de cumprimento de prisão cautelar. Ademais, os mandados de prisão deverão conter a observação da imediata apresentação do preso ao juiz competente:

⁶⁸ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Relatório do biênio 2015-2016**. Campo Grande: TJMS, [2017]. Disponível em: <https://www5.tjms.jus.br/_estaticos/_sc/publicacoes/relatorio-gestao-2015-2016.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local.

Ocorre que na prática nem sempre a situação narrada tem sido cumprida, uma vez que a dimensão territorial dos Estados brasileiros é grande. É comum a região administrativa dividida para o plantão judicial abarcar mais de uma comarca, de modo que podem os profissionais designados para o plantão (juiz, promotor e defensor) estarem em comarcas distintas (por exemplo, separadas por 100 km de distância ou até mais), o que pode dificultar ou até mesmo inviabilizar a realização da audiência de custódia presencial.

Convém ressaltar que a situação é agravada em feriados prolongados porque a audiência de custódia não pode ser postergada para o primeiro dia útil após o encerramento do feriado. Portanto, cabem às Administrações Superiores das instituições envolvidas (Ministério Público, Poder Judiciário e Defensoria Pública Estadual) darem uma solução para essa problemática.

Quanto ao conteúdo das perguntas a serem realizadas na audiência de custódia, observa-se que o artigo 8º da Resolução CNJ 2013 preceitua que é vedado ao juiz realizar perguntas afetas ao mérito de eventual ação penal, devendo a inquirição ser conduzida apenas com relação às condições da prisão em flagrante ou do cumprimento do mandado de prisão.

Em algumas hipóteses, porém, necessariamente terá que haver perguntas sobre o fato: Exemplos: na primeira audiência de custódia realizada no Estado de Mato Grosso do Sul, em que houve um furto de picanha e linguiça por um açougueiro, e a defesa sustentava o flagrante preparado em um açougue⁶⁹. Ou um caso ocorrido no Distrito Federal, de uma mulher que é presa por ter esfaqueado o seu companheiro,

⁶⁹ Correio do Estado. Primeira audiência de custódia liberta açougueiro acusado de furtar carne. Recurso eletrônico.

e o flagrante de papel nada dizia de legítima defesa, mas na audiência de custódia verificou-se que a detida estava fortemente agredida. Na instrução e julgamento, isso passaria despercebido em razão do tempo.

1.5 Jurisprudência

A jurisprudência é de importância superior na configuração da audiência de custódia no Brasil. Ainda que tenha sido internalizada a regra da apresentação do preso à autoridade judiciária, através do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992) e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992), foi somente com a decisão tomada em sede de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, aos 09 de setembro de 2015, que a audiência de custódia foi definitivamente consolidada em nosso ordenamento.

O Supremo Tribunal Federal exerceu importante papel nesse processo através do reconhecimento da constitucionalidade da audiência de custódia e da fixação de algumas de suas balizas, em controle abstrato, seja em sede de ação declaratória de inconstitucionalidade ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Transcreve-se o acórdão da ADPF nº 347, com destaque para a ordem de observância obrigatória da audiência de custódia, no prazo de 24 horas:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o

comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.⁷⁰

Nota-se que não havia, como já mencionado, previsão legal do prazo para a apresentação do preso ao juiz. Em nosso país esse prazo foi determinado, inicialmente, por resoluções de Tribunais, mas somente com o aresto do Supremo Tribunal Federal é que o prazo foi fixado para todos os órgãos do Judiciário nacional.

E o STF vem reafirmando esse entendimento em seus julgamentos sobre a audiência de custódia, como se vê abaixo:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE AGRAVO REGIMENTAL. NÃO CONHECIMENTO. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. REALIZAÇÃO OBRIGATÓRIA. DIREITO SUBJETIVO DO PRESO. PRISÃO CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Da irresignação à monocrática negativa de seguimento do habeas corpus impetrado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cabível é agravo regimental, a fim de que a matéria seja analisada pelo respectivo Colegiado. 2. Nos termos do decidido liminarmente na ADPF 347/DF (Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015), por força do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e como decorrência da cláusula do devido processo legal, a realização de audiência de apresentação é de observância obrigatória. 3. Descabe, nessa ótica, a dispensa de referido ato sob a justificativa de que o convencimento do julgador quanto às providências do art. 310 do CPP encontra-se previamente consolidado. 4. A conversão da prisão em flagrante em preventiva não traduz, por si, a superação do flagrante irregularidade, na medida em que se trata de vício que alcança a formação e legitimação do ato constritivo. 5. Considerando que, a teor do art. 316 do Código de Processo Penal, as medidas cautelares podem ser revisitadas pelo Juiz competente enquanto não ultimado o ofício jurisdicional, incumbe a reavaliação da constrição, mediante a realização de audiência de apresentação. 6. Ordem concedida de ofício, julgado prejudicado o agravo regimental.⁷¹

Antes da ADPF, porém, o Supremo julgou a ADI n° 520/SP, que tinha como norma impugnada o Provimento Conjunto 03/2015, do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual regulamentara a audiência de custódia.

No entanto, ao julgar a ADI n° 5240/SP, o Tribunal Pleno do STF conheceu apenas parcialmente da ação direta de inconstitucionalidade quanto às normas administrativas atinentes à obrigatoriedade e prazo de apresentação em Juízo do acusado, posto que tais dispositivos eram a mera regulamentação do Pacto de São José da

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Habeas Corpus 133.992/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12150346>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

Costa Rica e da legislação processual penal, não detendo aptidão para figurar como objeto de controle de constitucionalidade. Ainda assim o STF indicou, no julgamento, a necessidade da adoção da audiência de apresentação em todos os tribunais do país:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo *ad argumentandum* impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. *In casu*, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte,

JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.⁷²

Na pesquisa realizada para este trabalho, além da constante reiteração sobre a necessidade e a obrigatoriedade da apresentação do custodiado, deparou-se com diversos precedentes tratando da nulidade pela falta da realização da audiência de custódia, quando convertida ou determinada a prisão preventiva.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. OPERAÇÃO IBIÁÇA. ART. 89, PARÁGRAFO ÚNICO, E 90 DA LEI N. 8.666/93. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/67. CORRUPÇÃO ATIVA. SUPRESSÃO DE DOCUMENTO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. VERACIDADE DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO DECRETO PRISIONAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. REITERAÇÃO DELITIVA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. CESSAÇÃO DO MOTIVOS DA CUSTÓDIA. NÃO OCORRÊNCIA. INSTRUÇÃO NÃO ENCERRADA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INSUFICIÊNCIA À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PEDIDO DE EXTENSÃO. NEGADO. INAPLICABILIDADE DO ART. 580 DO CPP. IDENTIDADE FÁTICO-PROCESSUAL. AUSÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. MARCHA REGULAR. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, o entendimento desta Sexta Turma é de que a falta da audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva, superada que foi a prisão em flagrante, devendo ser este novo título de prisão aquele a merecer o exame da legalidade e necessidade. [...]⁷³

No mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. LATROCÍNIO TENTADO E MAJORADO. FLAGRANTE. DEMORA NA COMUNICAÇÃO. IRREGULARIDADE. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE SUPERADA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA DELITUOSA. *MODUS OPERANDI*. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, uma vez decretada a prisão preventiva, fica superada a tese de excesso de prazo na comunicação do flagrante.

2. A conversão do flagrante em prisão preventiva torna superada, também, a alegação de nulidade, relativamente à falta de audiência de custódia.⁷⁴

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus 417.976/RS**. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702485662&dt_publicacao=18/12/2017>. Acesso em: 10 jul. 2022.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 90.113/MG**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 5 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702552270&dt_publicacao=13/12/2017>. Acesso em: 10 jul. 2022.

O STF, entretanto, já decidiu que a conversão da prisão em flagrante em preventiva não traduz, por si, a superação da flagrante irregularidade e que incumbe ao juiz a reavaliação da prisão, mediante a realização de audiência de apresentação, pela natureza cautelar da medida restritiva da liberdade:

4. A conversão da prisão em flagrante em preventiva não traduz, por si, a superação da flagrante irregularidade, na medida em que se trata de vício que alcança a formação e legitimação do ato construtivo. 5. Considerando que, a teor do art. 316 do Código de Processo Penal, as medidas cautelares podem ser revisitadas pelo Juiz competente enquanto não ultimado o ofício jurisdicional, incumbe a reavaliação da constrição, mediante a realização de audiência de apresentação. 6. Ordem concedida de ofício, julgado prejudicado o agravo regimental.⁷⁵

Quanto à realização da apresentação além do prazo de 24 horas, o Supremo também já exarou decisões que a realização da audiência de modo extemporâneo não acarreta a nulidade do ato:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. VALIDADE DA PRISÃO PENDENTE DE EXAME DE MÉRITO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIME DE ESTUPRO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. GRAVIDADE CONCRETA. POSIÇÃO DE PROEMINÊNCIA NO CONTEXTO CRIMINOSO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REALIZADA APÓS ESCOAMENTO DO PRAZO. ILEGALIDADE INOCORRENTE. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS. ATO MINIMAMENTE FUNDAMENTADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. Não há ilegalidade evidente ou teratologia a justificar a excepcionalíssima concessão da ordem de ofício na decisão que converte o flagrante homologado em prisão preventiva com base em elementos concretos aptos a revelar a especial gravidade da conduta. 3. Em se tratando de audiência de custódia regularmente realizada, o justificado elastecimento do prazo para sua efetivação e para a utilização de algemas não induz à ilegalidade do procedimento. 4. Agravo regimental desprovido.⁷⁶

No mesmo sentido e dizendo que a prisão preventiva não é contaminada com nulidade pela falta da audiência de custódia, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal.⁷⁷

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 133.992/DF**. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12150346>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 135.072/PR**. Relator: Min. Edson Fachin, 5 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14221100>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Rcl 26244/RJ**. Relator: Min. Luiz Fux, 27 de junho de 2017.

Imprescindível também estudar a jurisprudência interamericana sobre o tema. O Brasil, ao assinar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, está sujeito ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que possui diversos precedentes que falam sobre a audiência de custódia e que foram levados em consideração para fundamentar a instituição das audiências de custódia no Brasil.

Nesse sentido, os julgados mais relevantes à época que foram utilizados, em relação ao artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, foram **Caso López Álvarez vs. Honduras, Caso Castillo Páez Vs. Perú, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Equador, Caso Acosta Calderón Vs. Equador, Caso Tibi Vs. Equador e Caso Cantoral Benavides vs. Perú.**

Esses julgados realçam a necessidade da levada da pessoa detida, sem demora à autoridade competente, à luz dos princípios do controle judicial, da presunção de inocência e da imediação processual, a fim de proteger a sua liberdade pessoal e outros direitos, como a vida e integridade pessoal.

Agora, no entanto, o debate deve se dar em torno da audiência de custódia como um efetivo meio de controle judicial de detenções. Ademais, deve-se possibilitar a declaração da pessoa perante o juiz, que deve ouvi-la e valorar todas as suas declarações, a fim de evitar arbitrariedades e detenções ilegais, apurando tortura e maus-tratos.

Os julgados da CoIDH impactam diretamente no país, por ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e por estar sujeito à sua jurisdição.

1.6 Observação e exame do protocolo de implementação do juiz de garantias como possível janela para ampliação de combate à tortura no Brasil; Audiência de custódia no CPP

O Brasil está abarcado pelo sistema global de proteção dos direitos humanos, e pelo sistema regional interamericano também. Nesse caso, os tratados internacionais constituem parâmetros protetivos mínimos, e têm por finalidade sempre a ampliação de proteção dos direitos humanos, buscando compensar déficits nacionais.

Ainda, a sociedade contemporânea e evoluída faz surgir a necessidade de proteção específica de cada grupo social, conforme sua própria vulnerabilidade, que varia em grau e espécie, inserindo-se, aí, as normas de prevenção e combate à tortura no sistema especial de direitos humanos.

O atendimento aos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos deve constituir um importante parâmetro para a realização de políticas públicas de combate à tortura, através de um juízo de convencionalidade para a tomada de decisões jurídicas e políticas sobre a questão, na medida em que a República Federativa do Brasil se encontra sujeita à jurisdição daquela Corte Internacional de âmbito regional.

A tortura é um delito de oportunidade, ou seja, é praticada em circunstâncias próprias e específicas contra pessoas vulneráveis, como aquelas já privadas de sua liberdade ou pessoas que já estão excluídas socialmente, à margem da sociedade. Essas pessoas vulneráveis à tortura encontram-se subjugadas a uma relação de poder e violência, sob a ótica do poder público, e principalmente o aparato estatal punitivo na esfera penal, e da sociedade dominante neoliberal.

No Brasil, ainda, pode-se afirmar que há um certo déficit do Estado de Direito, como uma correta submissão ao governo das leis, na medida em que a violência está intimamente ligada à pobreza e marginalização. Aspectos do Estado de não Direito, sinalizados pelo autoritarismo, por exemplo, podem ser verificados no Rio de Janeiro, diante do alto número de execuções nas favelas por policiais militares.

A imediata apresentação da pessoa presa em flagrante delito para realização da audiência de custódia perante um juiz, busca, como visto, além de se aferir a legalidade da prisão, também garantir os demais direitos da pessoa presa, destacando-se o direito à sua integridade física e à proibição da tortura, além da função de evitar capturas ilegais.

A observância da proibição da tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes está, no momento da audiência de custódia, intimamente ligada ao resguardo de outras garantias processuais, como a proteção social, condições adequadas de oitiva, o acesso a um advogado de sua escolha, comunicação e acesso da família à pessoa presa, início de uma investigação efetiva e célere para apurar os atos

de tortura detectados ou relatados na audiência, ausência de integrantes da força pública responsável pela prisão ou custódia anteriores à audiência.

Se tudo isso não é feito adequada e imediatamente no momento da audiência de custódia, surge uma “bola de neve” de violações a direitos, com o ingresso da pessoa torturada ao sistema carcerário, aumento da vulnerabilidade e continuação dos atos de tortura e ilegalidades. Ademais, dificultam-se investigações que possam surgir em momento posterior, já que as informações e evidências terão de ser reconstruídas, ao invés de simplesmente detectadas, somado ao fato de poder ocasionar a própria morte da pessoa presa, o que não é raro.

Embora ainda esteja suspenso, por decisão liminar do Min. Luiz Fux, o instituto do juiz de garantias, trata-se de importante mudança na legislação relacionada ao tema aqui estudado, e, portanto, merece também bastante atenção, já que constituirá uma introdução que evitará práticas inquisitórias e contribuirá para a efetivação do combate à tortura e maus-tratos em momento pré-processual tão relevante.

Embora tenha havido a instituição do juiz de garantias no CPP brasileiro, tal disposição encontra-se suspensa pelo STF (ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305), sem previsão de julgamento.⁷⁸

Ada Pellegrini Grinover, quando da elaboração do Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América já defendia a separação do juiz que participaria das investigações preliminares e do recebimento da acusação, daquele que julgaria a causa, a fim de garantir a imparcialidade do juízo e a existência de um processo penal mais harmônico, em que efetivamente se respeitasse os direitos de defesa⁷⁹.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, Lima, n. 53, p. 949-959, 2000. Disponível em: <<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.030>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 949: Em 1998, quando o projeto final de Código modelo de Processo Penal para Ibero-América foi apresentado as XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, do Rio de Janeiro, a esmagadora maioria dos países de América Latina adotava a velha legislação de características marcadamente inquisitivas, com precedimentos escritos e secretos, as etapas da investigação, da instrução e da sentença confiadas ao mesmo juiz, a compressão dos direitos de defesa, o sistema probatório articulado em torno da confissão, a prisão cautelar como regra.

Com o juiz das garantias, haveria uma separação entre o juiz que atua na etapa da prisão e das investigações propriamente ditas e o juiz que vai instruir, processar e julgar o processo penal após o oferecimento da denúncia. Observa-se que na maioria das comarcas brasileiras, que são constituídas de municípios de pequeno e médio porte, é um mesmo juiz que, atualmente, além de fazer a audiência de custódia, processa, instrui e julga o processo penal a ela referente.

Em nosso entender, deve haver também, conseqüentemente, uma separação entre o membro do Ministério Público que exercerá as funções de garantia e aquele que vai efetivamente participar do transcurso da ação penal.

Após o período de ditaduras na América Latina, foram aprovados novos códigos de processo penal que preveem o juiz de garantias, como por exemplo, na Colômbia, Paraguai, Chile, Argentina e Uruguai. Fora da América Latina, podemos citar também Estados Unidos da América, Itália e Portugal. Em Portugal, o Decreto-Lei 78/1987 instituiu o Código de Processo Penal daquele país e criou o juiz de garantias, de modo que a partir do recebimento da denúncia, outro juiz passará a responder pelo processo. Além disso, medidas mais constritivas das liberdades individuais, como prisões provisórias, buscas e apreensões e quebras de sigilo das comunicações e das informações bancárias e fiscais, só podem ser autorizadas em casos em que houver graves indícios da prática de crime cometido internacionalmente.⁸⁰ O Brasil, no entanto, prosseguiu com o modelo inquisitorial, e só agora com o “Pacote Anticrime” é que veio essa previsão.

A instituição do juiz de garantias corresponde à introdução de regras democráticas à luz do devido processo legal, com respeito ao princípio da presunção de inocência, já que o juiz que atua na fase de investigação, fica vinculado psicologicamente às suas decisões anteriores, e a instrução processual deve, portanto, ser presidida por outro juiz. Ao mesmo tempo, haverá, portanto, mais imparcialidade nessa fase investigativa que antecede a própria ação penal, e na fase de julgamento.

⁸⁰ MILITÃO, Eduardo. Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70. **UOL**, Brasília, 15 jan. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/15/como-e-juiz-de-garantias-pelo-mundo-alemanha-portugal-brasil-argentina.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

Não se verificam inconstitucionalidade ou vício de convencionalidade nos dispositivos processuais penais que instituem o juízo de garantias, já que se trata apenas de uma redistribuição de competência funcional dos magistrados. Busca-se conceder condições de imparcialidade objetiva e subjetiva aos juizes, no processo penal, a fim de evitar-se uma contaminação inconsciente, devendo haver assim, um juiz para instruir o feito, na fase prévia à ação penal e garantir o controle da legalidade das investigações e outro para efetivamente processar e julgar.

Trata-se acima de tudo, de uma opção do legislador para reconfigurar o processo penal brasileiro e além de torná-lo menos inquisitorial, evitar as injustas condenações de pessoas inocentes⁸¹.

Trata-se, assim, de uma introdução que visa em última instância, garantir o Estado Democrático de Direito e a própria justiça. Com isso, evitar-se-á que patentes ilegalidades que se iniciam com o auto de prisão em flagrante delito sejam reproduzidas e cheguem até os Tribunais Superiores, desnecessariamente.

Nos casos envolvendo a violência policial, por exemplo, que tratam dos autos de resistência, através da aplicação do juiz de garantias associado às audiências de custódia, haverá maior proteção às garantias processuais penais e até mesmo possibilitará maior participação dos familiares das vítimas. São casos em que dificilmente há algum tipo de apuração, ou são prescritos, ou arquivados posteriormente.

Embora já haja previsão na legislação processual penal de impedimento de ordem objetiva, por exemplo, um juiz que atuou em primeiro grau, não pode reapreciar o caso em grau de recurso. A lógica do juiz de garantias é a mesma, ou seja, um juiz que atuou na fase de investigação, não poderá atuar para processar e julgar o caso, pois haveria algum tipo de contaminação.

⁸¹ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. O juiz das garantias no Brasil: uma escolha do legislador não uma determinação constitucional ou de tribunais internacionais. *In*: SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 44: A figura do juiz de garantias busca expandir a proteção de inocentes. Ao colocar um juiz para a fase de investigação, diverso do juiz que vai fazer a instrução e julgar, optou o legislador por uma política processual penal que tem o objetivo primordial de evitar condenação de inocentes. De início registramos que não vislumbramos nenhuma inconstitucionalidade na criação de tal instituto. Ainda que ele possa, indiretamente, contribuir para uma duração maior que a ideal do processo, sua instituição encontra-se na discricionariedade do parlamento de estabelecer o modo pelo qual se estruturará o processo penal. Não existe, pois, malferimento a nenhum artigo expresso da CF.

Mais do que participar da fase de investigação, o objetivo principal deste novo juízo é o de garantias, como o próprio nome diz, ou seja, possibilitar o adequado exercício e obediência das garantias processuais penais da pessoa humana.⁸²

Quanto às suas funções relacionadas à audiência de custódia, o juiz de garantias tem como funções realizar o controle judicial do auto de prisão em flagrante delito (art. 3º - B, incisos I e II) e também de zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo, de determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento e de julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia (art. 3º - B, incisos III, IX e XII).

A teoria da dissonância cognitiva, criada a partir de “*A Theory of Cognitive Dissonance*” de Leon Festinger, justifica a existência de um juiz de garantias, já que, a partir dessa fundamentação, o juiz que tem contato com os elementos inquisitórios de investigação fica contaminado para participar da instrução em juízo e emitir o julgamento de mérito.⁸³

Conforme essa teoria, tudo que entra em dissonância com as cognições individuais iniciais da pessoa gera uma necessidade de retomada de seu estado de coerência. Assim, por exemplo, de maneira inconsciente, um juiz ou mesmo um promotor de justiça que tem contato com os elementos de prova produzidos em sede

⁸² SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Juiz das garantias: o inquérito policial deve compor os autos do processo? *In*: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (org.). **Pacote anticrime**. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021. v. 2. p. 85: “Afim, o juiz das garantias, nem de longe, é um juiz da investigação. Ao contrário, o juiz das garantias é a afirmação, agora como regra de competência funcional dirigida ao resguardo da chamada imparcialidade objetiva do julgador, que deriva não da relação do juiz com as partes, mas de sua prévia relação com o objeto do processo”.

⁸³ FESTINGER, Lester. **Cognitive Dissonance**. *Scientific American*. Vol. 207, n. 4, Outubro de 1962, pp. 93-106: “*Such behavior can be explained by a new theory concerning ‘cognitive dissonance’.* This theory centers around the idea that if a person knows various things that are not psychologically consistent with one another, he will, in a variety of ways, try to make them more consistent. Two items of information that psychologically do not fit together are said to be in a dissonant relation to each other. The items of information may be about behavior, feelings, opinions, things in the environment and so on. The word ‘cognitive’ simply emphasizes that the theory deals with relations among items of information”.

inquisitorial, adotarão aquilo como sendo possível verdade, e tudo que vier em juízo, de maneira contrária, serão pouco valorados por tais operadores do direito⁸⁴.

Isso ocorre porque, conforme a teoria exposta, o operador do direito, para manter coerência com sua cognição já parcialmente formada sobre o caso antes da ação penal, buscará desvalorizar os elementos cognitivos dissonantes que aparecerem, ou ao menos reduzi-los e aumentar e supervalorizar os elementos cognitivos consonantes com sua cognição inicial.⁸⁵

Assim, geralmente há mais condenações quando o juiz teve contato anterior com os elementos de prova do inquérito policial, e do mesmo modo, as perguntas formuladas em audiência de instrução e julgamento têm por objetivo apenas confirmar aquilo já produzido, seja em fase de investigação, seja o que já existe no auto de prisão em flagrante delito. Tal percepção também pode ser observada em relação ao promotor de justiça.⁸⁶

O Conselho Nacional de Justiça, assim, em junho de 2020 elaborou proposta de resolução para instituir diretrizes de política judiciária, a fim de estruturar e implantar o juiz de garantias no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro.⁸⁷

Para isso, a proposta de resolução define que cada Tribunal (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais), farão a definição da estrutura para a implantação

⁸⁴ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

⁸⁵ RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019

⁸⁶ *Ibidem*, p. 139 e 143: “Outro aspecto relevante que Schünemann aproveitou para denunciar com seu experimento, foi o chamado *efeito aliança* existente entre a figura do juiz e do promotor no desenrolar processual. Amparando-se, desta vez, na teoria dos processos de comparação social, de autoria também de Leon Festinger, examinou o jurista, neste particular, se há influência do promotor sobre o juiz nos atos de recebimento da denúncia e aplicação da pena definitiva, em caso de condenação. [...]”

A despeito dessas críticas, que não serão aqui aprofundadas ou enfrentadas, bastando que se tenha delas ciência para que se possa consolidar um juízo próprio do que realmente é significativo e deve ser levado em consideração e o que não é, importa enfatizar que o sumário das provas experimentais relativas à teoria e que ao estudo da imparcialidade interessam, mostram nitidamente que após uma decisão segue-se um estado de dissonância cognitiva e desencadeiam-se mecanismos de redução ou eliminação da mesma, cujos principais são a desvalorização das cognições dissonantes e a supervalorização das cognições consonantes”.

⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário brasileiro**. [Brasília]: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

do juiz de garantias, conforme cada peculiaridade de ordem demográfica, geográfica, administrativa e financeira.

Os Tribunais poderão, então, adotar os modelos descritos nos artigos 3º e 4º da proposta da resolução⁸⁸, dentre outros possíveis. Outro ponto importante é que poderá haver a previsão de videoconferência em hipóteses excepcionais, a não ser no caso de audiência de custódia, cujo ato judicial deve ser feito de maneira presencial.

A presença da pessoa presa na audiência de custódia é indispensável, sendo, portanto, incompatível com a utilização da videoconferência, ao passo que representa elemento de constrangimento aos atores do sistema de justiça criminal, já que todos estão presentes juntos com aquela no momento do ato processual.

A audiência torna-se apenas um novo marcador da produtividade da autoridade judicial, como em uma linha de montagem, em que o principal interessado, sem direito de voz, não entende o que está acontecendo e também é impedido de participar do ato e conseqüentemente influir na decisão a ser tomada.

A presença da pessoa presa em flagrante contribui então para uma análise mais cuidadosa dos elementos da prisão, mas deve-se também considerar esse fator nos casos de tortura, relatadas ou não, ou em hipóteses de algum tipo de lesão detectada em laudo ou na audiência, o que não vem acontecendo. Não há, assim, o devido acesso à justiça através de um instrumento célere e eficaz.

A audiência de custódia, para alguns autores, constitui um verdadeiro procedimento de *habeas corpus* deflagrado de ofício, com a apresentação pessoal da pessoa presa em juízo, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como um consectário da

⁸⁸ “Art. 3º No caso de comarca ou subseção judiciária com mais de uma vara, o Tribunal poderá organizar o instituto do juiz das garantias por:

I – especialização, por meio da Vara das Garantias ou de Núcleo ou Central das Garantias;

II – regionalização, que envolverá duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias;

III – rodízio entre juízos da mesma comarca ou subseção judiciária; e

IV – rodízio entre juízes lotados na respectiva comarca ou subseção judiciária.

Art. 4º No caso de comarca ou subseção judiciária com vara única, o Tribunal poderá organizar o instituto do juiz das garantias por meio de:

I – regionalização, que envolverá duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias;

II – rodízio entre comarcas ou subseções contíguas ou próximas com somente uma vara; e

III – rodízio entre juízes lotados na respectiva comarca ou subseção judiciária.”

Convenção Americana de Direitos Humanos e tendo por fundamento o *habeas corpus ad subjiciendum*.⁸⁹

Ademais, além de verdadeira política pública para redução de prisões provisórias e o superencarceramento delas decorrente, a audiência de custódia pode ser considerada o instrumento jurídico no processo penal que, efetivamente tem em sua essência, a história e o conteúdo político do *habeas corpus*.⁹⁰

Para Gilmar Mendes, o *habeas corpus* é uma verdadeira ação popular de natureza penal, sendo ainda, a garantia básica responsável pela construção de todo o processo constitucional brasileiro.⁹¹

O *habeas corpus* tem grande importância histórica no Brasil, haja vista que pode até mesmo ser considerado um instrumento básico para a formação do controle de constitucionalidade nacional. Era um verdadeiro remédio heroico no curso da primeira república, com a Constituição de 1891, servindo até mesmo para a proteção possessória e de direitos políticos e eleitorais, por exemplo, já que não existiam outros instrumentos, como o mandado de segurança, ou algum outro para controle específico

⁸⁹ “É clara, por conseguinte, a imbricação da audiência de custódia com o remédio constitucional do *habeas corpus*, uma vez que ambos são instrumentos voltados para a imediatidade no processo penal, especificamente no seu momento mais crítico, em que a liberdade do indivíduo é cerceada. Destarte, há que se prescrutar no que a vetusta disciplina legal do *habeas corpus* precisa ser reinterpretada após a internalização na ordem jurídica brasileira da Convenção Americana de Direitos Humanos. [...] Se, contudo, o próprio preso não fizer esse pedido, seu defensor, por dever de ofício, deverá pedir a sua liberdade. Se nem o defensor pedir a liberdade do detido, ainda poderá o Ministério Público pedi-la. Em último caso, mesmo que ninguém peça a liberdade do preso, ainda deverá o Juiz, constatando ilegalidade, soltá-lo de ofício, ou seja: conceder *habeas corpus ex officio*.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 6 jul. 2022. Voto do Min. Relator Luiz Fux. p. 17.)

⁹⁰ GARCIA, Rafael de Deus. A audiência de custódia e o sentido histórico e político do *habeas corpus*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 26., 2017, Brasília. **Direito penal, processo penal e constituição I**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 76-93. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/10/B7488D7D3CBA3C_penal.pdf. Acesso em: 7 jul. 2021. p. 78 e 91: “[...] Diante da atual concepção acerca do *habeas corpus*, tem-se que é, efetivamente, a audiência de custódia que carrega em si a história e a importância política do *habeas corpus*. [...] Como se pode observar, a compreensão brasileira sobre o *habeas corpus* retira a necessidade de apresentação do corpo do preso em juízo, tampouco exige do poder público representado pelas forças policiais que efetuem as prisões, submeter-se a um controle externo tal como ordenava a fórmula antiga do *habeas corpus* ou até mesmo o interdito romano. [...] Percorrendo o caminho histórico do *habeas corpus*, é possível observar sua importância para a garantia das liberdades individuais, conquistadas com muitas lutas ao longo de séculos.”

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Ações constitucionais: o *habeas corpus* como pedra fundamental do processo constitucional brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

de constitucionalidade.⁹² Assim, muitas vezes, o Supremo Tribunal Federal, naquela época, reconhecia o *habeas corpus* como um instrumento viável para o controle difuso e com efeito entre as partes processuais.

Assim, se existe um instrumento cabível, no caso, a audiência de custódia, e há também um direito fundamental violado pela tortura, deve ela funcionar de maneira célere, efetiva e adequada, já que a realidade da tortura assume, não só, uma hipótese de violação de direitos individuais, mas também difusos, do modo que vem ocorrendo, rotineira e sistematicamente.

Os Tribunais Superiores, embora tenham evoluído em muitos aspectos, como, por exemplo, com a mudança de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo, considerando a ilegalidade da prisão em flagrante com viés racial e classista em buscas pessoais sem fundamento legítimo, e com a edição da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência em relação ao tema da tortura é tratado como ponto separado da legalidade da prisão, embora a proibição da tortura seja absoluta e contamina o próprio ato de detenção. Essa jurisprudência surte efeito em todo o território nacional e acaba por vincular o entendimento a ser adotado pelos juízes de primeiro grau e tribunais, o que retira parcela do elemento de constrangimento de combate e prevenção à tortura, que a audiência de custódia deveria ter.

Nos casos de instituição do juízo de garantias por meio da regionalização, a distância entre as comarcas e subseções judiciárias em relação à sede da unidade regionalizada, bem como a facilidade de acesso a ela por meio de rodovias ou outras

⁹² STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 5º, LXVIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 474: “Trata-se o *habeas corpus* de instrumento destinado a proteger a liberdade de locomoção. A despeito de, na história constitucional brasileira, o *habeas corpus* já ter sido utilizado – em razão da redação aberta do art. 72, § 2º, da Constituição de 1891 – como instrumento de correção de qualquer espécie de lesão a direitos, atualmente a sua destinação restringe-se exclusivamente à tutela da liberdade de ir, vir e permanecer, podendo – diante da proteção almejada – assumir uma feição liberatória (via alvará de soltura) quando voltado à restituição da liberdade a alguém já detido, ou preventiva (vai salvo-conduto) quando voltado a tutela antecipada, manejando de forma, nesta hipótese, a evitar que se concretize a ameaça de detenção”.

vias de circulação célere, devem ser critérios que devem ser ponderados, a fim de assegurar a realização da audiência de custódia por meio presencial.⁹³

O estabelecimento de sistema de rodízio deve ser feito de modo a preservar-se a separação do juiz que atuará no juízo de garantias e aquele que participará da ação penal propriamente dita, ou seja, preservando-se tanto as funções do juiz das garantias, como a competência do juízo da fase de instrução processual, conforme o lugar da infração e demais critérios previstos nos artigos 70 e seguintes do Código de Processo Penal. (Art. 7º, § 1º).

Isso porque, conforme o artigo 3-D do Código de Processo Penal, com as introduções trazidas pela Lei nº 13.964/2019, considera-se impedido para atuar na ação penal aquele juiz que atuou de alguma maneira na etapa do inquérito policial, devendo, portanto, o rodízio observar tal regramento normativo⁹⁴.

Dispõe, ainda, a proposta de resolução sobre as funcionalidades que o sistema eletrônico que instrumentalizará os procedimentos a cargo do juiz das garantias deverá ter, como, por exemplo, alguns deles, relativos às audiências de custódia:

Art. 11. O sistema deverá assegurar as seguintes funcionalidades:
I – registro e tramitação de procedimentos decorrentes do recebimento de comunicações de autoridades policiais e do Ministério Público, tais como:
a) recebimento da comunicação imediata da prisão;
b) recebimento do auto de prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observada a realização da audiência de custódia no prazo legal;
[...]
III – registro e tramitação de procedimentos decorrentes da realização das audiências, tais como:

⁹³ “A regionalização prevista nos art. 3º, II, e art. 4º, I, será realizada com a instituição de Vara das Garantias Regionalizada ou de Núcleo ou Central das Garantias Regionalizada para o desempenho das atribuições do juiz das garantias, abrangendo região formada por duas ou mais comarcas ou subseções judiciárias.

§ 1º As regiões judiciárias previstas no *caput* serão estabelecidas pelos Tribunais, com base em critérios demográficos, geográficos e administrativos, considerando, entre outros:

[...]

II – a distância entre as comarcas ou subseções judiciárias em relação à sede da unidade regionalizada; e

III – a facilidade de acesso à sede da unidade regionalizada por meio de rodovias ou outras vias de circulação célere.

§ 2º Os critérios elencados nos incisos II e III do § 1º deverão ser considerados de modo a assegurar a realização presencial da audiência de custódia, conforme disposto nos arts. 287 e 310 do Código de Processo Penal.”

⁹⁴ Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Parágrafo único. Nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo.

- a) audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público;
- b) audiência decorrente de requisição de apresentação do preso a qualquer momento;

Uma importante novidade decorrente da instituição do juízo das garantias, é o não apensamento do material da fase pré-processual na ação penal posterior, de modo que aqueles autos devem ser acautelados em secretaria, conforme artigo 3º-C, § 3º do Código de Processo Penal.⁹⁵

Outra relevante inovação da proposta de resolução é o regramento das competências do juiz de garantias na proteção do direito da imagem da pessoa presa, devendo assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa detida⁹⁶, conforme artigo 3-F do Código de Processo Penal.

Essa proteção abrange tanto a imagem fotográfica, como a audiovisual, nome, e demais informações que permitam a individualização da pessoa detida. Ademais, qualquer autoridade que for prestar esclarecimentos sobre os atos investigatórios ou sobre o cumprimento de mandados de prisão, deve adotar abordagem isenta de conceitos que possam transmitir prejulgamento de fatos.

Tais disposições decorrem do princípio constitucional da presunção de inocência como regra de tratamento e ao disposto no artigo 3º-F do Código de Processo Penal, resultante das introduções do chamado “Pacote Anticrime”.⁹⁷

⁹⁵ Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.

[...]

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

⁹⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário brasileiro**. [Brasília]: CNJ, 2020.

⁹⁷ Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal. Parágrafo único. Por meio de regulamento, as autoridades deverão disciplinar, em 180 (cento e oitenta) dias, o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa aludida no **caput** deste artigo, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

Pelo fato de o juízo das garantias estar intrinsecamente ligado às audiências de custódia, para cumprimento de suas finalidades, como ato judicial de proteção das garantias, foram propostas também diversas alterações na Resolução CNJ n° 213, de 15 de dezembro de 2015. Pode-se citar algumas das introduções, como por exemplo, a regulamentação da competência do juiz das garantias para a audiência de custódia e a condução de mulher detida por profissional do mesmo gênero:

Art. 1° Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 (vinte e quatro) horas da comunicação do flagrante, ao juiz das garantias, para realização de audiência de custódia, pública e oral, para o controle da legalidade da prisão.

[...]

Art. 4° [...]

§ 2° Deverá ser assegurado que a condução e a custódia de mulher presa em audiência sejam realizadas por profissional de segurança do mesmo gênero, salvo impossibilidade devidamente fundamentada pelo juiz.

Importantíssima novidade, ainda, é a nova redação do artigo 8°, que visa introduzir também pré-requisitos essenciais para que a audiência de custódia permita que a pessoa detida esteja em condições possíveis e dignas de prestar depoimento de maneira livre, além de evitar maus-tratos e contribuir para o combate à tortura, conforme Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-Tratos para Audiência de Custódia.

Nesse sentido, o juiz deve verificar se a pessoa se encontra adequadamente vestida e alimentada, em regra, sem algemas, conforme o clima local, bem como consultar a sua origem, por exemplo, se é estrangeira ou indígena. Além disso, os esclarecimentos sobre a audiência ao detido devem ser feitos por meio de linguagem acessível e compreensível por aquele. Deve ainda, ser dada ciência sobre o direito ao silêncio e ser realizada entrevista ao preso para saber se houve a possibilidade de acesso à família, a advogado/defensor público e a atendimento médico, bem como para averiguar o adequado tratamento pelos locais onde passou antes do ato judicial (art. 8°).

Há ainda outras relevantes previsões: é vedado ao juiz a realização de qualquer iniciativa probatória quanto ao mérito do crime com a finalidade de produzir prova contra a pessoa detida e que possa ser utilizada para a investigação ou ação penal; a decisão judicial acerca da medida a ser aplicada pode contar com o apoio de equipe psicossocial, com atendimento antes da audiência; e além do competente exame de

corpo de delito, verificando-se que há vestígios que possam indicar tortura ou maus-tratos na roupa e no corpo do detido, o juiz deve imediatamente determinar o isolamento e a coleta desses elementos (art. 8º).

Ressaltamos aqui a proposta de introdução de trancamento do inquérito policial na própria audiência de custódia, já que em casos de nulidade do flagrante, por crime impossível, por exemplo, no caso de flagrante preparado, além do relaxamento do próprio auto de prisão, é consectário lógico o imediato trancamento do inquérito (art. 8º). Essa providência vem também descrita no Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia do CNJ⁹⁸. Portanto, quando for possível essa providência, deve ela ser imediatamente tomada em sede de audiência de custódia, de modo célere, já que essa é também sua finalidade.⁹⁹

Muito avança a proteção das garantias da pessoa humana também, com a atuação em conjunto de equipe psicossocial com o Poder Judiciário no momento da audiência de custódia pelo juiz de garantias, que contará com maiores subsídios para a decisão, a qual será precedida de atendimento prévio.

Por fim, cabe ainda mencionar as introduções de novos dispositivos, como o artigo 1º-A, que estabelece que pode ser superado, excepcionalmente o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a realização da audiência de custódia, em casos de hospitalização, distância excessiva e dificuldade de acesso da comarca onde ocorreu a prisão em relação à unidade competente para a audiência de custódia. O art. 8º-A normatiza que a pessoa detida não pode ser retirada da audiência por certos momentos e sobre a vedação de audiências coletivas.

Entendemos que o grande relevo do juízo de garantias deve-se às importantes competências que lhe foram conferidas no âmbito da realização da audiência de

⁹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: parâmetros gerais**. Coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi et al. Brasília: CNJ, 2020. p. 67: "Caso, após a análise do APF e oitiva da pessoa custodiada, o Ministério Público entenda pela atipicidade da conduta ou pela presença de excludentes de ilicitude, seu representante poderá postular pelo imediato arquivamento do inquérito policial".

⁹⁹ OCAMPOS. Lorena Alves. **Audiência de custódia: a presença como direito fundamental**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022. p. 58: "Essa apresentação permite que se constate, sem intermediários ou distanciamentos, a real situação da pessoa detida e, portanto, que se assegure uma célere análise da situação jurídica da prisão, antes do ingresso do autuado no sistema penitenciário, a fim de que seja exercido um controle acerca da legalidade e da real necessidade da custódia antecipada".

custódia, de modo que, se elas não forem adequadamente desempenhadas, não haverá contribuição para uma maior evolução do processo penal. Nesse sentido, há países da América Latina, por exemplo, que adotam o juízo de garantias, mas ao mesmo tempo são marcados por um sistema processual penal inquisitorial e com prática de tortura e maus-tratos.

2 ESTADO DE DIREITO E AUTORITARISMO. FUNDAMENTOS E GARANTIAS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL APLICÁVEIS ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

2.1 Da necessidade de implementação de um processo penal de acordo com o Estado Democrático de Direito

Em um Estado Democrático de Direito, deve prevalecer o princípio da legalidade, em uma atuação legítima do poder público, respeitando-se a vontade popular, os direitos e garantias individuais e a dignidade da pessoa humana como núcleo essencial dos direitos fundamentais. Em contraposição há o Estado de Polícia, em que o autoritarismo prevalece, em detrimento da lei e dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, inclusive no âmbito processual penal.

No âmbito processual penal, de que aqui trataremos, o modelo autoritarista desrespeita as garantias processuais penais e os direitos humanos fundamentais, e pode ser observado no modelo brasileiro em diversas ocasiões diárias.

O modelo autoritarista de processo penal, além de inquisitorial e desumano, desrespeita as garantias processuais penais e o princípio da presunção de inocência, compactuando com a prática da tortura, dos maus-tratos e de outros tratamentos humanos cruéis e degradantes, promovendo a injustiça social, em desacordo com os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que é constituída a República Federativa do Brasil.

Medidas de cunho autoritário podem ser observadas não só no âmbito dos atos do sistema de justiça criminal, a prejudicar a proteção e o combate à tortura e aos maus-tratos, mas também em medidas tomadas pelo Poder Executivo. Tais atos autoritários contribuem ainda mais para enfraquecer a proteção contra a tortura no Brasil, cuja proibição é absoluta e depende também da participação dos outros Poderes do Estado e da sociedade em geral.

Nesse sentido, noticiou-se, recentemente, que uma coalizão de ONGs, lideradas pela Conectas Direitos Humanos e pela Justiça Global apresentaram, no dia 11/03/2022, uma denúncia no Conselho de Direitos Humanos da ONU, por um ataque

sistemático ao Sistema Nacional de Prevenção à Tortura (SNPCT). Isso porque um decreto presidencial 9.831 de 2019 exonerou e extinguiu os cargos de todos os peritos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. O órgão funciona atualmente por uma decisão liminar da Justiça Federal. Observa-se que o Subcomitê de Prevenção à Tortura (SPT) visitou em fevereiro deste ano o país pela terceira vez para avaliar a pauta de combate à tortura.

Embora o modelo inquisitorial e autoritário de processo penal e de atuação das autoridades constituídas perante o combate à tortura não seja o que preceitua a Constituição Federal, infelizmente é o que vem sendo aplicado na prática.

Assim, muito bem explanou o tema o Papa Emérito Bento XVI, expondo justamente o que obriga a nossa ordem constitucional: “Aconselho às autoridades públicas que estejam atentas, evitando todos os meios de castigo ou correção que degradam a dignidade humana e reitero que a proibição da tortura não pode ser infringida em nenhuma circunstância”.¹⁰⁰

Como sabido, o Código de Processo Penal brasileiro foi editado em 1941, durante a época do governo de Getúlio Vargas, em governo autoritário. Além disso, tem nítida feição inquisitorial, tendo sido baseado no Código de Processo Penal Italiano de 1930, que era uma legislação de índole autoritária e fascista.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, vários dispositivos do Código de Processo Penal tornaram-se inconstitucionais, e por isso também foram necessárias diversas alterações legislativas.

Consagrou-se, então, a necessidade de implementação de um modelo de processo penal que atendesse aos valores de cidadania e democracia presentes na Constituição de 1988.

Nesse modelo ideal, deve-se o respeito ao devido processo legal, em que a prova deve ser produzida em juízo, sob o contraditório e a ampla defesa; a presunção de inocência deve ser amplamente observada; a inadmissibilidade absoluta de provas

¹⁰⁰ XII Congresso Mundial da Comissão Internacional da Pastoral nas Prisões. **Descobrir o rosto de Cristo em cada detido**. Roma, Itália. 6 de setembro de 2007.

ilícitas, como a tortura; a imparcialidade do juiz; e o respeito às demais garantias processuais penais e direitos humanos fundamentais.

Em nosso entender, a audiência de custódia foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro para dar concretude ao processo penal disposto na Constituição da República, ou ao menos, tentar torná-lo mais humano e garantista, em atenção à presunção de inocência.

Caso contrário, os atores do sistema de justiça criminal tornar-se-ão meros reprodutores de autos de prisão em flagrante, contribuindo para injustiças e desrespeito aos direitos humanos e ao Estado Democrático de Direito.

No momento da prisão em flagrante delito sequer há ação penal e, portanto, é um momento em que deve prevalecer o princípio da presunção da inocência e a garantia, respeito e efetivação dos direitos inerentes à pessoa humana, e, ainda, necessário ouvir o que o detido tem a dizer.

Portanto, mesmo com a introdução das audiências de custódia, caso os operadores do direito não voltem sua atuação ao modelo de processo penal imposto constitucionalmente, que é um modelo garantista, humanista e em que prevalece a presunção de inocência, elas não poderão cumprir com as finalidades para as quais foram criadas.

Dessa maneira, mesmo após diversas mudanças de legislação, novos entendimentos do Supremo Tribunal Federal e introdução de novos institutos, o modelo inquisitorial que deu início ao nosso Código de Processo Penal, e que, portanto, ainda está enraizado no ordenamento jurídico, principalmente nos operadores do direito, prevalecerá se não houver uma mudança de atuação dos atores de justiça criminal.

Se aplicada corretamente, a audiência de custódia certamente contribuirá para a concretização da ampla defesa e do contraditório, para a revogação de prisões ilegais, ou até mesmo desnecessárias, e para o combate à tortura, que muito tem ocorrido.¹⁰¹

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Série IDP). p. 667-668: “Nesse aspecto, a apresentação convizinha

Para que um processo penal seja efetivamente contraditório, e atenda ao Estado Democrático de Direito e ao que preceitua a Constituição da República, necessário se faz que a gestão da prova, em sentido amplo, se dê através de um juiz imparcial, evitando-se práticas autoritárias perversas, que privilegiam a condenação de inocentes em detrimento da absolvição de algum eventual culpado.¹⁰²

Assim, o material documentado pelo auto de prisão em flagrante delito, de índole inquisitorial, deve ser atenta e cuidadosamente analisado na audiência de custódia em conjunto com a apresentação do detido e de suas declarações, e não como um material que deve ser obrigatoriamente validado para permitir uma ação penal, mas como um ato sujeito ao controle judicial para preservação das garantias da pessoa humana. Ademais, após o relato da tortura ou maus-tratos sofridos, deve haver o encaminhamento para profissional especializado no tema realizar a perícia, nos termos do Protocolo de Istambul, caso ela ainda não tenha sido realizada.¹⁰³

do preso ao juízo concretiza o direito de ampla defesa e de contraditório do acusado, evitando-se a perpetração desarrazoada de restrições à sua liberdade individual. [...]

No direito pátrio, a execução dessas audiências tem sido obstada por limitações operacionais inerentes ao Poder Judiciário. Essas dificuldades, no entanto, não são suficientes para negar aplicabilidade a um instituto de tamanho relevo constitucional. [...]

Em determinados delitos, no entanto, a realização da audiência de custódia afigura-se tão imprescindível para a preservação dos direitos do acusado que não há como simplesmente se aguardar o desenrolar de soluções legislativas. É o que ocorre com o crime de porte de entorpecentes, definido no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Especialmente entre a configuração do porte pessoal e a caracterização do tráfico de drogas. Verifica-se ainda um protagonismo exacerbado da autoridade policial no enquadramento jurídico do delito, o que em muitas hipóteses pode levar ao cerceamento indevido de liberdades individuais. Dadas essas peculiaridades, a regulamentação da matéria mostra-se mais premente. [...]

Trata-se de importante mecanismo de controle de legalidade das prisões em flagrante, prevenindo-se prisões ilegais e até torturas no ato da prisão, situações constatadas nos mutirões carcerários realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e constantemente noticiadas pela imprensa”.

¹⁰² RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 96: “A história já mostrou os prejuízos de tal ideologia reversa e perversa. Mais do que nunca, deve-se preservar a conquista de um Estado de base democrática, regido pelo sistema acusatório, que garanta condições de imparcialidade ao julgador. Somente por meio dessa concepção é que se estará livre de práticas autoritárias irreversíveis”.

¹⁰³ VALENÇA. Manuela Abath. Audiências de custódia e laudos periciais: a tortura será punida? *In: Audiências de custódia no Brasil: a prática em debate*. Salvador-BA. 2022. p. 222: “Portanto, para um relato sobre tortura ou maus-tratos chegar a ser registrado, precisará ser ouvido por um profissional que considere grave essa problemática e que acolha o relato do custodiado, independentemente de ele estar cabalmente comprovado ou não, afinal, na audiência de custódia não será processado e julgado o policial eventualmente envolvido na ocorrência, mas apenas registrado e encaminhado o caso para apuração.”

2.2 Da proibição absoluta da tortura e da obrigação do Poder Público de apurar essa prática

Diante da proibição absoluta da tortura e dos tratamentos desumanos, cruéis e degradantes, cabe aos governantes de um Estado Democrático de Direito formularem políticas públicas que implementem a completa e eficiente apuração de tais práticas, seja fornecendo meios para todas as esferas do Poder Público, seja incentivando tais apurações.

Há contextos políticos autoritários em que o Poder Público, em todas as suas esferas, inclusive o Poder Judiciário e o Ministério Público, sem independência, não têm por objetivo apurar a tortura e implementar planos de atuação e de incentivo nesse sentido no âmbito dos poderes constituídos, seja protegendo torturadores, seja omitindo-se no seu dever de agir de maneira contrária. Ai, não estamos diante de um Estado Democrático de Direito, mas sim de um Estado Autoritário.

Nesse sentido, cabe também aos Governos dos Estados da Federação, como órgãos superiores e dirigentes do Poder Executivo e das Polícias implementar medidas para o combate à tortura, e não se omitir quando sabem que as polícias utilizam de práticas ilegais de tortura.

Em importante trabalho sobre o tema da tortura, intitulado “Polícia e Tortura no Brasil, conhecendo a caixa das maçãs podres”, Marcelo Barros¹⁰⁴ expõe que a prática corriqueira da tortura no nosso país não é meramente uma herança da ditadura, ou uma ação individualizada de profissionais que se desviam da eticidade e liceidade de seus deveres funcionais.

O autor explora e compara a problemática da tortura no âmbito da polícia civil como uma caixa das maçãs podres, em que alguém tem o poder de controlá-la, e que as maçãs saudáveis (policiais civis e delegados de polícia que não praticavam a tortura) são contaminadas pelas outras, por diversos fatores, estudados pela psicologia social, dentro da instituição, como: desejo de integração; influência do companheiro de trabalho; poder hierárquico; justificativas ou “racionalizações” (ex.: fazer a justiça à

¹⁰⁴ BARROS, Marcelo. **Polícia e tortura no Brasil: conhecendo a caixa das maçãs podres**. Curitiba: Appris, 2015.

vítima e seus familiares, dar mais segurança à sociedade, combater a criminalidade, cumprir com o seu dever, etc.); desindividualização (ex.: indiferença dos que são contra a tortura diante de tantos torturadores e também a utilização de capuzes, retirando a identidade própria do torturador, como se fosse outra pessoa na prática do ato proibido); desumanização; machismo; pressão por resultados (ex.: não importa se houve tortura ou não, o importante é o resultado); e processos organizacionais na polícia que ajudam a perpetuar a tortura (ex.: a iniciação dos novos profissionais não por métodos oficiais, como um manual ou procedimentos predeterminados, mas através de rituais, a exemplo dos hábitos e costumes dos mais velhos, ainda que ilegais, e servem como um “manual de sobrevivência”).

Não bastasse, a tortura não é impeditiva para a ascensão profissional, pelo contrário, torna-se um ponto considerado positivo caso renda resultados, e assim, dentro de uma ótica de custo-benefício, seria algo que vale a pena, sendo essa uma verdadeira crença de muitos que integram a polícia civil.¹⁰⁵

Infelizmente a tortura é uma prática comum dentro da polícia brasileira, e diante da relevância e realidade dos relatos de vários integrantes da polícia, que acompanharam de perto as práticas torturantes, sob o anonimato, citados pelo autor acima mencionado, permitimo-nos transcrever alguns deles¹⁰⁶, que causam perplexidade naqueles que creem na proibição em tese da tortura, já que demonstram práticas das mais diversas e repugnantes, que não traduzem nenhum sentimento mínimo de humanidade:

Após toda essa série de tortura o suspeito, mesmo sendo o autor, conseguiu, heroicamente, sofrer todo esse tipo de agressão sem fraquejar. Realmente, aguentou a tudo e todos, todas as agressões sofridas sem confessar, o que seria o intento maior. Esse fato dele não confessar inclusive levou a uma suspeita que já não havia mais, face aos inúmeros elementos de prova obtidos durante todo o inquérito. Então chegamos realmente a desconfiar que todo o trabalho tinha ido por água abaixo, porque depois de todas as torturas que foram praticadas não ter surtido efeito... E aí, retornamos, com ele, e jogamos na rua como se joga um saco de lixo, e deixamos ele na rua, se morresse,

¹⁰⁵ BARROS, Marcelo. **Polícia e tortura no Brasil: conhecendo a caixa das maçãs podres**. Curitiba: Appris, 2015. p. 109-110: “Também chama a atenção a crença de que, se praticassem a tortura, poderiam ascender na carreira mais rápido. Ainda que a maioria reconheça que a ascensão profissional depende do ‘resultado’ obtido torturando (ou não), todos têm bastante claro que o fato de torturar não será um impeditivo para ascender, desde que produza resultados. [...] À pergunta ‘Conhece alguém que sendo conhecido pela prática habitual da tortura ainda assim foi ascendido, elogiado ou é muito reconhecido pelos companheiros?’, dez de onze entrevistados informaram conhecer casos assim.”

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 221-236.

morresse, porque naquele momento a cegueira do ato insano levou a não ter respeito sequer pela vida humana. Jogamos no meio da rua a toda sorte e ele conseguiu escapar. (C14, informação verbal).

Então fomos ao local e prendemos quatro. Então fomos para uma fazenda nos arredores de [...], onde um político conhecido da gente tinha vários bichos em casa, certo, e ele tem uma cobra, ele diz que é uma rainha o tipo de cobra. Uma cobra venenosa que ela fica em um quadrado de madeira e tem uma parte lá na frente que é de vidro, um vidro grosso, [...] e lá, numa das dependências da fazenda, todos os policiais encapuzados e ele foi colocado sentado na cadeira, amarrado, certo, e o pé ia ser colocado dentro da caixa. A gente deu duas tapas com uma paletazinha na cobra ela toma posição de ataque, inclusive muito bonito mesmo, porque ela se enroscava, se preparava e as duas presas ficavam salivando de raiva, e foi colocado o pé, e ele tava com pedra de dominó dentro da boca, várias pedras de dominó dentro da boca (para não gritar). Nem podia falar, nem impedia a respiração. Se botar pano chega um momento que ela cansa e a respiração com pano molhado tampa a respiração, deixa ele sem ar e pode até morrer sem dar a informação. (mais detalhes da eficiência do dominó), mas o desespero e o pânico dos outros, certo, então quando viu a cobra não acreditou e ele foi mordido pela cobra. E foi observado que cinco a dez minutos ela dizia não tá enxergando mais, certo. Não enxergava e percebeu-se que ele tava com febre alta. E o segundo, vendo tudo isso, não resistiu, viu que não era brincadeira, e disse que as armas tinham participado do assalto e que todas as armas estavam guardadas perto do (mais detalhes de onde estavam as armas e como foram recuperadas). E foi tudo recuperado, inclusive de vários outros assaltos, foi uma apreensão boa, foi passado para as autoridades. Eles foram autuados em flagrante. O que foi mordido pela cobra foi hospitalizado, não chegou a morrer na hora, estourou o corpo todinho, ele foi hospitalizado. Foi dito que ele fugou na mata (e então foi picado), a mata realmente é grande, é perigosa. Foi dito que ele fugou e ele hospitalizado, mas ele morreu recebendo atendimento. Ele morreu. Os outros, teve a irmã e a mãe de dois deles que estavam no local, foram presas também, mas em negociação, certo, eles preferiram para não indiciar a mãe e nem a irmã do outro, preferiram que soltassem elas que eles não falariam nada sobre a tortura, foi negociado, foi dito que eles foram presos com as armas mas não tinha também imagens deles pois eles estavam encapuzados, e então vai dizer que vocês estavam com as armas, mas o advogado de vocês vai defender dizendo que não eram vocês. Então eles aceitaram, foram presos e autuados pelo porte das armas e um morreu no hospital e eles já estão todos soltos, roubando de novo, porque já apareceram algumas imagens (mais detalhes). (C15, informação verbal).

A tortura praticada por policiais, de maneira generalizada, além de ofender a vítima do crime em si, atenta contra toda a coletividade, já que se nega valores à dignidade humana e aos direitos humanos, em contrariedade a um Estado Democrático de Direito.

Destarte, ao contrário de uma prática que deva ser incentivada dentro do âmbito das polícias, ainda que de maneira informal, deve ser prevenida, coibida e punida, sob pena de se negar vigência a um ordenamento jurídico democrático, e à própria legislação estabelecida.

2.3 Da seletividade no sistema de justiça criminal brasileiro, visível pelas audiências de custódia

Na América Latina, desde a importação das leis espanholas para definir o que era delito, bem como quais penas seriam cominadas, e a adoção do modelo anglo-saxão em relação ao cumprimento de penas nas penitenciárias¹⁰⁷, as ciências penais vêm tentando amoldar-se à realidade do hemisfério sul, mas ao mesmo tempo vinculadas ao pensamento das chamadas nações capitalistas hegemônicas.

O sistema penal evoluiu para envolver uma justiça penal que acaba por reproduzir a realidade social de desigualdade social, como no campo escolar, em que os menos favorecidos ou estão à margem do sistema educacional fundamental ou estão em escolas públicas, e nas universidades públicas, por outro lado, estão presentes aqueles que passaram pelo ensino fundamental privado.

Ou seja, desde o direito penal abstrato, entendido este como criminalização primária, reflete-se o conjunto de valores da cultura burguesa-individualista, ao tipificar e permitir a punição de delitos que atingirão aquelas pessoas já socialmente desamparadas e à margem da comunidade.¹⁰⁸

Já no processo de criminalização secundária, cria-se um segundo código social para perpetuar as desigualdades das relações sociais e preservação das hierarquias de poder existentes na comunidade. Assim, por exemplo, em uma mesma situação fática, ou seja, em condições iguais, uma pessoa marginalizada pode ser punida, ao passo que uma que se situa em um patamar superior será absolvida.

¹⁰⁷ OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 170-171: “Nossas ‘minorias ilustradas’ acolheriam leis espanholas para definir o que era delito e as penas a serem impostas, mas o lugar do cumprimento das condenações deveria ser similar ao modelo anglo-saxão, quando não se copiava o sistema anacrônico europeu de expulsar os delinquentes do território nacional. Neste campo, refletem-se também nessas contradições e deformações, assim como a heterogeneidade característica de nossas sociedades dependentes: mistura-se a ‘ciência jurídica’ europeia à ‘técnica de tratamento’ norte-americana, mas adaptando-as e deformando-as para torná-las mais racionais ao contexto latino-americano”.

¹⁰⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021. p. 176: “O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. [...] As mahas dos tipos são, em geral, mais sutis no caso dos delitos próprios das classes sociais mais baixas do que no caso dos delitos de ‘colarinho branco’. Estes delitos, também do ponto de vista da previsão abstrata, tem uma maior possibilidade de permanecerem imunes.

Carolina Costa Ferreira bem demonstrou esse processo de criminalização secundária, através de pesquisa empírica realizada em relação aos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil, entre os anos de 2006 até 2007, demonstrando a seletividade existente que é baseada em um sistema de estratificação social, em que as pessoas privilegiadas, no caso, os funcionários públicos, são menos atingidos pelo sistema de justiça criminal, em relação aos excluídos socialmente, que respondem por furtos e roubos. Trata-se de uma pesquisa densa e bastante completa, já que analisou 564 (quinhentos e sessenta e quatro) decisões judiciais proferidas pelos 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais do Brasil, e corresponde a dados sólidos e objetivos, além de bem analisar a questão dos discursos judiciais para perpetuação da seletividade.¹⁰⁹

A autora concluiu, nesse sentido, que os crimes contra o patrimônio representaram, no período de pesquisa, 65,4% do total das decisões analisadas, ao passo que os crimes contra a administração pública significaram 27,8%.

Além disso, nos crimes contra o patrimônio, em 58,4% das decisões, que foram condenatórias (308 - trezentos e oito - ao todo), não houve reforma da sentença. Já nos crimes contra a administração pública, a situação foi invertida, ou seja, os Tribunais reformaram 61,7 % dessas sentenças.

Quanto às absolvições, foi verificado que os Tribunais Regionais Federais absolveram 31,2% dos casos envolvendo crimes contra a administração pública, e no que toca aos crimes contra o patrimônio, o índice de absolvição foi de quase 9%.

Relativamente à cominação da pena-base, ela foi fixada no máximo, ou acima do máximo, em 11% dos casos, no caso dos crimes contra o patrimônio quando havia concurso, enquanto nos crimes contra a administração pública, a pena-base foi fixada no mínimo ou abaixo do mínimo legal em 44,1% dos casos analisados.

Ademais, em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, o regime fechado é aplicado em 51,6% dos casos quando se trata de crimes contra o patrimônio, sendo que em relação aos crimes contra a administração, o regime aberto é escolhido

¹⁰⁹ FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil**. 2010. 244 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

em 74,8% dos casos. Igualmente em relação à substituição da pena privativa de liberdades por restritiva de direitos, ela é bem mais aplicada nos crimes contra a administração pública (64%), do que nos crimes contra o patrimônio (não chegou a 30%).

Nessa mesma pesquisa, ainda se registrou a utilização de discursos pelos juízes com a finalidade de diferenciar as pessoas boas, que seriam os honestos, das pessoas ruins, que seriam os ladrões.

Na audiência de custódia, ao tempo em que a pessoa detida é apresentada perante o juiz, a seletividade do sistema de justiça criminal brasileiro também se torna ainda mais visível, evidenciando, desde o primeiro momento de ação do sistema de justiça criminal, sua aplicação direcionada a pessoas pobres, pretas, marginalizadas e com algum tipo de vulnerabilidade social. Os crimes mais comuns, notadamente naqueles casos de prisão em flagrante delito, também ficam mais evidenciados com base nas audiências de custódia, sendo eles os crimes contra o patrimônio, tráfico de drogas, crimes do estatuto do desarmamento, crimes de trânsito, crimes contra a pessoa e corrupção de menores.

André Pereira Crespo realizou um levantamento no âmbito do Distrito Federal dos dados percentuais globais dos tipos penais, nas audiências de custódia, no período de 01/2016 até 06/01/17, confeccionando a **Tabela 3**.

O autor também, durante pesquisa de campo realizada, constata em dados que no âmbito do Distrito Federal, entre os meses de abril e setembro de 2019, a maioria das pessoas que passavam pelas audiências de custódia eram homens, jovens, negros, solteiros, e vulneráveis socialmente de alguma maneira, sendo que apenas 28% representavam pessoas brancas.¹¹⁰

O problema da seletividade no sistema de justiça criminal é de âmbito nacional, atingindo todo o território nacional, e está presente desde a abordagem policial, passando pelas prisões provisórias e chegando nas condenações, conforme bem demonstra relatório realizado pelo IDDD.¹¹¹

¹¹⁰ CRESPO, André Pereira. **Audiências de custódia no Distrito Federal: arranjos institucionais e práticas do sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 200.

¹¹¹ INSTITUTO DE DIREITO DE DEFESA. **Direito de Defesa em Foco. Relatório de Impacto 2019**. p. 24: “E é injusto. Os privados de liberdade no Brasil têm sexo, cor, faixa etária, escolaridade e

Tabela 3 — Tipos penais nas audiências de custódia – jan. 2016 a 6 jan. 2017

Principais tipos penais (e suas formas e/ou c/c outros crimes)	Total de casos por tipo penal	Total de prisões	Total de liberdades	% de prisões	% de liberdades
Roubo	2431	1933	498	80%	20%
Furto	1605	613	992	38%	62%
Art. 33, Lei n° 11.343/06 - tráfico	1525	1000	525	66%	34%
Lei Maria da Penha	1057	316	741	30%	70%
Receptação	746	278	468	27%	63%
Estatuto do desarmamento	660	324	336	49%	51%
Crimes de trânsito	613	38	575	6%	94%
Lesão corporal	257	59	198	23%	77%
Sem informação	236	93	143	39%	61%
Homicídio	226	200	26	88%	12%
Corrupção de menores	161	118	43	73%	27%
Outros	882	301	581	34%	66%
TOTAL	10.399	5.271	5.126		

Fonte: CRESPO, André Pereira. **Audiências de custódia no Distrito Federal: arranjos institucionais e práticas do sistema de justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 45.

2.4 Implementação de um processo penal mais humanista

A Constituição Federal, ao instituir uma ordem democrática e prever um vasto rol de direitos e garantias processuais penais, demanda a construção de novas práticas e principalmente da construção de uma dogmática própria, à luz do que é enunciado pelo texto maior.

provêm de territórios e estratos sociais específicos. Os negros ali são sobrerrepresentados: são 66% contra 33% de brancos. Apenas 12% dos presos têm escolaridade que ultrapassa o ensino médio incompleto e 95% deles são homens. O cárcere, no entanto, é apenas uma das muitas camadas da seletividade da Justiça criminal, que incluem as abordagens policiais nas ruas, as prisões provisórias ilegais, o acesso limitado à defesa e, por fim, as condenações - que vêm cancelar toda essa cadeia de distorções”.

Ou seja, é necessária a implementação de uma interpretação do código de processo penal, enraizado pela inquisitorialidade e pelo autoritarismo, conforme a Constituição Federal.

Por isso, o processo penal, como um instrumento para o exercício do poder punitivo estatal, deve ser exercido de modo a proteger e garantir as liberdades individuais, simultaneamente.

Assim, a instrumentalidade do processo não pode ser vista e utilizada apenas como um argumento retórico para justificar práticas autoritárias e neoliberais em nome da segurança pública estatal, em ofensa ao princípio da presunção de inocência e às garantias processuais penais.

É inadmissível, assim, a invocação da instrumentalidade do processo para tais finalidades, como por exemplo rebaixar o *standard probatório* em determinados tipos de crimes, distribuição equivocada do ônus da prova para a defesa nos casos de excludentes de ilicitude, e perpetuação da validade de atos ilegais, viciados por nulidades que causam prejuízos à pessoa humana.

Aliás, a finalidade do processo penal, é também, e em igual medida à segurança pública, garantir as liberdades individuais, já que as suas consequências são muito gravosas e irreversíveis.

Em coletânea escrita em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho, Rogério Schietti Cruz fixou cinco premissas, para fins didáticos, como sendo as bases estruturais e ideológicas de um processo penal civilizatório, sendo elas: 1) o sistema de justiça criminal deve conciliar a necessidade de tanto proteger o acusado contra abusos à sua liberdade, quanto punir condutas criminosas com a máxima eficiência; 2) as normas processuais devem ser independentes e ontologicamente justas, posto que instrumentais; 3) o processo penal se estrutura sob a égide do princípio do *favor rei*; 4) a clara divisão de papéis dos sujeitos processuais; e 5) concepção humanista da função punitiva estatal.¹¹²

¹¹² CRUZ, Rogério Schietti. Algumas premissas para um devido processo penal. In: MALAN, Diogo et al. (org.). **Processo Penal humanista: escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 317-348.

Destarte, para garantir-se o devido processo legal, ancorado nos princípios do contraditório e da ampla defesa, deve ser observada não só a devida persecução administrativo-disciplinar de maneira eficiente e em tempo razoável, como também a plenitude dos direitos de defesa do processado, que deve ter ciência de todo o material disponível para a decisão e meios para contraditá-la, além da observância das demais garantias processuais penais inerentes à pessoa humana.

O adequado trâmite processual penal democrático e humanizado é indissociável da observância das garantias processuais penais e do princípio da presunção de inocência, de modo que a averiguação de sua liceidade deve ter como parâmetro justamente a adequada observância do ordenamento jurídico, seja nos casos em que há elementos para processamento de uma ação penal, seja quando há ausência de justa causa para tanto.

No momento da audiência de custódia, é quando o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado em sua extensão máxima, ou seja, a regra de tratamento processual, como um direito subjetivo de o sujeito ser tratado como inocente deve prevalecer, tornando-se exceção as medidas que seriam aplicáveis a uma pessoa já condenada, e o objetivo principal é o de garantir e preservar a integridade física e psíquica da pessoa detida.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal houve por bem, no bojo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54, ampliar a extensão dos efeitos da presunção de inocência ao trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, em interpretação conforme a Constituição Federal, no bojo de acórdão plenário publicado em 12/11/2020.

A presunção de inocência, como regra probatória, em um processo penal democrático e humanizado, tem como pressuposto de que a produção de provas deverá respeitar as normas de distribuição do ônus da prova, cabendo, por exemplo ao Ministério Público provar inclusive a inexistência de causas de exclusão de ilicitude aventadas pela defesa.

Rogério Schietti Cruz propõe, para uma concepção humanista da função punitiva estatal, que haja uma mudança da postura da sociedade como um todo em relação ao processo penal, para que ele seja menos autoritário e mais respeitoso. Assim,

expõe o autor que o processo penal só pode ser considerado moderno e democrático quando o acusado é alçado à posição de protagonista da atividade processual, com voz ativa perante o juiz. Registra que cabe também ao Ministério Público a parcela da responsabilidade para humanizar o processo penal, já que tem funções constitucionais de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos, dos serviços de relevância pública e dos demais direitos assegurados constitucionalmente, devendo, portanto, agir com objetividade, em homenagem à verdade e à justiça. Por fim, ressalta que os juízes devem conduzir o processo criminal com base na Constituição e nas leis, de modo independente, e sem ceder a reações abusivas de setores hegemônicos e de setores de imprensa irresponsáveis.¹¹³

Zaffaroni chama a atenção para um modelo em que os juízes perdem a independência e os políticos, na tomada de decisões de política criminal, cedem aos grupos dominantes, em um sistema neoliberal, que chama de totalitarismo financeiro, em prejuízo da população mais desabastada, aumentando as prisões provisórias.¹¹⁴

Ricardo Jacobsen Gloeckner, por sua vez, enumera, de maneira esquematizada, dezesseis pontos antidemocráticos que caracterizam o mapa processo penal autoritário, e que, em sua visão, devem, portanto, serem problematizados em conjunto.¹¹⁵

Dentre esses pontos trazidos, aqueles que reputamos ser de maior importância e relevância prática são aqueles relativos às concepções que devem ser dadas ao processo, à jurisdição e à decisão no processo penal brasileiro, de modo a adequá-las aos direitos humanos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, de modo a evitar-se a utilização de concepções e fundamentos em desacordo com o que estabelece a Constituição Federal, e portanto equivocados, por partirem de uma lógica invertida.

¹¹³ CRUZ, Rogério Schietti. Algumas premissas para um devido processo penal. In: MALAN, Diogo et al. (org.). **Processo Penal humanista: escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 317-348.

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financiero**. Quito, ECU: Ediar, 2019. p. 149: “Los jueces – al igual que los políticos – temen al linchamiento mediático de los monopolios, lo que incide en el aumento de la prisionización, en razón de la antes mencionada difusión de la prisión preventiva (presos sin condena)”.

¹¹⁵ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital. p. 76-82.

Assim, o processo penal não pode ser tratado apenas como um instrumento para obter-se a aplicação de pena à pessoa acusada, mas sim, para obter uma finalidade maior, que é o resultado da justiça, e desde que devidamente observadas as garantias processuais penais correlatas e os demais direitos humanos fundamentais, fora de um espaço enviesado de práticas autoritárias e inquisitivas.

A jurisdição também não deve se resumir ao conceito de poder estatal de poder-dizer o direito ao final da lide, entendida apenas como um embate entre o órgão estatal, representado pelo Ministério Público e por outro lado o acusado, porque não o é. Destarte, não é correto afirmar que há lide no processo penal, porque não há interesses conflitantes em jogo, de modo que o investigado, e posteriormente acusado do processo penal, deve sempre ser tratado conforme um sujeito de direitos, respeitando-se o princípio da presunção de inocência em um ambiente respeitador de garantias fundamentais.

Finalmente, a decisão judicial no Estado Democrático de Direito deve ser efetivamente imparcial, e para que isso se concretize, é essencial a observância das teorias psicológicas da dissonância cognitiva e da tendência confirmatória, ganhando relevo a figura do juiz de garantias em separado do juiz da instrução processual penal e da sentença. Além do mais, o conteúdo decisório deve estar estritamente conforme o ordenamento jurídico constitucional, ainda que produza decisões contramajoritárias não sendo suficiente a mera fundamentação jurídica, evitando-se assim decisões politizadas e midiáticas, em sua maioria com caracteres policialescos.

Alerta, ainda, o autor, sobre a necessidade de efetivo controle judicial sobre o material produzido em sede policial, evitando-se as fórmulas genéricas da instrumentalidade do processo e da presunção de regularidade dos atos administrativos na esfera processual penal, dada à hipossuficiência da pessoa detida e suspeita e à invalidade das provas ilícitas, como a tortura, por exemplo, que deverão, portanto, serem desentranhadas dos autos.¹¹⁶

¹¹⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital. p. 427-428: “Finalmente, para efeitos processuais penais é absolutamente inadequada a fórmula da presunção de validade ou regularidade dos atos da administração, o que em muitos casos tem servido de fundamentos para negar o respectivo controle daquela atividade. Até mesmo pela hipossuficiência do investigado/acusado, seria manifestamente contraproducente exigir e onerar-lhe com uma carga probatória da irregularidade suscitada. Assim, a carga probatória seguiria os

Há algumas práticas que devem ser abolidas do sistema processual penal brasileiro, como por exemplo, as buscas e apreensões e ingresso em domicílio realizados sem o cumprimento dos requisitos legais e a prática de *fishing expeditions*. Nota-se que, em muitos casos, as práticas de tortura, de tratamentos cruéis, degradantes e humilhantes têm início com essas condutas.

Há ainda que ressaltar a prática recorrente de *fishing expeditions* no âmbito do processo penal inquisitório e autoritário, que consiste nas expedições de pesca probatória, ou seja, procura-se, especulativamente, de maneira genérica, e sem um alvo objetivamente definido, elementos de prova para incriminar alguém.

Trata-se de prática em que há inversão de valores, ou seja, sem que haja indício de materialidade e de autoria de algum crime, utilizando-se do discurso de combate ao crime e proteção da sociedade, viola-se inicialmente os direitos fundamentais da pessoa humana, como por exemplo, a intimidade, privacidade, inviolabilidade de domicílio, liberdade etc. para tentar achar algum elemento de crime, às vezes encontrando, e muitas vezes não. Ademais, trata-se de conduta que viola a boa-fé que deve nortear as relações entre os particulares e entre estes e o Poder Público, já que em muitos casos, há comparecimento espontâneo da pessoa para prestar esclarecimentos, ou até mesmo a autorização para entrada em domicílio.

É, portanto, uma prática que deve ser vedada e conduzir à nulidade da prova, já que a sua proibição é corolário lógico da garantia contra a autoincriminação¹¹⁷ (*nemo tenetur se detegere*)¹¹⁸, porque ninguém pode ser coagido a produzir prova contra si mesmo para conduzir sua própria responsabilidade penal.

mesmos passos das invalidades em geral. Basta ao investigado/acusado invocar a invalidade para que o seu não reconhecimento ingresse no campo de sustentação da acusação ou mesmo do juiz, que deve, em última instância, motivadamente, negar, mediante decisão, o reconhecimento da invalidade arguida.”

¹¹⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. A prática de *fishing expedition* no processo penal. **Consultor Jurídico**, 2 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>>. Acesso em: 7 jul. 2022: “A vedação ao *fishing expedition* é entendida como consequência lógica da garantia contra a autoincriminação (*privilegie against self-incrimination*). As origens históricas remontam às cortes eclesiásticas inglesas, em que, após colhido o juramento, procedia-se à investigação de acusações desconhecidas, em verdadeiro ato de pescaria (equivalente ao juízo final). Premida pelo juramento, a vida da pessoa era escrutinada. As garantias constitucionais colocam barreiras às práticas ilegais, embora os agentes oportunistas se valham das ‘brechas’ legais ou instrumentalização dos institutos processuais”.

¹¹⁸ Artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Nesse caminho, observa-se que a garantia contra a não autoincriminação também é fundamento para a ilicitude da prova decorrente de declaração prestada sob tortura, além do que, qualquer tipo de declaração prestada sob coerção é de nula fiabilidade, porquanto a pessoa que é torturada, ou submetida a maus-tratos é capaz de alegar qualquer coisa que for sugerida a ela.

Alexandre Morais da Rosa observa que a fim de impedir as expedições de pesca probatória, deve haver uma exigência de prévia causa provável e finalidade definida para a busca pela prova, ao passo que para a invasão de direitos fundamentais, há cláusula de reserva de jurisdição. Cita o autor alguns exemplos da prática da *fishing expedition*:

a) busca e apreensão sem alvo definido, tangível e descrito no mandado (mandados genéricos); b) vasculhamento de todo o conteúdo do celular apreendido; c) continuidade da busca e apreensão depois de obtido o material objeto da diligência; d) investigações criminais dissimuladas de fiscalizações de órgãos públicos (Receita Federal, controladorias, Tribunais de Contas, órgãos públicos etc.); e) interceptação ou monitoramento por períodos longos de tempo; f) prisão temporária ou preventiva para ‘forçar’ a descoberta ou colaboração premiada ou incriminação; g) buscas pessoais (ou residenciais) desprovidas de ‘fundada suspeita prévia e objetiva’; e, h) quebra de sigilo (bancário, fiscal, dados, etc.) sem justificativa do período requisitado.¹¹⁹

O Supremo Tribunal Federal aplicou, no julgamento do HC 201965¹²⁰, o entendimento de que a prática *de fishing expeditions* conduz à nulidade da prova, relativamente à produção de relatórios financeiros sem a devida investigação prévia.

Em outro caso, o Supremo Tribunal Federal também assentou o entendimento da ilicitude das provas baseadas e derivadas em *fishing expeditions*, consistente na busca genérica de provas para fundamentar ações penais, em caso que envolvia a inviolabilidade de escritórios de advocacia. No caso julgado, houve a expedição de

Art. 8.2. g: da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.”

¹¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. A prática de *fishing expedition* no processo penal. **Consultor Jurídico**, 2 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **HC 201965**. Relator Min. Gilmar Mendes. Publicação: 28/03/2022: “Processo penal. Alegação de nulidade de relatórios de inteligência financeira (RIFs) e de procedimento investigativo. Produção de RIFs a pedido sem a prévia instauração de investigação. Realização de diligências pelo COAF junto a bancos. Violação às regras estabelecidas pelo STF no RE 1.055.941/SP (tema 990 da repercussão geral). Prática de *fishing expedition*. Instauração de investigação sem prévia autorização e supervisão pelo Tribunal competente. Ordem concedida para declarar a nulidade de relatórios de investigação financeira e a imprestabilidade, em relação ao paciente, dos elementos colhidos em procedimento investigativo.”

mandados de busca e apreensão genéricos, amplos e sem objetividade, violando-se, inclusive as prerrogativas inerentes ao exercício da profissão da advocacia, como instituição essencial à administração da justiça. Segundo o firmado pela Corte Suprema, houve a tentativa de se criminalizar a própria advocacia, de maneira ampla.¹²¹

2.5 Controle judicial efetivo das prisões em flagrante delito

Embora o Código de Processo Penal de 1941 tenha feições inquisitórias e autoritárias, e tenha sido elaborado em período não democrático, as práticas policiais sem controle judicial remontam a um período histórico anterior.

Manuela Abath Valença realizou um estudo das práticas policiais no Recife – Pernambuco, no final do século XIX e início do século XX, e constatou a existência de uma polícia que atuava de maneira livre e soberana, e por isso a expressão “soberania policial”.¹²²

Essa polícia visava realizar o controle da população preta no período, atuando em casos de contravenções penais naquele setor social, como uma polícia ordeira, moral e política, o que incluía também locais de prostituição e movimentos operários. Nesse sentido, a pesquisa demonstrou que no ano de 1912, no Recife, tanto os crimes

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação 43.479/RJ**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 27 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757985124>. Acesso em: 6 jul. 2022: “Reclamação. Penal e Processo Penal. Pedido de adiamento formulado pela PGR. Indeferimento. Preliminar de ilegitimidade ativa dos Conselhos Seccionais da OAB. Art. 44, I e II, c/c art. 49 e art. 57, do Estatuto da OAB. Legitimidade das Seccionais da OAB para ajuizar reclamação em defesa dos interesses concretos e das prerrogativas de seus associados. Alegação de violação à competência do STF. Ausência de demonstração. Pedido de declaração da incompetência do juízo reclamado. Supostos crimes envolvendo entidades do “sistema S”. Competência da Justiça Estadual. Súmula 516 do STF. Ausência de competência por conexão. Ilegalidade de busca e apreensão. Decisão genérica que autorizou a diligência contra setenta escritórios/advogados após o oferecimento de denúncia. Violação às normas do art. 240, §1º e 243, §2º, do CPP, bem como do art. 7º, II, §6º, do Estatuto da OAB. Evidente situação de fishing probatório. Nulidade da ordem de bloqueio de bens e valores expedida por autoridade incompetente. Improcedência da reclamação e concessão de habeas corpus de ofício para reconhecer a incompetência da autoridade reclamada, declarar a nulidade dos atos decisórios (arts. 564 e 567) e determinar a liberação integral dos bens e valores constrictos.”

¹²² VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX**. 2018. 245 f., il. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/31794>>. Acesso em: 7 jul. 2022

como as contravenções recaiam categoricamente nas pessoas pretas, conforme dados históricos coletados pela autora.¹²³

Apenas em um pequeno parêntese em relação às contravenções penais nos dias atuais, entende-se que a “Lei de Contravenções Penais” é inconstitucional face ao direito penal mínimo, em que esse ramo do direito deve ser a *ultima ratio*, já que se refere a infrações de reduzidíssimo potencial ofensivo, e que não só pode, como deve ser sanado por outras vias do sistema jurídico, como a esfera civil, administrativa e de saúde pública.

Além disso, embora reconhecida a sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, o Decreto-Lei n° 3.688/1941 foi editado em período ditatorial do Estado Novo, em período em que, inclusive o Congresso Nacional encontrava-se fechado.

A “Lei de Contravenções Penais”, no entanto, é muito aplicada, principalmente em cidades de menor porte ao longo do território nacional, em que representam uma parcela bastante considerável de feitos criminais em curso e, portanto, da resposta penal do Estado.

Algumas contravenções penais vêm sendo revogadas aos poucos pelo Poder Legislativo, como é o caso da mendicância (revogada em 2009), importunação ofensiva ao pudor (revogada em 2018) e de perturbação da tranquilidade (revogada em 2021). As demais contravenções tipificadas no Decreto-Lei, continuam válidas e são diariamente aplicadas.

O que se observa, no entanto, é que, atualmente, as contravenções penais constituem infrações de menor potencial ofensivo e sujeitam-se ao rito dos Juizados Especiais Criminais, o qual é disciplinado pela Lei n° 9.099/95.

Assim, embora não haja lavratura de auto de prisão em flagrante delito, há detenções de pessoas que são encaminhadas às Delegacias de Polícia, prevalecendo

¹²³ VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX**. 2018. 245 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/31794>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 141-142.

a ótica da soberania policial, já que, não há encaminhamento imediato do sujeito à autoridade policial, embora haja essa opção legal.¹²⁴

Sobre a necessidade de realização da audiência de custódia em 24 horas, contadas da detenção, ainda que durante os finais de semana, feriados e durante o recesso forense, foi estabelecida pelo STF na Reclamação 25891.¹²⁵

O não encaminhamento imediato da pessoa perante o juiz competente contribui para a manutenção de desrespeitos às garantias individuais da pessoa humana e pela perpetuação de torturas e maus-tratos. Esse mesmo raciocínio deve ser aplicado nos casos de ausência de audiência de custódia, por exemplo, nos finais de semana, em muitas localidades.

Voltando ao estudo realizado no Recife, não havia processo, decisão, contraditório, aplicação de lei escrita, cominação de pena, mas uma liberdade de atuação policial, conforme seus próprios interesses, o que incluía detenções, e liberações, a seu bel-prazer.

Essa atuação da polícia incluía inclusive contravenções que não tinham previsão legal à época, como desordens, gatunagem, averiguações policiais e detenção de “loucos”.¹²⁶ Isto é, não havia respeito ao princípio da legalidade e da tipicidade penal. Além disso, atuava na informalidade e representava um poder que não era emanado do Estado, mas da própria polícia, representando uma parcela considerável da aplicação punitiva do direito penal, com a anuência do campo jurídico. Nesse sentido, os índices de prisões/apreensões no período analisado pela obra, demonstram

¹²⁴ Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

¹²⁵ Reclamação 25891. Decisão Monocrática. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicação: 18/09/2019.

¹²⁶ VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX**. 2018. 245 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/31794>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 134.

que os de contravenção eram superiores aos crimes que seguiam o procedimento processual penal, como furto, roubo e homicídio.¹²⁷

Deveras, algumas das contravenções penais, com previsão no Código Penal de 1890¹²⁸, como a mendicância, vadiagem e capoeiragem, eram destinadas à população preta, que naturalmente estava excluída e à margem da sociedade, sem condições plenas para o exercício da dignidade humana.

Hoje, no entanto, como resquício dessas práticas, *mutatis mutandis* em relação ao cenário social e jurídico atual, houve uma transferência da gestão da miséria das contravenções penais para o crime de tráfico de drogas, conforme ensina a autora supramencionada¹²⁹.

A realidade retratada muito se assemelha à questão do tratamento do tráfico de drogas atualmente. Com efeito, uma parte considerável da resposta penal estatal refere-se a esse tipo de crime, e em muitos casos, diz respeito a abordagens suspeitas, na forma do artigo 244 do Código de Processo Penal e conta com a anuência de ingresso na residência da pessoa, o que revela prática contraditória ao sistema democrático.

Dessa maneira, cabe aos juízes e promotores de justiça que atuam em primeira instância, realizar um efetivo controle da atividade policial, a partir do momento do flagrante delito, a fim de garantir tanto a preservação da integridade física do detido

¹²⁷ VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX**. 2018. 245 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/31794>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 132.

¹²⁸ Código Penal de 1890. Artigos 391, 394, 399 e 402.

¹²⁹ VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX**. 2018. 245 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/31794>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 212: “Outra pergunta possível diz respeito à perda da centralidade das contravenções na gestão dos bairros negros e pobres. De fato, embora a Lei 9.099 de 1996 tenha permitido a reabilitação de processos por vias de fato, perturbação de sossego, desacatos, injúrias e outros imbróglios que eram antes esquecidos nas superlotadas varas criminais, o fato é que a gestão da miséria hoje se dá por outra lei, a 11.343 de 2006, a lei de drogas. No Brasil, os índices de encarceramento provisório por tráfico são alarmantes e o processo de criminalização – da abordagem às apreensões (ou aos forjados), das investigações ao processamento e à condenação – tem absoluta centralidade das figuras policiais. Afinal, são policiais militares que decidem quem é suspeito, que entra nas residências sem mandado judicial, que encaminham esses frágeis elementos a delegacias de polícia e que servem de testemunhas ao longo dos processos. Seria essa a atualização da soberania policial?”.

contra eventuais torturas e maus-tratos, como para a garantia do devido processo legal e dos objetivos da justiça.

Cabe citar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que desclassificou condenação proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo pelo crime de tráfico de drogas, para porte de drogas para uso pessoal, em caso em que houve retratação da confissão feita na polícia, e a apreensão de 1,54 gramas de cocaína, sem situação flagrante de tráfico.

Nesse julgado, o Superior Tribunal de Justiça ressaltou que a presunção de inocência não pode ser afastada por meros juízos de probabilidade, sem prova para tanto, e que o Ministério Público não pode tornar-se em mero despachante criminal de manutenção do rigor sistemático da dogmática jurídico-penal¹³⁰. Verifica-se, portanto, que o caso teve de chegar a um Tribunal Superior para fixação desse entendimento, não sendo, portanto, a jurisprudência, em regra que é aplicada nas cortes de origem.

Ou seja, não é função dos atores do sistema de justiça criminal adotar tudo o que vem da polícia, na etapa do flagrante, como sendo uma verdade para o édito condenatório final, da maneira como lavrado o boletim de ocorrência, sob pena de

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas Corpus 705.522/SP**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103593326&dt_publicacao=17/12/2021>. Acesso em: 6 jul. 2022: “6. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorra de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

[...]

8. É de considerar-se, outrossim, que do Ministério Público, instituição que, acima de tudo, se caracteriza pela função fiscalizatória do direito (*custos iuris*) espera-se mormente ante a necessidade de direcionar seus limitados recursos e esforços institucionais com equilibrada ponderação, uma atuação funcional imbuída da preocupação de que o Direito Penal é o meio mais contundente de que dispõe o Estado para manter um grau de controle sobre o desvio do comportamento humano, e que, por isso mesmo, deve incidir apenas nos estritos limites de sua necessidade, não se mostrando, portanto, racionalmente defensável que a complexidade do atual perfil de atribuições ‘converta os agentes de execução do Ministério Público em simples despachantes criminais, ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático da dogmática jurídico-penal, ademais de meros fiscais de aplicação sistemática e anódina da pena (Paulo César Busato, O papel do Ministério Público no futuro Direito Penal brasileiro. In: Revista de Estudos Criminais. Doutrina Nacional. v. 2, n. 5, p. 105-124)”.

perpetuação da soberania policial e ofensa à presunção de inocência, como regra probatória e de juízo, e ainda, com a compactuação de práticas ilegais, como a tortura e os maus-tratos.

Assim, importante que cada ator do sistema de justiça criminal, sejam poderes constituídos, sejam funções essenciais à justiça, assumam o relevante papel a eles conferidos pela Constituição Federal em atenção a um Estado Democrático de Direito.¹³¹

Um problema histórico e permanente em nossa realidade processual penal é a atuação autoritária da polícia fundada no racismo estruturante e na violência, e a legitimação dessa forma de exercício pelos setores sociais, jurídicos e políticos, como resposta estatal.

Felipe da Silva Freitas, em profundo estudo sobre o tema, classificou essa atuação das polícias como fundada em um chamado mandato policial, que se caracteriza como uma delegação política e jurídica para o uso da força, tendo como elemento fundamental o racismo estruturante, que é produzido também por força de interações culturais e sociais, como as experiências sociais (memória coletiva), autorização social (chancela pública à prática policial) e validação judicial (interpretação do mandato).¹³²

O exercício do mandato policial, como forma de governo do espaço público, fundamentado no modelo autoritário, que serve para controlar pessoas negras e

¹³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia**. 2020. Páginas 19 e 20: “Para além de questionar essa (auto) representação, a presente proposta busca qualifica-la: para que isso possa ocorrer, é fundamental que a atuação da magistratura se diferencie da atuação das polícias e do próprio Ministério Público. Isso passa pela necessidade de reconhecer seu papel de controle (e não de chancela) do conteúdo do auto de prisão em flagrante (APF), maximizando o que a audiência de custódia fornece – a presença da pessoa custodiada, o ambiente forense, a decisão conforme o direito (CF, CPP, Resolução CNJ n° 213/2015 e convenções internacionais)”.

¹³² FREITAS, Felipe da Silva. **Polícia e Racismo: uma discussão sobre mandato policial**. 2020. 264 f., il. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020. p. 175: “Na análise da produção brasileira, constatei que o mandato policial é uma delegação política e jurídica na qual está envolvida a possibilidade do uso da força conforme limites legais. No entanto, essa delegação se dá não apenas como base na normativa legal ou no estabelecimento das previsões técnicas ou na cultura profissional dos agentes, mas também se estabelece em função das formações sociais, dos valores e das representações que circulam entre os próprios policiais e no conjunto da sociedade. O mandato policial, portanto, não é apenas uma delegação formal de atribuições estatais, mas, é o resultado da interação entre experiências sociais (memória coletiva), autorização social (chancela pública à prática policial) e validação judicial (interpretação do mandato)”.

desfavorecidas, em uma realidade prática de verdadeiro genocídio, deve ser combatida pelos atores do sistema de justiça criminal, principalmente a partir da audiência de custódia.

Destarte, nos casos em que haja tortura, maus-tratos, ou outras formas de tratamento desumano e degradante, decorrentes de busca pessoal, ainda mais em casos de autorização voluntária para ingresso em domicílio, imperioso é o aprofundamento e avanço do tema, na esfera jurídica, a fim de tornar nula a prisão em flagrante decorrente do mandato policial.¹³³

O Supremo Tribunal Federal vem evoluindo sua jurisprudência para fins de considerar ilegal a prisão em flagrante decorrente de busca e apreensão baseada em denúncia anônima, sem lastro em diligências complementares, como em um caso em que houve apreensão de droga (6 – seis - gramas de maconha) nessas circunstâncias.¹³⁴ Por outro lado, a prática cotidiana, notadamente nos juízos de primeiro grau e nos Tribunais locais, o entendimento jurídico aplicado é antípoda a este.

Nessa perspectiva, também o Superior Tribunal de Justiça vem se firmando, mais recentemente, que, na busca pessoal, sem mandado judicial, a fundada suspeita, nos termos do artigo 244 do Código de Processo Penal, deve ser descrita com objetividade, evitando as revistas exploratórias (*fishing expeditions*), sob pena de

¹³³ *Ibidem*, p. 179: “Nesse sentido, são muito expressivas as discussões dogmáticas sobre qual o sentido esperado da atuação policial, fixando os limites operativos da polícia e perquirindo, na prática processual, as fronteiras da discricionariedade e da tomada de decisão dos agentes de segurança pública. Estudos sobre a validade jurídica de prisões nas quais houve maus tratos ou outras formas de tratamento desumano e degradante, sobre as condenações baseadas exclusivamente no depoimento da autoridade policial, sobre os limites da abordagem e busca pessoal ou sobre aos mandados de busca e apreensão coletivos são alguns exemplos de temas processuais que proporcionam a discussão sobre o sentido, os limites e a validade da atuação policial.”

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas Corpus 180.709/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de maio de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753468481>>. Acesso em: 6 jul. 2022: “Direito penal e processual penal. Ilicitude de **busca** e apreensão. 2. Fundamentação em denúncia anônima sem diligências complementares. Ilegalidade. Precedentes. 3. Decisão carente de motivação. A motivação da decisão, além de cumprir com o requisito formal de existência, deve ir além e materialmente ser apta a justificar o julgamento no caso concreto. Ilegalidade de decisão que se limita a invocar dispositivo constitucional sem analisar sua aplicabilidade ao caso concreto e assenta motivos que reproduzem texto-modelo aplicável a qualquer caso. Aplicabilidade do art. 315, § 2º, CPP, nos termos alterados pela Lei 13.964/2019. 4. Ordem de habeas corpus concedida para declarar a ilicitude da **busca** e apreensão realizada e, conseqüentemente, dos elementos probatórios produzidos por sua derivação. Trancamento do processo penal por manifesta ausência de justa causa.”

ilicitude da prova.¹³⁵ Assim, as buscas pessoais como rotina da atividade de policiamento preventivo, não é autorizada pela legislação processual penal, e tampouco pode ser autorizada pelas chamadas fontes não identificadas ou denúncias anônimas.

O Superior Tribunal de Justiça enumerou, nesta ocasião, três razões para a exigência de elementos objetivos e concretos para a realização da busca pessoal:

a) evitar o uso excessivo desse expediente e, por consequência, a restrição desnecessária e abusiva dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à liberdade (art. 5º, *caput*, e X, da Constituição Federal), porquanto, além de se tratar de conduta invasiva e constrangedora mesmo se realizada com urbanidade, o que infelizmente nem sempre ocorre, também implica a detenção do indivíduo, ainda que por breves instantes; b) garantir a sindicabilidade da abordagem, isto é, permitir que tanto possa ser contrastada e questionada pelas partes, quanto ter sua validade controlada a posteriori por um terceiro imparcial (Poder Judiciário), o que se inviabiliza quando a medida tem por base apenas aspectos subjetivos, intangíveis e não demonstráveis; c) evitar a repetição ainda que nem sempre consciente de práticas que reproduzem preconceitos estruturais arraigados na sociedade, como é o caso do perfilhamento racial, reflexo direto do racismo estrutural.¹³⁶

O julgado ainda avançou no tema do racismo estrutural, ao constatar que o Brasil é marcado por grande desigualdade social e racial, de modo que o policiamento ostensivo tende a se direcionar à população negra, por fatores subjetivos. Afirma que há um controle social direcionada àquele grupo populacional, e assim, o racismo segue sendo reproduzido através dessa vigilância policial.

Com isso, em razão de prática autoritária, o Superior Tribunal de Justiça ainda registrou que as agências policiais, fundamentadas pelo racismo estrutural, têm agido como verdadeiros “tribunais de rua”, restringindo, indevidamente direitos fundamentais. Além de tudo, considerou que todos os integrantes do sistema de justiça criminal, incluindo o Ministério Público, a quem cabe o controle externo da atividade policial e a função de *custos iurus*, e o Poder Judiciário, devem refletir conjuntamente sobre o papel no combate à seletividade racial a fim de implementar um processo penal mais humanizante e que esteja de acordo com o Estado Democrático de Direito.¹³⁷

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 158.580/BA**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022>. Acesso em: 6 jul. 2022.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 3.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 158.580/BA (2021/0403609-0)**. Recorrente: Mateus Soares Rocha. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 19 de abril de 2022. Disponível em:

Pode-se dizer que a análise meramente formal do auto de prisão em flagrante delito deriva de legislações anteriores a 1988 que, no entanto, representa um modelo que ainda continua a ser perpetuado.

As reformas processuais penais, que buscam dar um norte legislativo de acordo com a Constituição Federal, representam importante instrumento para conferir uma atuação prática dos profissionais que atuam no sistema de justiça criminal, a fim de impedir a tomada de medidas contraditórias, autoritárias e que atentem contra a boa-fé.

O momento da análise e controle do auto da prisão em flagrante deve levar em consideração os aspectos de seletividade no sistema de justiça criminal brasileiro, na análise inclusive da tipicidade penal, já que, conforme dados empíricos secundários coletados, reproduz-se, na prática processual penal, a situação de desigualdade social do país, que se torna ainda mais visível com a presença das pessoas detidas em audiência de custódia.

Causa perplexidade, que mesmo após a Constituição da República de 1988, apenas em 2011, a legislação processual penal (Lei nº 12.403/2011) passou a não se contentar mais com a mera análise formal do auto de prisão em flagrante delito. E até lá, no entanto, normalizou-se essa prática inquisitorial que era realizada desde antes do advento da Constituição da República, através de mero costume, sem força normativa, portanto.

Imprescindível, portanto, a atuação dos operadores do direito criminal se voltar para o modelo de processo penal disposto constitucionalmente. Esperamos, assim, que as audiências de custódia passem a representar um novo modelo consentâneo

<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=>.25/04/2022. Acesso em: 6 jul. 2022: “14. Em paráfrase ao mote dos movimentos antirracistas, é preciso que sejamos mais efetivos ante as práticas autoritárias e violentas do Estado brasileiro, pois enquanto não houver um alinhamento pleno, por parte de todos nós, entre o discurso humanizante e ações verdadeiramente transformadoras de certas práticas institucionais e individuais, continuaremos a assistir, apenas com lamentos, a morte do presente e do futuro, de nosso país e de sua população mais invisível e vulnerável. E não realizaremos o programa anunciado logo no preâmbulo de nossa Constituição, de construção de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

com um processo penal que tenha por objetivos o respeito à presunção de inocência e o combate à tortura.

3 TORTURA

3.1 Considerações sobre o conceito de tortura e as normas que a regem

No plano internacional, pode-se citar a normatização da proteção contra a tortura nas seguintes cartas: a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes¹³⁸, o Pacto de direitos civis e políticos¹³⁹, a Convenção americana de direitos humanos¹⁴⁰ e a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura.¹⁴¹

A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura de 1984 traz o conceito jurídico de tortura em seu artigo 1.1:

qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.¹⁴²

Por outro lado, os tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos são formas genéricas de maus-tratos, os quais também são proibidos no âmbito internacional.

Segundo a Convenção, o que diferencia os maus-tratos da tortura é que eles se referem a graus de sofrimento intensos, mas menos graves que aqueles sofridos na tortura. Além disso, nos maus-tratos, para sua configuração, não é exigido o dolo específico de obter informação, confissão, impor castigo, intimidação ou coerção, mas o dolo genérico de praticar os maus-tratos propriamente ditos.

¹³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia-Geral. **Resolução n.º 39/46, de 10 de dezembro de 1984**. Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. 1984.

¹³⁹ Idem. **Pacto de Direitos Civis e Políticos**. 16 de dezembro de 1966.

¹⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 de novembro de 1969.

¹⁴¹ Idem. **Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura**. 9 de dezembro de 1985.

¹⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia-Geral. **Resolução n.º 39/46, de 10 de dezembro de 1984**. Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. [S.l.]: ACNUDH, 1984. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/CONVEN%C3%87%C3%83O-CONTRA-A-TORTURA-E-OUTRAS-PENAS-OU-TRATAMENTOS.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

Podemos citar também no plano internacional o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, cujo texto foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 2002 e ratificado pelo Brasil em 2007. Esse protocolo tem o objetivo de estabelecer visitas regulares e periódicas pelas instituições competentes a fim de prevenir e combater a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.¹⁴³

Já na Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, o conceito de tortura está definido no seu artigo 2º, como sendo:

todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.¹⁴⁴

Na Constituição da República, estabelece-se a proibição absoluta da tortura e de tratamento desumano e degradante e de penas cruéis (art. 5º, III), bem como considera-se sua prática inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, XLIII). A partir daí fixou-se a diretriz constitucional de inadmissibilidade total da tortura e dos maus-tratos como elemento limitativo da atuação estatal, de forma a evoluir em relação à ordem constitucional anterior, já que, na Constituição de 1967 não há qualquer menção à palavra tortura.

No âmbito interno brasileiro, a legislação de proteção contra a tortura é representada pela Lei nº 9.455/97 e tem algumas peculiaridades quando comparada com a normatização internacional. Referida legislação é um marco no ordenamento jurídico brasileiro, e através dela, buscou-se regulamentar as diretrizes gerais traçadas pela Constituição Federal. Surgiu após os graves acontecimentos de violência policial na Favela Naval em Diadema – SP.¹⁴⁵

¹⁴³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia-Geral. **Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura**. 18 de dezembro de 2002.

¹⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia-Geral. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 12 de setembro de 1985**. Cartagena de Indias: OEA, 1985. Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

¹⁴⁵ FERREIRA, Carolina Costa; ALMEIDA, Maria Clara D'Ávila. A atuação do sistema de justiça criminal na aplicação da Lei nº 9.455/97 no Distrito Federal (2011-2020): vazios institucionais. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Disponível em: <<https://reedrevista.org/reed/article/view/619>>. p. 8: "Por outro lado, mesmo diante de comando constitucional expresse e das convenções e tratados

Na legislação brasileira, o sujeito ativo do crime pode ser, além de agentes do Estado, qualquer outra pessoa particular, independentemente de qualquer atuação em conjunto com agentes públicos ou relação com o serviço público, através da chamada violência interpessoal, podendo inclusive ocorrer dentro do âmbito familiar.¹⁴⁶

Ademais, exige-se uma atividade interpretativa externa para chegar-se à tipicidade penal, já que o tipo em questão não define por completo a conduta criminosa. Trata-se, portanto, de um tipo penal comum e aberto.¹⁴⁷ Isso contribui para a impunidade, notadamente nos casos em que o sujeito ativo é agente estatal, sendo comum a ocorrência por exemplo, de prescrição acompanhada da desclassificação para o delito de maus-tratos, lesão corporal ou abuso de autoridade (atualmente disciplinado pela Lei n° 13.869/2019), muitas vezes configurando delitos de menor potencial ofensivo.¹⁴⁸

Em artigo sobre o debate parlamentar em torno da lei contra a tortura e maus-tratos no Brasil, registrou-se que durante o período militar, quando a temática passou a ser discutida, todas as propostas legislativas acerca do tema, abordavam-no

internacionais já ratificados, a tortura ainda não tinha sido tipificada. Com a ausência do tipo penal, as condutas eram julgadas pelos tribunais como lesão corporal ou maus-tratos.

Em março de 1997, o chamado 'Caso da Favela Naval impulsionou o Congresso Nacional a votar o projeto de lei que tornaria a tortura crime no Brasil."

¹⁴⁶ Lei n. 9.455/1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências.

¹⁴⁷ "Art. 1º. Constitui crime de tortura:

I – constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II – submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita à medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou resultante de medida legal. [...]"

¹⁴⁸ A atuação do sistema de justiça criminal na aplicação da Lei n° 9.455/97 no Distrito Federal (2011-2020): vazios institucionais. <https://reedrevista.org/reed/article/view/619j>. especialmente páginas 8-10: "Em todos os diplomas aqui mencionados, percebe-se que há forte convergência em torno da ideia de que, para não perder sua especificidade, o conceito de tortura deve ser reservado tão somente às ações provenientes de agentes estatais. (...) Desde sua aprovação, a legislação brasileira tem sido alvo de diversas críticas. Ao conferir ampla margem de enquadramento do julgador, a Lei de Tortura teria possibilitado que muitos casos fossem desclassificados e julgados como tipos mais brandos (...)."

vinculando às atividades arbitrárias estatais, praticadas por agentes públicos no exercício de suas funções.¹⁴⁹

Após o advento da lei dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), em que o tema da tortura ingressou na disputa política, passaram a surgir propostas legislativas com tom punitivista, e a partir daí, abriu-se a discussão sobre a possibilidade de que a tortura fosse aplicada no âmbito de agentes privados, quando se tratasse de casos ligados à extorsão mediante sequestro.¹⁵⁰

Muito embora o crime de tortura que ocorre no Brasil não se refira propriamente a um crime contra a humanidade, nos termos em que o preceitua o Estatuto de Roma, é assim que ele é considerado por políticos ou militantes quando tratam do assunto. Assim, reivindica-se uma pena alta como punição pela tortura, que na prática, poderia ser até mais facilmente resolvida se fosse tratado como um crime menos grave, em tese.¹⁵¹

Essa análise permite afirmar que a tortura propriamente dita, à luz dos tratados internacionais e da nossa própria normativa constitucional é aquela relacionada aos abusos, excessos e desvios quando da atuação de agentes públicos. Por outro lado, a modalidade criada pelo ordenamento jurídico brasileiro a ser aplicada quando o

¹⁴⁹ BENETTI, Pedro Rolo; SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. O debate parlamentar em torno da lei contra a tortura no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 8, p. 1-32, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.19092/reed.v8.610>>. Acesso em: 8 jul. 2022. p. 17: “Por fim, o terceiro e mais importante traço das propostas legislativas acerca do tema da tortura durante o período militar é a convergência de todas em abordar o tema a partir de sua inegável vinculação com o problema do exercício da autoridade por agentes públicos.”

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 20: “Em todos os casos, nota-se a equiparação da tortura a outros crimes considerados graves e a abertura para que seja tratada como produto da ação de agentes públicos e privados, especialmente quando se enfatiza seu uso nas situações de sequestro.”

¹⁵¹ POSSAS, Mariana Thorstensen. A lei contra a tortura no Brasil, a construção do conceito de “crime de lesa-humanidade” e os paradoxos da punição criminal. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 98-112, jan. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v3i1.98>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 105; 109-110: “No caso do Estatuto de Roma, não temos um grupo ou população específico como referência primária à noção de ‘população civil’. No entanto, sabemos que o objetivo desse documento internacional era o de facilitar – aumentando a eficácia – o julgamento dos responsáveis por crimes como o genocídio e outros da mesma gravidade. [...]”

O que podemos extrair deste julgamento? Em primeiro lugar, que as duas sanções impostas foram penas de multa. Apesar da infração cometida pelo policial ser considerada como grave nos termos da lei da Polícia Montada do Canadá, a pena aplicada não previu a prisão ou nenhuma restrição à liberdade ou a outros direitos. [...]

Assim, quando as comunicações políticas são sobre a proteção dos direitos humanos, a punição criminal (na figura da pena longa de prisão) aparece como a resposta incontornável do Estado, mesmo se ela não é a única resposta possível ou mesmo a mais desejável.”

sujeito ativo é particular não seria a principal, muito menos aquela resultante de violência interpessoal sem vinculação a crime de extorsão mediante sequestro.

Fazendo um paralelo com os crimes contra a vida, é como se o infanticídio ou aborto tivessem virado as modalidades principais, e o homicídio a secundária¹⁵². Na verdade, o que é observado na prática é que o homicídio é muito mais comum que os dois outros crimes, e o mais processado no Poder Judiciário, e ao mesmo tempo, aquele que, em números relativos, resulta em mais condenações.

Nesse sentido, o sistema de justiça criminal não está preparado para combater a tortura, da maneira como ela deveria ser concebida.

Depois de promulgada, a Lei nº 9.455/1997 teve apenas uma alteração para acrescentar a proteção ao idoso, por força do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), em dispositivo que trata de causa de aumento de pena. Desse modo, o inciso II do § 4º, do artigo 1º passou a ter a seguinte redação: “se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 (sessenta) anos”.¹⁵³

Como exemplo disso, verificamos, por exemplo, a existência de Promotorias de Justiça inclusive especializadas na proteção da mulher, deficientes, idosos, crianças e adolescentes (comuns nos julgados referentes à tortura no âmbito interpessoal), mas não há especialização no combate à tortura propriamente dita, sendo tal temática inserida no âmbito do controle externo da atividade policial e em atribuições de execução penal. No âmbito do Ministério Público Federal, pode-se citar a 7ª Câmara de Coordenação e Revisão que tem atuação nas matérias concernentes ao controle externo da atividade policial e sistema prisional.¹⁵⁴

Na prática, o controle externo da atividade policial acaba por se inserir dentre as atribuições das promotorias criminais comuns, e se refere, basicamente às

¹⁵² MELO, Ezilda. O aborto e o julgamento pelo Tribunal do Júri: uma ficção. **Empório do Direito**, 20 fev. 2016. Disponível em: <<https://emporioidireito.com.br/leitura/o-aborto-e-o-julgamento-pelo-tribunal-do-juri-uma-ficcao>>. Acesso em: 7 jul. 2022: “Não é costumeiro veem-se nas cenas cotidianas do Júri Popular mulheres levadas a julgamento por terem cometido o aborto. Apesar de uma possibilidade advinda da criação legislativa penal sobre aborto, eminentemente masculina nas expressões conhecidas de Beauvoir, são casos raríssimos, como a de uma mulher em Taguatinga (DF) ter ido à Júri em 2011 pela prática do aborto. Portanto, o artigo legal 124 do Código Penal exerce muita força simbólica, no entanto está dissociado da realidade social, pois, conforme já denunciou Bezerra, a produção do Direito no Brasil ocorre em dissonância com as reais necessidades da população.”

¹⁵³ Lei nº 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa.

¹⁵⁴ Resolução nº 148 do CSMPF.

requisições de inquéritos policiais, controle de prazos e diligências daqueles procedimentos, manifestações acerca de pedidos das autoridades policiais e investigações e correções de ilegalidades pontuais. No caso de tortura e maus-tratos, a regra é representada pelo envio para apuração das próprias entidades policiais.

Conforme pode ser observado, há conceitos distintos do que seria a tortura na Convenção da ONU, na Convenção Interamericana e na Lei Federal nº 9.455/1997. Por exemplo, na Convenção da ONU é dito que a dor e o sofrimento causados devem ser graves, ao passo que na Convenção Interamericana e na lei brasileira interna não se menciona a intensidade.

Assim, para fins de configuração da tortura, entendida essa como uma violação de direitos humanos, em todas as esferas (internacional, cível, administrativa etc.), deve ser adotada a interpretação que seja mais ampla para a proteção da pessoa torturada, conforme cada caso concreto.

Por outro lado, para que haja a configuração do crime propriamente dito, deve-se levar em consideração o preenchimento dos elementos do tipo penal dispostos na legislação interna (lei federal nº 9.455/1997), haja vista o princípio da tipicidade e da legalidade penal. O mesmo raciocínio aplica-se aos maus-tratos, já que por um lado deve-se observar os tratados internacionais, no que toca aos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, e por outro, a conduta descrita no artigo 136 do Código Penal Brasileiro, para fins criminais.

Segundo especialistas na matéria, é mais comum que a tortura ocorra em regiões onde há um clima generalizado de violência e nos momentos anteriores ao acesso a um advogado ou ao comparecimento perante um juiz, especialmente quando houver condições de incomunicabilidade.¹⁵⁵

¹⁵⁵ GIFFARD, Camille. O que é tortura. *In*: GIFFARD, Camille. **Manual de denúncia da tortura: como documentar e apresentar denúncias de tortura no âmbito do sistema internacional para a proteção dos direitos humanos**. Colchester: Human Rights Center: Universidade de Essex, 2000. Excerto separado para o II Seminário de Tortura e Violência no Sistema Prisional e no Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/06/6f048471c1c6e64a447b2f990115abe9.pdf>>. Acesso em: 7. jul. 2022. p. 12: “A tortura pode ocorrer em qualquer lugar, principalmente em países onde se vive um clima generalizado de violência. Os lugares de alto risco são aqueles em que é provável que ocorram interrogatórios, tais como delegacias de polícia ou gendarmarie, e qualquer outro estabelecimento de detenção, sobretudo de detenção anterior ao julgamento. [...] O maior risco de as sofrerem tortura

No âmbito da tortura dentro de estabelecimentos de reclusão ou detenção, mais especificamente em relação aos órgãos de execução da pena, verifica-se que eles cumprem suas obrigações legais, mas deve-se pensar onde estão as lacunas do sistema que impedem uma contribuição efetiva para evitar e combater a prática da tortura.¹⁵⁶

Nesse ponto, cumpre salientar que, no Brasil, um importante órgão da execução penal são os Conselhos da Comunidade, por estarem próximos do cumprimento da pena, e que, infelizmente, ainda não foram devidamente instalados em várias comarcas do país. Eles são compostos, segundo o artigo 80 da Lei de Execuções Penais, por membros da sociedade (representante de associação comercial ou industrial), advogado indicado pela OAB e assistente social indicado pelo Conselho Regional de Assistentes Sociais. E mesmo nas localidades em que eles existem, muitas vezes acabam sendo ineficientes no combate à tortura, seja pela falta de atuação nesse sentido, seja pela falta de conscientização social sobre a questão e pela ausência de orçamento específico para a manutenção de suas atividades.¹⁵⁷

e outras formas de maus tratos ocorre durante a primeira fase da prisão ou detenção, antes de terem acesso a um advogado ou comparecerem perante o tribunal. O risco persiste enquanto durar a investigação, independentemente de onde o sujeito estiver sendo detido”.

¹⁵⁶ SALLA, Fernando. O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 57, p. 213-247, 2005. p. 8: “De acordo com o art. 61 da LEP (Lei 7.210 de 1984), são órgãos da execução das penas: Juízes, Ministério Público, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, conselho Penitenciário, Departamentos Penitenciários, Conselho da Comunidade e Patronatos. À exceção destes últimos, aos demais cabe, além das competências específicas, a tarefa também de visitar os presídios. É necessário portanto fazer um balanço de como vêm atuando esses mecanismos estabelecidos na Lei de Execução Penal. De uma forma ou de outra, todos vêm cumprindo as suas obrigações legais. No entanto, interessa aqui verificar onde residem as lacunas nesse cumprimento, de modo a se pensar em como fazer para que possam de maneira mais completa contribuir para evitar a ocorrência de tortura”.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 10-11: “De acordo com o art. 61 da LEP (Lei 7.210 de 1984), “Onde foram constituídos, apresentam situação díspar seja pela composição por vezes meramente formal, sem que seus integrantes tenham efetivamente tempo e interesse em atuar no conselho, seja pelo cumprimento parcial de suas obrigações estabelecidas na Lei de Execução Penal. Como não há previsão legal de alocação de recursos financeiros ou materiais mínimos para seu funcionamento, seus membros apresentam muitas vezes um envolvimento oscilante com as suas atividades. [...] Ainda não se reconhece no Brasil, de forma sincera e profunda, que essas organizações possam e devam ter um papel de colaboração fundamental com aqueles mecanismos constituídos legalmente para o acompanhamento da execução penal e que elas possam ter um papel de realização desse acompanhamento de forma independente e ao mesmo tempo cooperativo com as autoridades. Ainda persiste uma resistência grande ao reconhecimento da contribuição que a inspeção independente de uma organização da sociedade civil pode oferecer para reduzir as arbitrariedades, melhorar a oferta dos serviços, evitar que ocorram práticas de tortura e maus tratamentos.”

Pedro Rubim Borges Fortes, em pesquisa realizada, constatou que o índice de alegações de tortura é mais elevado nos casos de crimes de tráfico de drogas, em que não há depoimentos de vítimas, ao contrário, por exemplo, dos casos de furto ou homicídio. Ele observou nessa mesma pesquisa que dos casos de tráfico de drogas analisados, quase metade dos acusados relatou algum tipo de brutalidade policial¹⁵⁸.

O autor supracitado defende ainda, no âmbito de estudo sobre o tratamento jurídico-penal da tortura, a redução de tempo entre a detenção de um preso e a sua apresentação judicial, observando-se que à época do artigo ainda não tinha sido implantada a audiência de custódia no país.

Além disso, além de pontuar a inércia dos atores jurídicos em investigar as alegações de abuso policial, sustenta ele uma reforma nas corregedorias de polícia e a implementação de controle externo efetivo do Ministério Público.¹⁵⁹

Essa reforma faz-se realmente necessária para que seja realizado um efetivo controle democrático da polícia, o que contribuirá para o combate e prevenção à tortura. Mas também deve estar acompanhada de reformas nas Defensorias Públicas e Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de permitir as denúncias efetivas sobre a tortura e o acompanhamento jurídico e pessoal da pessoa logo após a sua detenção.

Ainda Pedro Rubim Borges Fortes sustenta também a necessidade de implantação de mecanismos de *plea bargaining*, o que já se efetivou no Brasil, em certa

¹⁵⁸ FORTES, Pedro Rubim Borges. Direitos e restos humanos: uma hipótese para o enfrentamento jurídico-penal da tortura no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 28-45, jan. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v1i1.7>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 3-4: “Os dados coletados consistiram em entrevistas com doze atores jurídicos relevantes (juízes, promotores e defensores públicos) e na observação de quarenta e três processos criminais. Ao longo dos interrogatórios nestes quarenta e três casos, vinte acusados alegaram alguma forma de brutalidade policial (tortura física, tortura psicológica, manipulação de provas etc.) [...] A amostra de casos abrangeu todos os processos criminais relativos a tráfico de entorpecentes (definidos pela lei federal n. 11.343/06) em sete varas criminais da região metropolitana do Rio de Janeiro em dezembro de 2007. O recorte quanto a este tipo de crime decorreu de uma intuição de que nos processos de tráfico de entorpecente – em contraste com os crimes contra o patrimônio e a pessoa – a ausência de depoimentos de vítimas tornaria mais importantes a credibilidade dos testemunhos policiais. Portanto, poderia haver um número significativo de alegações de abusos cometidos por estes policiais, o que acabou sendo confirmado através da análise empírica.”

¹⁵⁹ FORTES, Pedro Rubim Borges. Direitos e restos humanos: uma hipótese para o enfrentamento jurídico-penal da tortura no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 28-45, jan. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v1i1.7>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 13: “Obviamente, esta função depende também da existência de órgãos independentes de controle da atividade policial, sendo necessária uma reforma das corregedorias de polícia, bem como a implementação efetiva do controle externo da atividade policial por parte do Ministério Público”.

medida, através do acordo de não persecução penal, que foi instituído pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19).

O conceito de justiça penal negociada é muito amplo, e mesmo no que toca ao acordo de não persecução penal, uma de suas espécies, é muito controversa a exigência da confissão do negociante para a conclusão do acordo, por malferir o sistema acusatório, a ampla defesa e constituir prática autoritária¹⁶⁰.

Em nosso entender, embora seja atualmente uma realidade vigente, o sistema de justiça penal negociada não está de acordo com a aplicação de um processo penal adequado e garantista, nos termos dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli, já que incompatível com uma ação penal.

Pontua ele também sobre os benefícios de eventual inserção do crime de perjúrio, como o existente no direito estadunidense, na legislação criminal brasileira, como um sistema de desincentivos a falsas notícias.¹⁶¹

Em relação a esse último ponto, pensamos ser ele desnecessário, já que a pessoa que apresenta uma denúncia falsa de tortura ou maus-tratos já está automaticamente sujeita ao crime de denúncia caluniosa.

Um ponto importante no que toca à tortura, no Brasil, é que ela é uma prática recorrente, não só em períodos autoritários, como também em épocas democráticas. Ademais, há maior repercussão e mobilização geralmente nos casos de presos políticos, sendo que a prática de tortura a presos comuns é, um aspecto ainda mais preocupante, já que é comum até os dias de hoje.¹⁶²

¹⁶⁰ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo consensual nos sistemas processuais; A justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, RT 953, março de 2015. p. 272: “Resta evidente que a barganha se utiliza da coação para obter a confissão do réu e acarreta a violação do contraditório, ao passo que utiliza elementos coletados sem o controle e a manifestação da defesa para fundamentar a condenação.”

¹⁶¹ FORTES, Pedro Rubim Borges. Direitos e restos humanos: uma hipótese para o enfrentamento jurídico-penal da tortura no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo.

¹⁶² SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 63, p. 277-308, nov. 2006. p. 13: “Os inúmeros exemplos mencionados ao longo deste texto são suficientes para indicar que a violência ilegal e as práticas de imposição de tortura e maus tratos a presos comuns são recorrentes na história das instituições de controle social no Brasil. Nesse sentido, é fácil reconhecer que os períodos autoritários, como o Estado novo e o regime militar pós-64, ampliaram e aprofundaram tais

A função das polícias, seja a investigativa, seja a repressiva, deve ser exercida conforme os instrumentos previstos em lei e na Constituição Federal, observando-se os princípios democráticos e o devido processo legal em sentido amplo. Deve-se levar em consideração que, no exercício de tal função, não se inclui a atividade de obter confissões a qualquer custo, mas sim, de investigar adequadamente os fatos e levar as provas colhidas ao Poder Judiciário para que, após o devido processo legal, à luz do princípio da presunção de inocência e da proteção dos direitos humanos, seja proferido um veredito.

Embora a sociedade e a legislação, tanto interna como internacional, tenham evoluído bastante nas últimas décadas, percebe-se que em relação à prática recorrente de tortura e maus tratos, em um sistema inquisitorial e autoritário, pouca coisa mudou nos dias de hoje.¹⁶³

Por isso, é de se pensar na utilização da tecnologia em favor da defesa contra a tortura, como por exemplo, exigir, quando possível, a filmagem das abordagens policiais, o que até mesmo protegeria os próprios policiais contra denúncias infundadas, e gravação no momento do interrogatório policial, e de certos locais dentro das delegacias de polícia e em lugares de acesso às celas.

A utilização de câmeras nas abordagens policiais contribuiu para uma redução, tanto das mortes em confrontos policiais em 36%, quanto também reduziu o número

práticas mas o maior desafio para a compreensão das razões da persistência dessas práticas está no fato de, mesmo nos períodos de vigência do regime democrático, as políticas para a área de justiça criminal não conseguiram estabelecer um novo paradigma de organização e funcionamento dos aparatos policial e prisional, de acordo com os princípios democráticos e com as normas constitucionais”.

¹⁶³ SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 63, p. 277-308, nov. 2006. p. 13: “O período que se segue à recente redemocratização vem demonstrando a persistência da prática da tortura e dos maus tratamentos nas ações policiais dentro e fora das delegacias e nos espaços prisionais. Há casos famosos como o do 42º DP, em 1989, o caso da favela Naval, em 1997, o do chinês naturalizado brasileiro, Cham Kim Chang, em 2003, mas há uma infinidade de outros casos de tortura e de imposição de maus tratos que ganham pouca notoriedade. As entidades de defesa dos direitos humanos, as ouvidorias de polícia ou mesmo do sistema penitenciário, as comissões de direitos humanos das casas legislativas e os observadores internacionais já produziram diversos relatórios sobre a impressionante presença da tortura em nosso meio”.

de mortes de policiais durante o trabalho, no Estado de São Paulo, nos anos de 2000 e 2001.¹⁶⁴

As conclusões obtidas pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, com base em dados estatísticos também concluem no sentido de que as câmeras individuais têm contribuído para a redução da letalidade praticada por policiais, e apontam que a utilização das *bodycams* é um importante mecanismo para a salvaguarda dos direitos e garantias individuais.¹⁶⁵

O Supremo Tribunal Federal, na ADPF N° 635, determinou que o Estado do Rio de Janeiro instale equipamentos de GPS e sistemas de gravação de áudio e vídeo nas viaturas policiais e nas fardas dos agentes de segurança, com o posterior armazenamento digital dos respectivos arquivos, a fim de coibir abusos, ilegalidades e por outro lado, também proteger os policiais de acusações falsas de abuso.¹⁶⁶

Outro ponto a se pensar também seria a exigência da presença de um advogado ou defensor público imediatamente após a detenção de uma pessoa pela polícia militar e seu encaminhamento à delegacia de polícia. Isso porque, embora a audiência de custódia tenha abreviado o período em que a pessoa ficava à margem do direito de ser ouvido pelo juiz e de ser acompanhado por um advogado, ainda é importante que logo após a sua detenção ela tenha efetivamente seus direitos assegurados, e não fique em estado de vulnerabilidade.

¹⁶⁴ RODRIGUES, Artur; SETO, Guilherme. Câmera de PM põe segurança na eleição após crítica de Tarcísio e França e defesa de Haddad. **Folha de São Paulo**, Caderno A9, 23 abr. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/04/camera-de-pm-poe-seguranca-na-eleicao-apos-critica-de-tarcisio-e-franca-e-defesa-de-haddad.shtml>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

¹⁶⁵ CARVALHO. Glauco Silva de. Câmeras individuais e direitos humanos: a tecnologia a serviço da civilização. *In: Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: “O emprego gradativo e progressivo de câmeras individuais tem levado, também de forma gradativa, porém constante, à redução da legalidade praticada por policiais. Essa medida, por si só, evidencia, de maneira cabal, como organizações militares ainda têm a capacidade institucional de adotar posturas que contrariem seus segmentos internos e agrupamentos políticos que, na atual conjuntura, estão em pleno exercício do poder. Daí não podermos, nunca, nutrir posturas preconceituosas com que quer que seja. O senso e o discurso comum, regado por versões dos segmentos mais arcaicos, autoritários, liberais, ditatoriais, e primitivos é o de que o uso das *bodycams* está cerceando o trabalho policial, contribuindo para o aumento da violência e incrementando a sensação de insegurança. Os números demonstram o contrário.”

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 535 MC-ED**. Relator: Min. Edson Fachin. Publicação: 03/06/2022.

A realidade prática tem sido que os interrogatórios policiais se deem sem a presença de um advogado ou defensor público, embora seja esse um direito assegurado, e com previsão no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Também não tem sido observado o direito de ser informado sobre o direito ao silêncio, e esse tema encontra-se em discussão atualmente no STF, conforme se pode ver do Recurso Extraordinário nº 1.177.984, e teve sua repercussão geral reconhecida pelo Tema 1.185, que diz respeito à obrigatoriedade de informação do direito ao silêncio ao preso, no momento da abordagem policial, sob pena de ilicitude da prova, tendo em vista os princípios da não auto-incriminação e do devido processo legal.¹⁶⁷

Importante lembrar também as disposições do Manual do Conselho Nacional de Justiça para tomada de decisão na audiência de custódia, a fim de se agir positivamente no combate à seletividade racial, para cessar práticas autoritárias e violentas na atividade policial:

Reconhecendo o perfilhamento racial nas abordagens policiais e, consequentemente, nos flagrantes lavrados pela polícia, cabe então ao Poder Judiciário assumir um papel ativo para interromper e reverter esse quadro, diferenciando-se dos atores que o antecedem no fluxo do sistema de justiça criminal. Há várias maneiras de se fazer isso. Nos limites deste documento, são indicadas algumas 'portas de entrada', isto é, momentos específicos do processo decisório em relação aos quais a incidência de estratégias de contenção e reversão desse quadro parecem ser especialmente promissoras. São elas: (i) a justificativa da abordagem policial indicada no APF e (ii) os elementos que indicam a 'presunção' de autoria da infração que autoriza o flagrante no art. 302, III e IV do CPP.¹⁶⁸

Pensamos que, passado tempo considerável, após a promulgação da Constituição da República e a edição da Lei contra a Tortura no Brasil, todas as medidas possíveis e que possam contribuir para o avanço civilizatório e concretização do Estado Democrático de Direito, revertendo um ambiente já estruturado e generalizado

¹⁶⁷ *Idem*, (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1177984 RG**. Relator: Min. Edson Fachin. Publicação: 03/02/2022.

¹⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia: parâmetros gerais**. Coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi et al. Brasília: CNJ, 2020. (Série Justiça Presente. Coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Manual_juridico_aud.custodia-1-web.pdf. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 22.

de desrespeito às normas que proíbem os maus-tratos e a tortura, devem ser incentivados, pensados e implementados, seja na esfera jurídica ou política.

Sabemos que ainda se está muito longe da erradicação completa dessa realidade, mas a sua naturalização e a impunidade, por outro lado, se não combatidas veementemente, contribuirão para a continuidade da tortura e dos maus-tratos praticados por agentes estatais, que são vedados em quaisquer circunstâncias, e em todos os casos.

3.2 A existência de fato da tortura resultante de violência interpessoal no sistema de justiça criminal e a deficiência na apuração da tortura estatal

Maria Gorete Marques de Jesus, em estudo feito a respeito de processos de tortura na cidade de São Paulo - SP, constatou que nos casos que envolviam agentes do Estado como sujeitos ativos, eram julgadas na verdade as vítimas, e não o fato praticado em si.¹⁶⁹

Observa, ainda, a autora mencionada, que no caso de tortura ou maus-tratos cometidos por policiais civis, a apuração ocorre nas próprias delegacias onde o fato ocorreu, o que torna a investigação inócua. Pontua também que é essencial a participação efetiva do Ministério Público e de entidades vinculadas à defesa de direitos humanos, a fim de que haja uma investigação efetiva e condenação dos responsáveis, em sendo o caso.¹⁷⁰

¹⁶⁹ JESUS, Maria Gorete Marques de. Os julgamentos do crime de tortura: um estudo processual na cidade de São Paulo. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 143-172, jul./set. 2010. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7180>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 14: “Ao analisarmos os processos envolvendo os agentes do Estado como agressores, percebemos que a avaliação realizada durante o julgamento não teve como centro o acusado do crime de tortura, como nos casos envolvendo pais, mães, padrastos ou madrastas, mas sim a vítima. O que está em avaliação é se a vítima está realmente falando a verdade. Sua fala é frequentemente contraposta à de seu agressor, que sempre afirma ser inocente das acusações. A condição da vítima – geralmente pessoa presa, detida ou considerada criminoso – coloca-a no centro do julgamento. Não é mais o crime de tortura que é julgado, mas a própria vítima. Ao agressor é conferida toda a credibilidade, principalmente por ser ele um agente do Estado, que visa ‘proteger a lei e a ordem’ e cujos atos são considerados parte de sua atividade profissional. Não são raras expressões como: ‘a vítima ostenta vasta lista de antecedentes criminais, o que demonstra que sua personalidade é voltada para a prática reiterada de crimes contra o patrimônio e contra a vida’.”

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 21: “Outro dado importante para entender os fatores relevantes para os desfechos processuais diz respeito ao órgão responsável pela investigação. Os crimes cometidos por policiais civis são investigados pelas próprias delegacias onde as ocorrências criminosas tiveram lugar. [...] Com

Nesse estudo realizado na cidade de São Paulo, referente a processos criminais de 2000 até 2004, constatou-se que os casos de tortura que envolvem particulares, embora os números absolutos de casos sejam menores que os que tratam de agentes estatais, o número relativo de condenações é bem superior no primeiro caso.

Referido cenário também foi constatado em estudo feito no Distrito Federal por Carolina Costa Ferreira e Maria Clara D'Ávila Almeida, no período de 2011 até 2020. Isso porque os casos que são efetivamente julgados por tortura não correspondem às denúncias que chegam, de modo que, geralmente dizem respeito a casos ocorridos entre particulares, notadamente no âmbito familiar, e não aos fatos relatados de tortura envolvendo agentes estatais. Notou-se também a falta de fundamentação judicial utilizando a normativa internacional sobre a tortura.¹⁷¹

Em consulta recente ao site do TJMS também pode-se verificar a predominância de condenações em casos fora do âmbito estatal, como por exemplo, tortura

relação aos processos cujo desfecho resultou em condenação de agentes do Estado, observamos alguns elementos que podem ter influenciado o resultado da sentença em primeira instância. Um deles foi a realização e o acompanhamento das denúncias por entidades da sociedade civil e de direitos humanos. Ao analisar os processos, percebemos que as entidades enviam sistematicamente ofícios ao Poder Judiciário cobrando iniciativas de investigação e apuração das denúncias, bem como solicitam providências para que as vítimas sejam protegidas durante a tramitação do processo. [...] O papel do Ministério Público mostrou-se importante para o encaminhamento das denúncias e para o resultado dos processos envolvendo agentes do Estado como réus. Quando o MP atuou diretamente na apuração dos fatos, seja visitando instalações em que teriam ocorrido as torturas, seja reunindo os materiais supostamente utilizados pelos acusados para agredir as vítimas, houve uma tendência para a condenação dos acusados”.

¹⁷¹ FERREIRA, Carolina Costa; ALMEIDA, Maria Clara D'Ávila. A atuação do sistema de justiça criminal na aplicação da Lei nº 9.455/1997 no Distrito Federal (2001-2020): vazios institucionais. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 8, p. 1-41, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.19092/reed.v8.619>>. Acesso em: 7 jul. 2021. p. 30-31: “Embora constitua importante fonte para consulta, a legislação internacional foi pouco utilizada pelo Tribunal, uma vez que apenas 7% das decisões citaram a Convenção Contra a Tortura da ONU. Este dado aponta um problema já conhecido no Judiciário brasileiro: a falta de sofisticação de suas decisões, sem acionar o chamado ‘juízo de convencionalidade’ para a interpretação e a solução de determinados casos. [...] Por outro lado, quanto à relação existente entre o suspeito e a vítima da tortura, foi observada expressiva divergência entre o perfil das denúncias recebidas pelo ‘Disque 100’ e os acusados julgados pelo TJDF. No âmbito do Distrito Federal, enquanto os dados do serviço telefônico indicam percentual de apenas 0,65% de violações cometidas por familiares, os acórdãos apontam que 25,93% dos casos teriam sido praticados por agentes com este vínculo. Conforme gráfico acima, embora represente 25,60% das denúncias recebidas pelo ‘Disque 100’, a categoria Diretor (a) de Unidade Prisional não figurou e nenhum dos acórdãos analisados (0%) na segunda etapa da pesquisa.”

cometida a menores de idade ou a pessoas com deficiência, ou outras situações diversas.¹⁷²

Nos dois estudos citados acima, constatou-se que havia mais casos envolvendo a polícia civil do que a militar. O estudo no DF demonstrou que a maior parte das denúncias se referiam ao sistema carcerário. Ou seja, referidas pesquisas demonstram que a tortura ocorre em estabelecimentos de contenção e no âmbito das polícias.

Quanto às audiências de custódia e os relatos de tortura e maus-tratos, ou diante de indícios de elementos dessas práticas, deve a autoridade judicial fazer os devidos encaminhamentos para que as autoridades competentes investiguem os fatos, e documentar eventuais indícios já existentes, produzindo, se for o caso, provas urgentes como o exame de corpo de delito. A audiência de custódia tem seus próprios objetivos, de modo que sua finalidade não é julgar a ocorrência de tortura e maus-tratos, sendo o juiz que preside o ato incompetente para tanto. Deve, por isso, fazer a documentação necessária para apuração subsequente.¹⁷³

¹⁷² Exemplos: MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (1ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0002987-46.2017.8.12.0020 – Rio Brillante**. Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro, 10 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1151607&cdForo=0>>. Acesso em: 7 jul. 2022 (caso de vítima menor deficiente, em que se pleiteava a desclassificação para lesão corporal); MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (1ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0001489-77.2020.8.12.0029 – Naviraí**. Relatora: Des. Elizabete Anache, 18 de junho de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1132109&cdForo=0>>. Acesso em: 7 jul. 2022 (pleiteava-se a desclassificação para exercício arbitrário das próprias razões); MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (1ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0000742-87.2015.8.12.0002 – Dourados**. Relatora: Des. Elizabete Anache, 17 de maio de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1120206&cdForo=0>>. Acesso em: 6 jul. 2022 (condenação da genitora por tortura imprópria ou por omissão contra criança).

¹⁷³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia**. Coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi et al. Brasília: CNJ, 2020. (Série Justiça Presente. Coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_tortura-web.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 31-32: “Em que pese essa possibilidade de afastamento da prática de tortura, similar à previsão do art. 23, III do Código Penal, sua verificação demanda uma cuidadosa análise e a audiência de custódia não é o momento para isso. A limitada cognição e a competência jurisdicional inerentes ao ato revelam que não cabe à autoridade judicial da audiência de custódia decidir se o uso da força foi legítimo ou não, devendo encaminhar os indícios às autoridades investigativas competentes. [...] Assim, uma pergunta como ‘O (a) senhor (a) resistiu à prisão?’ pode ser relevante para entender melhor os fatos, mas a resistência à prisão não é um fator que afasta o registro da suposta prática de tortura ou maus-tratos. A intensidade da força utilizada, sua proporcionalidade e decorrente legalidade escapam à possibilidade apuratória e decisória da audiência de

No mais, é comum inverter-se o ônus da prova da tortura para a própria vítima, o que é um contrassenso. Por esse raciocínio, qualquer relato de tortura, ou presença de qualquer indício dela ou de maus-tratos deve ser encaminhada à competente apuração, ao contrário do que tem sido feito.¹⁷⁴

Deveras, a adequada documentação de indícios presentes de maus-tratos ou tortura é um pré-requisito essencial e necessário para que haja o início da investigação dos atos ilícitos.¹⁷⁵

3.3 Requisitos prévios imprescindíveis para a realização da audiência de custódia como instrumento de combate à tortura

É imprescindível a aplicação do Protocolo de Istambul, ratificado pelo Brasil e aprovado pela ONU no ano de 2.000, nas audiências de custódia, como um manual de orientações internacionais para a devida investigação e apuração da tortura e dos maus-tratos. Embora ainda não seja devidamente aplicado nas audiências de custódia

custódia. A diretriz é objetiva: todo indício de tortura e violência deve ser devidamente investigado pelos órgãos competentes, mediante determinação da autoridade judicial”.

¹⁷⁴ FERREIRA, Carolina Costa; ALMEIDA, Maria Clara D’Ávila. A atuação do sistema de justiça criminal na aplicação da Lei nº 9.455/1997 no Distrito Federal (2001-2020): vazios institucionais. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 8, p. 1-41, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.19092/reed.v8.619>>. Acesso em: 7 jul. 2021. p. 9: “No entanto, 21 dos acórdãos descartados apresentaram dados que merecem atenção. São casos em que estão sendo julgados outros crimes que não os tipificados pela Lei nº 9.455/97; em geral, furto, roubo ou tráfico de drogas. Em tais casos, o réu alegava que a confissão realizada na fase extrajudicial havia sido obtida mediante tortura perpetrada por agentes públicos. Nas 21 decisões proferidas foram consideradas lícitas as confissões dos réus, sob o fundamento de que seria ônus da defesa a comprovação da tortura alegada”.

¹⁷⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório Das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia**. Coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi et al. Brasília: CNJ, 2020. (Série Justiça Presente. Coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_tortura-web.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022, pgs. 42 e 43: “A documentação dos indícios de tortura e outras formas de tratamento degradante é um dever que propicia a realização de outras obrigações decorrentes de proibição absoluta da tortura. Documentar materializa uma primeira etapa do dever de identificar os casos de tortura e maus-tratos e cria condições para que os deveres de investigar, sancionar e de reparar sejam efetivos, inclusive reduzindo a revitimização.

Assim, a Resolução CNJ nº 213/2015 e seu Protocolo II lecionam que a finalidade da audiência de custódia não é comprovar o crime de tortura por agentes públicos, o que depende de procedimentos de apuração e responsabilização próprios e distintos deste procedimento. A finalidade é identificar indícios de que possa ter havido tortura ou maus-tratos e adotar as medidas imediatas necessárias, podendo inclusive propiciar a determinação de produção de provas não repetíveis por parte da autoridade judicial, como no caso de exame de corpo de delito.”

ao longo do território nacional, foi ele incorporado na Recomendação do CNJ nº 49/2014, Resolução do CNJ nº 213/2015 e na Recomendação do CNMP Nº 31/2016.

O Protocolo de Istambul também recebe especial atenção no Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia do CNJ, sendo considerado um documento de referência no tema e classificado como um instrumento de *soft law*. É, no entanto, ainda, pouco conhecido no Brasil.¹⁷⁶

Antes de tudo, a fim de que a oitiva da pessoa custodiada seja livre, é pressuposto necessário que se observe o Protocolo II da Resolução nº 213/2015 do CNJ, a exemplo da determinação de seu artigo 2.1, que dita a retirada das algemas, nos termos da Súmula Vinculante nº 11 do STF, sob pena de nulidade da prisão. Referida nulidade, além de representar uma consequência do descumprimento da súmula, revela a tortura ou maus-tratos durante a audiência, por isso, legal é o relaxamento da prisão, caso descumprida.

Ademais, estabelece outras condições imprescindíveis para que sejam adequados o ambiente e a realidade da oitiva do custodiado, como, por exemplo, o agente responsável pela custódia, prisão ou investigação do crime não deve estar presente durante a oitiva da pessoa custodiada (artigo 2.5).

Deve, nesse sentido, em momentos entre a prisão e a audiência de custódia, serem fornecidas roupas e higiene adequada à pessoa que for ouvida, além de alimentação e remédios que sejam necessários. Sendo mulher, por exemplo, deve também serem fornecidos absorventes íntimos durante o período menstrual, ou seja, cada caso deve ser tratado conforme a sua peculiaridade.

Assim, imprescindível, para isso, que o Poder Judiciário conte com um serviço de atendimento psicossocial à pessoa custodiada antes da audiência, e quando não existir na comarca, deveria obrigatoriamente ser acompanhado por advogado ou

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 38: “Em dezembro de 2000, o Protocolo de Istambul foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU, como referência mundial no tema. Trata-se, portanto, de instrumento de *soft law*. Contudo, tem sido utilizado como fonte jurídica por órgãos e tribunais internacionais, assim como já foi incorporado ao sistema jurídico interno de alguns países, como Colômbia, Chile, México. (...) Ainda pouco conhecido no país e pela magistratura, o Protocolo de Istambul perfaz instrumento central na realização das audiências de custódia, sobretudo para a consecução de seu objetivo de prevenção e combate à tortura e maus-tratos.”

defensor público imediatamente após a detenção e antes de eventuais procedimentos de oitiva em fase inquisitorial.

Assim estabelece o Protocolo de Istambul em seu Capítulo 4, item 2, relativamente ao perfil psicossocial e situação anterior à detenção:

Caso a pessoa se encontre ainda detida, será suficiente fazer um historial mais resumido do seu percurso pessoal, incidente sobre a profissão e habilitações literárias. Interroque também acerca de quais medicamentos que o detido tome por receita médica; esta informação é particularmente importante porque o detido pode ser privado dessa medicação, com consequências graves para a sua saúde. É importante obter dados acerca das actividades políticas, convicções e opiniões da pessoa na medida em que essa informação pode ajudar a explicar as causas da detenção ou tortura, mas será preferível formular questões indirectas, perguntando à pessoa do que foi acusada ou porque pensa ter sido detida ou torturada.¹⁷⁷

Talvez esse atendimento psicossocial prévio possa ser tão importante quanto a própria oitiva da pessoa custodiada perante o juiz em audiência de custódia, já que fornecerá mais elementos para o ato judicial, inclusive quanto à eventual prática de tortura, ao passo que contribuirá para os devidos encaminhamentos psicossociais e garantir que a pessoa seja apresentada em condições dignas e livres para prestar seu depoimento.¹⁷⁸

A audiência de custódia precisa evoluir de alguma maneira para ser um ato efetivo de transformação no combate e prevenção à tortura, já que esta trata-se de prática recorrente e que não tem havido responsabilizações, dentro de um sistema

¹⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Protocolo de Istambul: Manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes**. Nova Iorque: Nações Unidas, 2001. (Série de Formação Profissional, n. 8). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022. p. 41.

¹⁷⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia**. Coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi et al. Brasília: CNJ, 2020. (Série Justiça Presente. Coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_tortura-web.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022, p. 47 e 48: “É importante que se garanta também o acesso a atendimento de saúde adequado, em casos urgentes, bem como o fornecimento de medicamentos ou equipamentos (ex.: nebulímetro ou ‘bombinha de asma’, insulina etc.) que a pessoa custodiada necessite, especialmente se de uso contínuo. (...) Todas essas medidas são mais eficazes e adequadamente implementadas quando a unidade judiciária conta com o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, responsável pela realização do atendimento prévio à audiência de custódia a fim de identificar demandas psicossociais, além das necessidades emergenciais a serem supridas tão logo identificadas, tais como alimentos, roupas, calçados e materiais de higiene, como, por exemplo, absorventes íntimos a mulheres no período menstrual. (...)”

inquisitorial, em que quase todos os problemas têm sido falsamente resolvidos pela banalização da prisão preventiva.

Conforme Relatório sobre os 6 anos da audiência de custódia elaborado pelo CNJ, apenas poucos casos de relatos de tortura foram efetivamente investigados, o que demonstra que nesse ponto, o instituto não tem cumprido adequadamente com essa finalidade.¹⁷⁹

Mariana Py Muniz analisou 38 (trinta e oito) expedientes instaurados para apurar episódios de violência policial, relativos aos meses de abril de 2016 e abril de 2017, e constatou a baixa eficiência da audiência de custódia no trato de tortura e maus-tratos, em razão da validação do julgamento policial e naturalização da violência.¹⁸⁰

Deve ela ser um instrumento de expansão dos direitos humanos fundamentais no sistema processual penal brasileiro, e não um ato meramente formal que não contribui efetivamente para o combate à tortura e aos tratamentos desumanos, cruéis e degradantes, muitas vezes reduzindo ainda mais as garantias processuais penais.

Assim, por exemplo, embora a audiência de custódia seja gravada, isso não exige o juiz de proferir a decisão quanto à necessidade de manutenção ou não da prisão de maneira fundamentada e escrita, conforme exige a Constituição Federal.

¹⁷⁹ Idem. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Audiência de Custódia 6 anos**. p. 39 e 40: “Diante de relato ou outros indícios de tortura ou maus-tratos, para que as audiências de custódia possibilitem o combate à violência institucional, é preciso que haja condições para uma oitiva segura, atenta e cuidadosa do relato da pessoa custodiada, bem como a determinação da apuração do caso e proteção da pessoa custodiada e testemunhas - nos casos em que forem narradas, ou existirem indícios de agressões físicas ou psicológicas. Nesses seis anos, segundo os dados informados ao CNJ, em apenas 2,9% dos casos registrados houve investigação sobre os relatos de maus-tratos e tortura”.

¹⁸⁰ MUNIZ, Mariana Py. **Polícia! Pra quem precisa de justiça: como a magistratura representa a violência policial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022. p. 270: “A análise dos 38 expedientes instaurados para apurar episódios de violência policial, todos relatados em sede de audiência de custódia, dá conta da passividade da postura judicial no enfrentamento de uma violência que se demonstra estrutural e institucionalizada. Não há questionamento sequer quanto à descrição da violência em si, ou seja, muitas vezes o termo agressão qualifica o ato. Não há sequer informação quanto a efetivos encaminhamentos para colheita da materialidade do ato praticado. Há uma validação do julgamento policial, na medida em que na sua totalidade a prisão é mantida, valendo-se, para tanto, inclusive, da própria palavra do policial.”

Nesse sentido, decidiu recentemente o STJ, ao relaxar uma prisão preventiva decretada no curso de audiência de custódia, sem decisão escrita proferida pelo Poder Judiciário¹⁸¹:

Note-se que o referido dispositivo faculta, durante a audiência de custódia, a utilização de mídia (gravação audiovisual) para registrar a oitiva da pessoa presa e eventuais postulações feitas pelas partes. Tal faculdade, no entanto, não permite ao magistrado desincumbir-se de fazer constar em ata escrita os fundamentos quanto à legalidade e à manutenção da prisão, bem assim de fornecer cópia da ata à pessoa presa e a seu defensor.

[...]

Não se admite, portanto, que alguém tenha a prisão preventiva decretada, por força de decisão proferida oralmente na audiência de custódia, cujo conteúdo se encontra apenas registrado em mídia audiovisual, **sem que tenha sido reduzida a termo**, e sem que haja indicação dos fundamentos que ensejaram a constrição consignados em ata (ou mesmo a sua degravação), como prevê o art. 8º, § 3º, da Resolução n. 213/2015 do CNJ, cuja cópia deve ser entregue ao preso, ao Ministério Público e à defesa (art. 8º, § 4º, da referida resolução). Nesse mesmo sentido: RHC 77.014, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 9/8/2017.

As audiências de custódia, que representam o momento da entrada efetiva da pessoa no sistema de justiça criminal não têm cumprido adequadamente com a sua finalidade de qualificar o relato de tortura das pessoas apresentadas. Isso demanda uma reflexão sobre possível reconstrução da política criminal que a rege para que possa expandir seus objetivos, inclusive com o apoio da atividade do controle externo do Ministério Público, a fim de que os casos de tortura e maus-tratos sejam efetivamente investigados e processados, para, em sendo o caso, haver a responsabilização dos envolvidos e evitar a seletividade que vem ocorrendo nesses casos.¹⁸²

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (decisão monocrática). **Petição no Habeas Corpus 694.548/PE**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 22 de outubro de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=138229206&num_registro=202103001799&data=20211026>. Acesso em: 7 jul. 2022.

¹⁸² FERREIRA, Carolina Costa; ALMEIDA, Maria Clara D'Ávila. A atuação do sistema de justiça criminal na aplicação da Lei nº 9.455/1997 no Distrito Federal (2001-2020): vazios institucionais. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 8, p. 1-41, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.19092/reed.v8.619>>. Acesso em: 7 jul. 2021. p. 34-35: "Recentes trabalhos têm entendido que é fundamental dissociar o juiz da audiência de custódia da figura de um 'chancelador do flagrante', na medida em que seu papel é analisar a legalidade de todos os atos praticados, desde a prisão em flagrante até a audiência de custódia (Brasil, 2020; Freitas, 2020). Nesse mesmo sentido, a responsabilidade pelo início da investigação de um crime de tortura deve ser assumida de forma mais assertiva pelo Ministério Público, uma vez que este detém poderes de investigação autônoma e possui como função institucional (exclusiva) o controle externo da atividade policial. Se o Ministério Público não investigar as condutas ali informadas nas audiências de custódia, nenhum outro órgão poderá fazê-lo. [...] Assim, as conclusões da pesquisa mostram que uma crise do autoritarismo, que se tanto noticia no Brasil, atualmente, possui múltiplas ramificações: uma das mais estruturais está na invisibilidade da tortura para a criminalização secundária: o sistema de justiça criminal não parece ser, por meio das evidências aqui apresentadas, o melhor *locus* de discussão sobre prevenção e combate à tortura no Distrito Federal".

3.4 O Protocolo de Istambul

O Protocolo de Istambul, de 2001, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, constitui além de um documento internacional sobre direitos humanos, um manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

O Protocolo e o seu conteúdo resultaram de um trabalho de 3 (três) anos de discussões, estudos, pesquisa, análise e redação, em Istambul, capital da Turquia, incluindo peritos das áreas do direito, da medicina e de direitos humanos.

A finalidade principal do Protocolo de Istambul é, como um documento de referência, auxiliar os Estados a realizarem uma documentação eficaz em casos de tortura e maus-tratos, tendo-se em consideração que, apesar das inúmeras normas internacionais de direitos humanos, de direito humanitário e também normas internas proibirem a tortura em todos os casos, ainda subsiste ela, infelizmente, no mundo atual, em mais da metade dos países.

O Protocolo de Istambul, mais do que um mero manual orientativo de atuação para documentação da tortura, introduz verdadeiro compromisso da comunidade internacional de atuar no combate à tortura, conforme as suas diretrizes traçadas, que devem ser tidas como referência no tema.

O início dos trabalhos foi incentivado em razão do falecimento de Baki Erdogan, que foi detido pela polícia de Aydin por suposta participação em uma organização armada ilegal *Devrimci Sol*, da Esquerda Revolucionária. A perícia alegou que ele teria morrido de tuberculose em razão de uma greve de fome, após 10 (dez) dias de detenção, quando foi transferido para um hospital. Foi constatado posteriormente que as marcas em seu corpo eram resultantes de choques elétricos, tendo sido pendurado pelos pulsos e lesionado nas solas dos pés, e que também a morte teria ocorrido em momento anterior ao relatado, tendo sido ela acobertada.

O Protocolo de Istambul traz, enumera e classifica os métodos de tortura. Com finalidade didática, em razão da densidade do texto do documento internacional, trazemos o **Quadro 1** elaborado por Jorge Paulete Vanrell, Moisés Ponce Malaver, Jorge Alejandro Paulete Scaglia e Maria de Lourdes Borborema.

Quadro 1 — Métodos de tortura segundo a classificação do Protocolo de Istambul

Tortura física	Tortura biológica	Tortura sexual	Tortura psicológica
<p>- Traumas bruscos por objetos contundentes.</p> <p>- Traumas sistemáticos: pontapés, chutes, tapas, chicotadas, coronhadas</p> <p>- Traumas específicos na palma das mãos (palmatória) e na sola dos pés (falanga).</p> <p>- Quedas provocadas em escadas.</p> <p>- Choques elétricos em diferentes partes do corpo, especialmente genitais.</p> <p>- Asfixia: afogamento (submarino úmido), “waterboarding”, sufocação (submarino seco com sacos plásticos na cabeça, com gás ou sem gás).</p> <p>- Queimaduras: cigarros, instrumentos aquecidos, brasas, líquidos ferventes, substâncias cáusticas etc.</p> <p>- Exposição química: sal, pimenta, gasolina etc. (em</p>	<p>- Atos incongruentes:</p> <p>* realizar alterações dos ritmos biológicos;</p> <p>* realizar alterações do sentido de orientação pessoal, temporal e espacial;</p> <p>* modificações de costumes, atitudes, práticas e crenças sobre determinados fatos e/ou situações específicas.</p> <p>- Privações:</p> <p>* sensorial (som, luz etc.).</p> <p>* da noção de tempo.</p> <p>* das necessidades fisiológicas (sono, alimentação, ingestão de líquido, de atividade motora etc.);</p> <p>* de contato social (isolamento dentro da prisão, incomunicabilidade com o mundo exterior);</p> <p>* de serviços de saúde.</p> <p>- Privação ou restrição sensorial (vendar os olhos, usar capuz).</p> <p>- Obrigar a permanecer em condições higiênicas</p>	<p>- Zombarias e humilhações de caráter verbal.</p> <p>- Chantagem sexual: manipulação, toques impudicos, mordidas, humilhação, violência nas genitálias, nudismo forçado etc.</p> <p>- Introdução de objetos na vagina e no ânus.</p> <p>- Obrigar a realizar atos sexuais humilhantes e degradantes.</p> <p>- Obrigar a práticas sexuais com outros presos.</p> <p>- Violação (estupro).</p>	<p>- Insultos permanentes.</p> <p>- Ameaças de morte, execução fictícia, de futura tortura, contra a vida e integridade de seres queridos.</p> <p>- Despir a pessoa diante de outros.</p> <p>- Incomunicação e isolamento em cela.</p> <p>- Violação de tabus: religiosos, morais etc.</p> <p>- Coerção de comportamento:</p> <p>* forçar a práticas contrárias à religião do torturado.</p> <p>* forçar a torturar outros presos.</p> <p>* forçar a presenciar torturas ou outras violências a outras pessoas, conhecidas ou não.</p>

Tortura física	Tortura biológica	Tortura sexual	Tortura psicológica
<p>ferimentos ou cavidades corporais).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Suspensão pelos membros, mamilos, testículos. - Suspensão inversa. - Exercícios físicos forçados. - Obrigação de manter posturas dolorosas: suspensão, tração, restrição prolongada de movimentos, posicionamento forçado etc. - Lesões por esmagamento: quebra de dedos ou membros, esmagamento de crânio etc. - Lesões penetrantes não letais: punhal, canivetes, arames/farpas embaixo das unhas etc. - Lesões médicas: amputação de dedos ou membros, remoção cirúrgica de órgãos, abortamento provocado etc. 	<p>deploráveis (proibição de banho).</p> <ul style="list-style-type: none"> - Sobre-exposição a ruídos (gritos, músicas, campainhas etc.). - Tortura farmacológica: doses tóxicas de sedativos, soro da verdade, neurolépticos etc. - Exposição a frio ou calor extremos (isoladamente ou alternados). - Exposição a animais asquerosos (baratas), ferozes (cães), ou venenosos (escorpiões). - Condições de detenção: <ul style="list-style-type: none"> *celas pequenas ou superlotadas. * confinamento solitário. * condições anti-higiênicas. 		

Fonte: VANRELL, Jorge Paulete; MALAVER, Moisés Ponce (ed.). **Torturas: sua identificação e valorização médico-legal.** Leme, SP: J.H. Mizuno, 2016. p. 94-96.

Assim, o Protocolo alinha diversos tipos de tortura, observando-se que essas modalidades estão sempre em evolução e variam de acordo com a localidade em que ocorrem, podendo ser tanto físicas, quanto psíquicas, e deixam vestígios, tanto no corpo da vítima, quanto em sua mente, no que toca ao sofrimento sofrido.

Vê-se, além disso, que o Protocolo de Istambul não é direcionado apenas aos operadores do direito, mas principalmente aos profissionais de saúde (médicos, odontólogos e psicólogos), que farão a documentação da tortura e, portanto, o conteúdo que irá ao campo da justiça.

Relativamente aos médicos, a atuação deve inclusive se dar à luz do Código de Ética Médica, que dispõe em seu artigo 25, ser prática vedada a omissão em denunciar a prática de tortura ou de tratamentos degradantes, desumanos ou cruéis, bem como praticá-las ou ser conivente com elas.¹⁸³

Há ainda que se mencionar, o Protocolo de Minnesota sobre a Investigação de Mortes Potencialmente Ilícitas (2016), que funciona como um manual de prevenção e investigação efetiva de execuções extrajudiciais, arbitrárias e sumárias, que dialoga com o Protocolo de Istambul, prevendo, por exemplo, a necessidade de realização de um laudo alternativo nesses casos, que foi, por exemplo, o que ocorreu no caso acima citado de Baki Erdogan.

O documento internacional de Istambul é estruturado em 6 (seis) tópicos principais, mais os seus anexos: 1) Normas jurídicas internacionais aplicáveis; 2) Códigos éticos aplicáveis; 3) Inquéritos legais sobre a prática da tortura; 4) Considerações gerais para as entrevistas; 5) Índícios físicos da tortura; e 6) Índícios psicológicos da tortura.

Os anexos, por sua vez, estão divididos nas seguintes partes: I – Princípios sobre a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; II – Testes de diagnóstico; III – Esquemas anatômicos para a documentação da tortura e dos maus-tratos; e IV – Diretrizes para a avaliação médica da tortura e dos maus-tratos.

Em relação às orientações destinadas aos profissionais de saúde, que são específicas e técnicas, imprescindível o conhecimento delas e a qualificação desses profissionais, para a adequada aplicação do Protocolo de Istambul.

¹⁸³ Art. 25. Deixar de denunciar a prática de tortura ou de procedimentos degradantes, desumanos ou cruéis, praticá-las, bem como ser conivente com quem as realize ou fornecer meios, instrumentos, substâncias ou conhecimentos que as facilitem.

Assim, após examinar e entrevistar a vítima no modelo proposto e realizar os procedimentos médicos como radiografias, fotografias, esquema de lesões etc., concluirá o médico que as lesões podem ser: a) não correspondente: a lesão não pode ter sido causada pelo traumatismo descrito; b) correspondente: a lesão pode ter sido causada pelo traumatismo descrito, mas, no caso de uma lesão atípica, existem outras causas possíveis; c) correspondência altamente provável: a lesão pode ter sido causada pelo traumatismo descrito e existem poucas causas de possíveis alternativas; d) correspondência típica: o sintoma aparece geralmente associado ao tipo de traumatismo descrito, mas há outras causas possíveis; e e) diagnóstico de: o sintoma não pode ter sido causado de qualquer outra forma senão a descrita.

Ademais, no Tópico 3 (Inquéritos legais sobre a prática de tortura), relativo aos inquéritos legais sobre a prática de tortura, parágrafo 104, 6 (seis) relevantes quesitos que devem ser completamente apurados e respondidos pelos peritos. Isso não ocorre na prática por desconhecimento tanto dos operadores jurídicos quanto da área médica. São eles: a) Os dados apurados na observação física e psicológica corroboram a alegação de tortura?; b) Que condições físicas contribuem para o quadro clínico?; c) As reações observadas em sede de exame psicológico são normais ou típicas de situações de tensão extrema no contexto cultural ou social da pessoa?; d) Dado que os distúrbios psicológicos associados a situações traumáticas evoluem com o passar do tempo, qual seria a cronologia dos fatos relativos à tortura? Em que ponto do processo de recuperação se encontra o indivíduo? e) Que outros fatores de tensão afetam a pessoa (por exemplo processo penal em curso, migração forçada, exílio, perda da família e do estatuto social etc.)? Que impacto têm estas questões sobre a vítima? e f) O quadro clínico sugere uma falsa alegação de tortura?¹⁸⁴

O cumprimento da finalidade do Protocolo de Istambul, que é a adequada documentação dos achados da tortura, para o seu eficaz combate e punição nos casos cabíveis, no entanto apresenta algumas dificuldades, como por exemplo, o desconhecimento, não só dos profissionais da área jurídica, como também dos profissionais de saúde (médicos, psicólogos e odontólogos) sobre o seu conteúdo, o que demanda

¹⁸⁴ Protocolo de Istambul. Cap. 03: Inquéritos legais sobre a prática da tortura. 4: Provas Médicas. Parágrafo 104.

uma maior qualificação dos profissionais que atuam na área, além de uma maior padronização de implementação do documento ao redor do mundo.

Há assim essa dificuldade de caráter humano, já que o Protocolo de Istambul é de desconhecimento da maioria dos profissionais de saúde que atuam no assunto. Isso reflete uma realidade em que os laudos elaborados ou são inconclusivos, ou são escassos, não permitindo que a tortura seja juridicamente configurada, nos casos em que elas ocorram. Além do mais, há ainda, uma relutância para que os peritos oficiais registrem aquilo que efetivamente foi constatado, em casos de tortura.¹⁸⁵

Outro entrave apresentado é a necessidade de se convencer os *experts* de que a tortura física é indissociável da psicológica e vice-versa, sendo quase que impossível estabelecer objetivamente um limite entre as duas modalidades.¹⁸⁶

Por constituir um documento extenso e multidisciplinar relativo a um tema tão importante e complexo, e que teve a participação de estudiosos do direito de vários países e linhas de pensamento diferentes, é naturalmente algo denso, e isso pode gerar dificuldades de sua aplicação nos países da América Latina, notadamente face ao desconhecimento do seu conteúdo por aqueles que atuam na temática.

Por outro lado, os profissionais do direito e da saúde que estudam o tema apontam para alguns pontos que podem ser evoluídos para facilitar a comunicação entre todos os profissionais multidisciplinares que atuarão em casos de tortura, e

¹⁸⁵ VANRELL, Jorge Paulete; MALAVER, Moisés Ponce (ed.). **Torturas: sua identificação e avaliação médico-legal**. Leme: J.H. Mizuno, 2016. p. 91: “Há uma relutância quase que invencível para que os vistoros oficiais – médicos-legistas, odontologistas e peritos criminais – registrem no papel e assinem o que constataram no exame médico-legal e odontolegal da vítima, ou no exame criminalístico do local dos fatos”.

¹⁸⁶ VANRELL, Jorge Paulete; MALAVER, Moisés Ponce (ed.). **Torturas: sua identificação e avaliação médico-legal**. Leme, SP: J.H. Mizuno, 2016. p. 92: “Outro entrave, não menos importante, é a necessidade de se convencer os *experts* que, embora se costume fazer distinção entre os vários tipos de tortura – e.g., tortura física e tortura psicológica -, é praticamente impossível estabelecer esse limite.

Primeiro, porque toda tortura física implica, naturalmente em tortura psicológica, pelo estado de terror produzido na vítima.

Segundo, porque toda tortura psicológica produz, em alguma medida, danos ou respostas físicas, psicossomáticas.

Terceiro, porque se faz mister lembrar que, apesar de a tortura psicológica não deixar marcas visíveis, ela pode produzir danos tão severos e mais duradouros que as torturas físicas.

Daí que, para os profissionais de saúde que atendem a pessoas detidas ou reclusas, é de fundamental importância o conhecimento dos métodos de tortura mais comumente utilizados no País, para facilitar a investigação das lesões e sequelas.”

consequentemente a correta aplicação do Protocolo de Istambul para a finalidade pela qual foi criado. Apontam eles: a) falta de organização didática, para facilitar o seu uso prático pelos Profissionais do Direito; b) falta de um critério espacial, por exemplo, anatômico, para sistematizar a descrição das lesões encontradas; c) falta de um critério operacional, sequencial e lógico, no caso de contusões, perfurações, incisões, intoxicações etc., para sistematizar a pesquisa e o registro das agressões sobre o corpo das vítimas; d) diferenças temporais muito amplas entre a aplicação da tortura e a avaliação lesional por parte dos peritos, lapso que pode chegar a ser superior a dois anos.¹⁸⁷

Pensamos que, no ordenamento jurídico brasileiro, o espaço inicial, próprio e congruente para os trâmites do Protocolo de Istambul é justamente a audiência de custódia, pois como já explanado, ela tem a finalidade de proteger a pessoa detida contra a tortura e tratamentos desumanos cruéis ou degradantes, e representa o primeiro e rápido contato daquela com a autoridade judiciária, após a detenção, quando passará a estar mais vulnerável às práticas ilegais.

De resto, a audiência de custódia, por ser o primeiro ato judicial que pode ser a porta de entrada para o sistema de justiça criminal, também deve ser o marco inicial para a correta aplicação do Protocolo de Istambul. Isso porque nas primeiras horas de detenção, é essencial o respeito às garantias processuais, devendo, portanto, as audiências de custódia contribuir para que haja mais relatos de tortura, e também para incrementar as apurações e documentações.

Em relação à audiência de custódia, entendemos relevante observar o Tópico 4, em seus parágrafos 134 e 139, que em nosso entender, merecem maiores reflexões sobre a sua interpretação para aplicação prática, já que, em alguns de seus aspectos parecem estar em confronto com interpretação prática segundo a qual as Resoluções do CNJ e do CNMP que tratam do instituto, proíbem adentrar no mérito do crime que gerou o flagrante.

Estabelece o parágrafo 134 que a pessoa entrevistada deve ser o centro da oitiva, e que ouvir é mais importante do que fazer perguntas. De mais a mais, registra também que deve ser disponibilizado o tempo suficiente para a discussão de questões

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 90.

personais. Fora isso, dispõe que há certos casos de tortura, cuja oitiva deve ser feita fora do ambiente da audiência judicial, como os casos de tortura de natureza sexual.¹⁸⁸

Já o parágrafo 139 diz que ao colher informações da pessoa possivelmente torturada, deve ser feita com cautela, sem sugerir automaticamente formas de maus-tratos, buscando um relato coerente do sucedido. Somado a isso, orienta a que seja tomado nota de tudo que tenha sido dito, notadamente injúrias e insultos à vítima e conversas dos torcionários entre si.¹⁸⁹

Embora o parágrafo 134 pode também dizer respeito a um atendimento psicossocial prévio à audiência de custódia, mas também como parte integrante dela, refere-se a ela própria.

Uma leitura conjugada dos dois parágrafos acima relatados aliada a uma interpretação de seus textos indica que a pessoa detida e a garantia de seus direitos devem ser centrais na audiência de custódia, permitindo-se a palavra àquela, para relatar tudo o que for necessário para o esclarecimento dos fatos, inclusive daquilo que não disser respeito apenas às circunstâncias da prisão.

Primeiro porque o parágrafo 139 é posterior em ordem cronológica ao 134, e trata das indagações acerca da tortura e dos maus-tratos propriamente ditos, e presume-se que o Protocolo de Istambul adotou um plano de atuação que segue um caminho ordenado de suas disposições. E, para se chegar ao ponto das ofensas

¹⁸⁸ 134. Existem algumas regras básicas que deverão ser respeitadas (vide capítulo III, secção C.2g). A obtenção de informação é certamente importante, mas a pessoa entrevistada é o ainda mais e ouvir é mais importante do que fazer perguntas. Se o entrevistador se limita a formular perguntas, apenas obterá respostas. Para o recluso, pode ser mais importante falar da família do que da tortura. Há que ter em conta este aspecto, pelo que deverá ser disponibilizado algum tempo para a discussão de questões pessoais. A tortura, particularmente de natureza sexual, é um assunto muito íntimo e poderá não ser abordado antes da segunda visita ou mesmo mais tarde. Os indivíduos não devem ser forçados a falar sobre qualquer forma de tortura se não se sentirem à vontade para o fazer”.

¹⁸⁹ 139. Ao recolher informação sobre tortura e maus-tratos, deve-se ter cuidado ao sugerir formas de maus-tratos a que a pessoa possa ter sido sujeita, uma vez que a pessoa pode ser tentada a distorcer os fatos. A resposta negativa a perguntas sobre diversas formas de tortura pode, contudo, ajudar a estabelecer a credibilidade do testemunho. As questões devem ser formuladas de forma a obter um relato coerente do sucedido. Eis algumas sugestões de perguntas a colocar: Onde ocorreram os maus-tratos, quando e durante quanto tempo? Foi vendado? Antes de passar à descrição dos métodos empregue, tome nota das pessoas presentes (com os respectivos nomes e posições). Descreva a sala ou outro local em causa. Que objetos viu? Se possível, descreva em detalhe cada um dos objetos de tortura; no caso de tortura elétrica, indique a voltagem, aparelho, número e forma dos eléctrodos. Inquiria acerca do vestuário usado, se alguém se despiu ou mudou de roupa. Tome nota de tudo quanto tenha sido dito durante o interrogatório, nomeadamente injúrias e insultos à vítima e conversas dos torcionários entre si”.

físicas e psicológicas, é imprescindível, em muitos casos, que o detido relate momentos anteriores ao da prisão em si.

Segundo, pois, seguindo o raciocínio acima, e constatando que as “circunstâncias da detenção” seguem apenas a partir do parágrafo 137, significa que trata de capítulo apartado dos demais, ou seja, não é o único que deve ser abordado.

Depois, ainda se vê que o Código de Processo Penal, ao instituir via lei ordinária a audiência de custódia no seu artigo 310, por meio da Lei nº 13.964/2019, não previu limitação da audiência de custódia às circunstâncias da prisão ou detenção, e por isso, entendemos que o detido tem o direito de expor tudo o quanto for necessário para a sua defesa e de sua própria integridade física e psíquica, devendo prevalecer neste momento procedimental o princípio da presunção de inocência e as demais garantias processuais penais.

Portanto, em nosso entender, devem ser indeferidas apenas as perguntas impertinentes, irrelevantes ou protelatórias, à semelhança do artigo 400, § 1º do Código de Processo Penal, que trata do interrogatório judicial, como último ato da audiência de instrução e julgamento, antes da fase de sentença, e que constitui além de meio de prova, meio de defesa. O detido deve, porém, ter o direito de expor tudo quanto entenda necessário à sua defesa e à sua integridade.

3.5 Âmbito normativo no CNMP

Considerando a introdução da audiência de custódia no ordenamento jurídico pelo CNJ, o CNMP, no âmbito do Ministério Público Brasileiro, editou a Recomendação CNMP nº 28/2015, de 22/09/2015, de lavra do então Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, que houve por bem recomendar ao Ministério Público Brasileiro a adoção das medidas administrativas necessárias para assegurar a efetiva participação ministerial nas audiências de custódia no sentido de garantir os direitos individuais do custodiado e promover os interesses da sociedade.¹⁹⁰

¹⁹⁰ “Considerando que a Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso I, diz que a República Federativa do Brasil tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana, sendo forçoso concluir-se que tal garantia se estende à pessoa custodiada em decorrência da prisão em flagrante; [...]”

Foi por isso instaurado Procedimento Interno de Comissão, em 21/03/2016, pelo então Conselheiro Presidente da Comissão do Sistema Prisional, Gustavo do Vale Rocha, que recebeu o número 0.00.000.000300/2016-64, e visava apurar as medidas eventualmente adotadas por cada ramo do Ministério Público brasileiro com atribuição criminal quanto ao atendimento da Recomendação CNMP nº 28/2015. Determinou-se, inicialmente, a solicitação de informações, aos Procuradores-Gerais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal, ao Procurador-Geral de Justiça Militar e ao Procurador-Geral da República, sobre a participação dos Membros do Ministério Público nas audiências de custódia e sobre a adesão aos termos de cooperação técnica firmados pelos respectivos Tribunais.

Após a chegada das informações solicitadas, constatou-se que em diversos Estados, as audiências de custódia não eram realizadas em todas as Comarcas em seu âmbito territorial, mas apenas em algumas delas, geralmente nas capitais, cidades maiores ou Comarcas de entrância final, ou seja, ainda não haviam sido interiorizadas.

Diante desse contexto, o Conselheiro Presidente da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública Antônio Pereira

Considerando que a referida audiência visa garantir a rápida apresentação e entrevista do preso com um juiz nos casos de prisões em flagrante, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso; [...]

Considerando que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem destacado que o controle judicial imediato é meio hábil para evitar prisões ilegais e arbitrárias, cabendo ao julgador 'garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessária, e procurar, em geral, que se trate o cidadão de maneira coerente com a presunção de inocência' (Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24.06.2005); Considerando que a previsão do art. 306 do Código de Processo Penal, que determina que a prisão em flagrante de qualquer pessoa deve ser imediatamente comunicada ao Juiz de Direito, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, não atende às exigências estabelecidas pelas convenções internacionais, tampouco dá efetividade ao controle judicial disposto no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos; [...]

Considerando que ao Ministério Público, na solenidade judicial em questão, cabe manifestar-se sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva, opinar, concordando ou não, pela concessão de liberdade provisória com ou sem cautelares à pessoa detida e zelar para que a pessoa presa se manifeste apenas sobre seus dados pessoais e as circunstâncias objetivas que ensejaram a custódia;

Considerando que ao Ministério Público, na apresentação do custodiado no ato judicial, compete, ainda, adotar as medidas necessárias e pertinentes em eventuais ocorrências de tortura ou de maus-tratos, entre outras irregularidades, RESOLVE, respeitada a autonomia dos Ministérios Públicos, recomendar que: O Ministério Público brasileiro, observadas as disposições constitucionais e legais, adote as medidas administrativas necessárias para assegurar a efetiva participação de seus membros nas audiências de custódia, objetivando garantir os direitos individuais do custodiado e promover os interesses da sociedade, aderindo, ainda, aos termos de cooperação técnica firmados pelos respectivos tribunais. [...]"

Duarte, em 25/05/2017, determinou a expedição de novo ofício aos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados de Alagoas, Bahia, Mato Grosso, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, São Paulo e Tocantins, solicitando informações adicionais sobre a participação dos membros do *Parquet* nas audiências de custódia em todo o âmbito territorial dos respectivos Estados. Determinou-se, ainda, fosse oficiado ao Procurador-Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo para informar sobre a solução dada à questão interinstitucional relativa à ausência de interlocução com o Poder Judiciário, e sobre a participação dos membros do Ministério Público nas audiências de custódia em todo o Estado.

Já em 07/03/2018, o Conselheiro Presidente da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública, Dermeval Farias Gomes Filho, observou as dificuldades apresentadas pelas unidades do Ministério Público para interiorização das audiências de custódia e a efetividade de participação de seus membros. Entendeu, por isso, ser necessário se desvelar o percentual de Comarcas nas quais estavam sendo garantidas as audiências de custódia com a presença do membro do Ministério Público, especialmente nas localizadas nos interiores dos Estados da Federação, solicitando, por isso, novas informações atualizadas sobre a temática.

Para fins de elaboração de Relatório sobre o Ministério Público e a implementação das audiências de custódia: um retrato da Recomendação CNMP nº 28/2015, e também com o objetivo de se obter subsídios mais adequados e confiáveis para a propositura de ato normativo sobre as audiências de custódia, elaborou-se quesitos técnicos a serem respondidos pelas unidades ministeriais. Foi verificado, também, nas páginas institucionais do Ministério Público, de levantamentos, atos e notícias específicas sobre a participação ministerial nas audiências de custódia.

O levantamento realizado evidenciou que apenas 11 (onze) unidades ministeriais, levando-se, ainda, em consideração, o Ministério Público Federal e o Ministério Público Militar, celebraram ajustes com os Tribunais de Justiça para a realização das

audiências de custódia, o que representava apenas o percentual de 37,93% (trinta e sete vírgula noventa e três por cento).¹⁹¹

Registrou-se, ainda, que do total de 29 (vinte e nove) unidades e ramos ministeriais, apenas 75,86% (setenta e cinco vírgula oitenta e seis por cento) editaram atos normativos para regulamentar a atribuição de participar em audiências de custódia. Nesse item, 3 (três) unidades não tinham apresentado resposta, e 4 (quatro), ou ainda não haviam regulamentado a audiência de custódia, ou estavam em processo de normatização.¹⁹²

Em relação aos desenhos institucionais para assegurar a participação do Ministério Público nas audiências de custódia, observou-se situações distintas na capital dos Estados e nas Comarcas do interior: a) houve uma preferência de vinculação de um órgão de ofício para a participação do Ministério Público nas audiências de custódia, ou então à designação de uma escala de membros para participarem do ato; e b) no interior dos Estados, optou-se pela criação de centros regionalizados, ou então pela participação do próprio Promotor Natural para assegurar a presença do Ministério Público nas audiências de custódia.

Quanto à celebração de acordos de cooperação com o Poder Judiciário para a realização das audiências de custódia, foram coletados no âmbito do Procedimento Interno de Comissão nº 0.00.000.000300/2016-64, que passaram também a integrar o Relatório sobre o Ministério Público e a implementação das audiências de custódia: um retrato da Recomendação CNMP nº 28/2015, os dados apresentados no **Quadro 2**.

Quadro 2 — Celebração de acordos de cooperação com o Poder Judiciário para a realização das audiências de custódia

Ministério Público	Celebração de acordo	Ministério Público	Celebração de acordo
MP/AC	Não	MP/PE	Não
MP/AL	Não	MP/PI	Sim
MP/AM	Sim	MP/PR	Sim

¹⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Procedimento Interno de Comissão nº 0.00.000.000300/2016-64.**

¹⁹² Idem. **Procedimento Interno de Comissão nº 0.00.000.000300/2016-64.**

Ministério Público	Celebração de acordo	Ministério Público	Celebração de acordo
MP/AP	Sim	MP/RJ	Não
MP/BA	Sim	MP/RN	Sim
MP/CE	Não	MP/RO	-
MP/DFT	Não	MP/RR	Não
MP/ES	Não	MP/RS	Sim
MP/GO	Não	MP/SE	Sim
MP/MA	Não	MP/SC	Sim
MP/MG	Sim	MP/SP	Sim
MP/MS	Não	MP/TO	Não
MP/MT	Não	MPF	Não
MP/PA	Não	MPM	Não
MP/PB	Não		

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Procedimento Interno de Comissão nº 0.00.000.000300/2016-64.**

Considerando-se os dados fornecidos em comparação com os registros de quantitativos de Comarcas em cada Estado, conforme os sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça, observou-se, quando da confecção do Relatório sobre o Ministério Público e a implementação das audiências de custódia: um retrato da Recomendação CNMP nº 28/2015, a partir dos elementos do Procedimento Interno de Comissão nº 0.00.000.000300/2016-64, um percentual de interiorização médio das audiências de custódia de 66,8%, distribuídas conforme consta na **Tabela 4.**

Tabela 4 — Percentual de interiorização das audiências de custódia por Estado

Estado	Percentual de interiorização	Estado	Percentual de interiorização
AC	100%	PE	100%
AL	4,76%	PI	100%
AM	11,11%	PR	100%
AP	100%	RJ	95,03%
BA	20%	RN	10,34%
CE	-	RO	100%

Estado	Percentual de interiorização	Estado	Percentual de interiorização
DF	100%	RR	100%
ES	44,87%	RS	5,48%
GO	83,46%	SE	22,50%
MA	20,53%	SC	12%
MG	-	SP	100%
MS	100%	TO	6,68%
MT	100%	MPF	100%
PA	100%	MPM	-
PB	100%		

Fonte: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Procedimento Interno de Comissão nº 0.00.000.000300/2016-64.

Em período posterior, foi tratada pelo Conselho Nacional do Ministério Público proposição decorrente do Processo nº 1.00709/2019-96 apresentada pelo então Conselheiro Dermeval Farias Gomes Filho para aprovação de resolução para:

dispor sobre a atuação do Ministério Público na audiência de apresentação de toda pessoa presa à autoridade judiciária (audiência de custódia), incorpora as providências de investigação referentes ao Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e dá outras providências.¹⁹³

A proposta foi redistribuída ao Conselheiro Otávio Luiz Rodrigues Júnior, em 30/09/2019.

Após o devido trâmite do feito, o Conselheiro Relator elaborou proposição de resolução em 13 de outubro de 2020 e observou que a proposição não continha vício formal de constitucionalidade, bem como sua adequação ao conteúdo material da Constituição Federal. Em relação à sua juridicidade, assentou o Conselheiro Relator que a proposta de resolução possuía as características necessárias de generalidade e abstração. Quanto à técnica legislativa e regimentalidade, entendeu-se, também, que esses aspectos foram devidamente atendidos.

¹⁹³ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Processo nº 1.00709/2019-96**. Relator: Cons. Otavio Luiz Rodrigues Jr, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://elo.cncmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoJurisprudencia=1&numeroSequencia=&ano=&digitoVerificador=&isJurisprudencia=true&ementa=&nuProcesso=-&Search=#>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

Alinhou-se que no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, o Protocolo de Istambul, inicialmente, teve seu reconhecimento com a Recomendação n° 31, de 27 de janeiro de 2016, que trata da necessidade de observância do Protocolo de Istambul e do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de tortura. Ademais, a aplicação do documento internacional no Poder Judiciário se deu pela Recomendação n° 49, de 1° de abril de 2014, do Conselho Nacional de Justiça.

Apenas um breve parênteses, quanto à Recomendação n° 31/2016, faz-se necessário observar que ela prevê quesitos obrigatórios a serem formulados nos casos de notícias de tortura:

II – sempre que chegarem ao conhecimento dos membros do Ministério Público notícias concretas ou fundadas da prática de tortura, que sejam formulados ao perito médico-legista, ou a outro perito criminal (quando da eventual realização de trabalho conjunto), a depender do caso concreto, quesitos estruturados da seguinte forma:

- 1°) há achados médico-legais que caracterizem a prática de tortura física?
- 2°) há indícios clínicos que caracterizem a prática de tortura psíquica?
- 3°) há achados médico-legais que caracterizem a execução sumária?
- 4°) há evidências médico-legais que sejam característicos, indicadores ou sugestivos de ocorrência de tortura contra o (a) examinado (a) que, no entanto, poderiam excepcionalmente ser produzidos por outra causa? Explicitar a resposta.

A Recomendação também traz algumas diligências obrigatórias:

III – atente para a necessidade de constar nos autos do inquérito policial ou processo judicial, sempre que possível, outros elementos de prova relevantes para a elucidação dos fatos que possam vir a caracterizar o delito de tortura, tais como:

- a) fotografias e filmagens dos agredidos; b) necessidade de aposição da(s) digital(ais) da(s) vítima(s) no auto de exame de corpo de delito (AECD) respectivo, a fim de evitar fraudes na(s) identificação(ões) respectiva(s); c) requisição de apresentação da(s) vítima(s) perante o juiz plantonista ou responsável por receber, eventualmente, a denúncia/representação ofertada pelo Ministério Público; d) obtenção da listagem geral dos presos ou internos da unidade de privação de liberdade; e) listagem dos presos, pacientes judiciários ou adolescentes autorizados pela autoridade administrativa a, no dia dos fatos, realizarem cursos ou outras atividades fora do estabelecimento de privação de liberdade ou de internação, a fim de que sejam o mais rapidamente possível submetidos a auto de exame de corpo de delito (AECD); f) requisição de cópia do livro da enfermagem do presídio, cadeia pública, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou unidade de internação contendo o nome dos internos atendidos na data do possível delito; g) submissão do(s) próprio(s) funcionário(s) do estabelecimento penal, hospital de custódia ou unidade de internação a AECD, em especial daqueles apontados como eventuais autores dessa espécie de delito; h) requisição às unidades de hospitais gerais ou de pronto-socorro próximos aos estabelecimentos penais, cadeias públicas, hospitais de custódia ou unidades de internação de relação de pessoas atendidas no dia e horário do suposto fato criminoso, permitindo-se, com isso, a realização de AECD indireto; i) oitiva em juízo dos diretores ou responsáveis por estabelecimentos penais, cadeias públicas, hospitais de

custódia ou unidades de internação quando das notícias ou suspeitas de crime de tortura.

Esses atos normativos dispõem acerca dos quesitos a serem formulados ao perito criminal, mas não há, contudo, disposições acerca da vítima de tortura ou de maus-tratos, no sentido da tomada do depoimento para uma documentação eficaz, e por isso, o Conselheiro Relator propôs também juntamente com a proposição apresentada, um anexo ao substitutivo.

Foi feito, ainda, um acréscimo relativo à atuação dos membros do Ministério Público nas audiências de custódia cujo tema é a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Essa proposição deu origem à Resolução nº 221, de 11 de novembro de 2020, do Conselho Nacional do Ministério Público, cujos dispositivos normatizam a atuação ministerial nos casos de tortura e maus-tratos à luz da devida observância do Protocolo de Istambul:

Art. 4º Após a inquirição pelo juiz, o membro do Ministério Público deverá formular, suplementarmente, questionamentos que se dirijam ao esclarecimento das circunstâncias da prisão, da realização do exame de corpo de delito e de eventual notícia de maus-tratos ou de tortura sofridos pela pessoa presa.

§ 1º O membro do Ministério Público requisitará a realização de exame de corpo de delito nos casos em que:

I – essa modalidade de prova não tenha sido realizada;

II – os registros se mostrarem insuficientes;

III – a alegação de maus-tratos ou tortura refira-se a momento posterior ao exame realizado;

IV – o exame tenha-se realizado na presença do agente policial de quem se noticia a prática de maus-tratos ou de tortura ou de quaisquer ilegalidades no curso da prisão.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no § 1º, o Ministério Público poderá requerer a realização de registro fotográfico e audiovisual sempre que a pessoa custodiada apresentar relatos ou sinais de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

§ 3º Havendo notícia de maus-tratos ou de tortura sofridos pela pessoa presa, os questionamentos do Ministério Público deverão se dirigir à descrição dos fatos e suas circunstâncias, à identificação e qualificação dos autores da agressão, bem como de eventuais testemunhas, da forma mais completa possível, respeitando-se a vontade da vítima, observando-se a efetiva compreensão dos termos utilizados e em atenção às ações e providências descritas no Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), conforme as diretrizes do Anexo a esta Resolução.

[...]

Art. 5º [...]

§ 3º Havendo notícia da prática de maus-tratos ou de tortura, o membro do Ministério Público avaliará a necessidade de requerer a concessão da medida de proteção cabível, primordialmente para assegurar a integridade pessoal do denunciante, das testemunhas, do servidor que constatou a ocorrência da

prática abusiva e de seus familiares. Se conveniente, avaliará ainda a formulação de pedido de sigilo das informações.

Art. 6º Diante dos relatos produzidos na audiência de custódia, o membro do Ministério Público com atribuição para o ato deverá, imediatamente, requisitar a instauração de investigação dos fatos noticiados ou determinar a abertura de procedimento de investigação criminal, sem prejuízo da atribuição do membro do Ministério Público com atuação perante o juízo competente para eventual e futura ação penal.

Parágrafo único. O Ministério Público diligenciará para que o registro das declarações prestadas pelo preso na audiência de custódia, em mídia ou em qualquer outro tipo de documentação, instrua os autos da apuração da notícia de maus-tratos ou de tortura.

No Anexo da Resolução constam as diretrizes mínimas a serem observadas pelos Membros do Ministério Público para a coleta de informações e documentação de práticas de maus-tratos e tortura, durante as audiências de custódia, conforme o Protocolo de Istambul.

Assim, há as diretrizes da maneira de atuar nos seguintes tópicos: ao consentimento esclarecido e outras salvaguardas; contexto do depoimento; informações a obter da presumível vítima (circunstâncias da detenção, e dos atos de tortura ou de maus-tratos, local e condições da detenção, e métodos de tortura e maus-tratos); e questões de gênero.

4 ASPECTOS LEGAIS E DE POLÍTICA CRIMINAL: POR UMA POLÍTICA CRIMINAL ORIENTADA EM DIREITOS HUMANOS E OBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

4.1 A atuação do Poder Judiciário pelo juízo das garantias nas audiências de custódia como meio de controle idôneo das prisões em flagrante

Antes mesmo da introdução das audiências de custódia no Brasil, Luciano Mariz Maia, em importante contribuição para o tema, já alertava para a necessidade de o preso em flagrante ser levado sem demora a uma autoridade judicial, como um direito humano derivado das obrigações internacionais assumidas (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Convenção Americana de Direitos Humanos) e como um dever das autoridades policiais.¹⁹⁴

Ensina ele que essa prática inclusive já fora incorporada à lei brasileira no âmbito dos juizados especiais criminais, no artigo 69 da Lei n. 9.099/95, desobrigando a autoridade policial da lavratura no flagrante nesse caso¹⁹⁵. Para o referido autor, a apresentação imediata do preso seria a oportunidade para o juiz cumprir o artigo 5º, incisos XXXII e LXIII da Constituição Federal.¹⁹⁶

¹⁹⁴ MAIA, Luciano Mariz. **Do controle judicial da tortura institucional no Brasil hoje: à luz do direito internacional dos direitos humanos**. 2006. 397 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2012/06/DO-CONTROLE-JUDICIAL-DA-TORTURA-INSTITUCIONAL-NO-BRASIL-HOJE.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2022

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 304-305 e 318: “Esse direito fundamental de cada cidadão preso, que constitui dever de cada autoridade policial, é dos mais fáceis de ser respeitado. Para desincumbir-se desse dever, basta cada delegado chegar à presença do juiz com o preso ou detido e dizer simplesmente: eis o homem!

[...] Será o momento de o juiz informar a pessoa detida sobre seus direitos de saber os motivos de sua prisão e os responsáveis por ela; ser assistido por advogado; ficar calado, sem que o seu silêncio possa ser usado contra si; responder em liberdade (quando for o caso); produzir provas; ser examinado por um médico etc.

[...] Todos e cada um têm prerrogativa para observar se os direitos básicos das pessoas presas ou detidas, nomeadamente ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judicial; ser examinado por um médico; ter acesso a um advogado (direito à assistência jurídica desde sua detenção); comunicação com o mundo exterior, supervisão de lugares de detenção e custódia; e apreciação judicial de sua detenção estão ou não sendo respeitados.”

¹⁹⁶ Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

[...] o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Posteriormente, quando da implantação das audiências de custódia no nosso país, alguns julgados da CoIDH eram utilizados para embasá-la, focando-se na necessidade de apresentação sem demora do detido à autoridade judicial competente. O foco das discussões sobre esses precedentes, no entanto, naquele momento, focava-se nos pontos da levada da pessoa ao juiz e ao prazo para tanto.

Agora, porém, com a introdução das audiências de custódia no ordenamento processual penal, pensamos que o debate deve se dar em torno da audiência de custódia como um efetivo meio de controle judicial de detenções, garantia de direitos e de combate à tortura, para não constituir mero ato burocrático ou formalidade. Ademais, deve-se possibilitar a declaração da pessoa perante o juiz, que deve ouvi-la e valorar todas as suas declarações, a fim de evitar arbitrariedades e detenções ilegais.

Tal perspectiva já vem sendo explorada no âmbito das pesquisas sobre o tema, de modo que as discussões acerca da audiência de custódia não podem mais ficarem restritas a questões apenas relativas ao prazo de 24 (vinte e quatro) horas para apresentação e a sua realização de maneira física, até mesmo porque tais pontos são pré-requisitos quase que essenciais para a existência do instituto.

Assim, no caso *López Álvarez vs. Honduras*, a CoIDH decidiu que além do comparecimento pessoal da pessoa detida, ela deve fazer efetivamente uma declaração perante a autoridade judicial competente¹⁹⁷. Já no caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*, a CoIDH pronunciou-se que a autoridade judicial deve ouvir pessoalmente o detido e após, valorar todas as explicações proporcionadas por ele, para a tomada das providências cabíveis¹⁹⁸. Caso isso não ocorra, a audiência de custódia

¹⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas.** Serie C nº 141. Presidente: Sergio García Ramírez, 1 de febrero de 2006. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022. § 87: “Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y de otros derechos, como la vida y la integridad personal. El simple conocimiento judicial de que una persona está detenida no satisface esa garantía; el detenido debe comparecer personalmente y rendir declaración ante el juez o autoridad competente”.

¹⁹⁸ *Idem.* **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador.** Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Presidente: Sergio García Ramírez, 26 de noviembre de 2008. Serie C nº 189. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_189_esp.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022, § 85: “Aun cuando la presencia de la Jueza podría calificarse como una garantía adicional, no es suficiente por sí misma para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de “ser llevado” ante un juez. La autoridad judicial debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad. En el presente caso no existe evidencia de que esto haya ocurrido”.

torna-se mera reprodução do autoritarismo e não cumpre efetivamente o seu papel, violando-se o princípio da presunção de inocência, as garantias processuais penais e o princípio da imediação.

Deve, portanto, a audiência de custódia constituir um meio de controle idôneo para o cumprimento de suas finalidades, conforme a própria CoIDH já vem assentando.

Não bastam, porém, os precedentes e as normas supranacionais estabelecendo direitos e garantias. Mais do que isso, é necessário que os Estados atuem em políticas públicas criminais que possibilitem a implementação prática do dever ser internacional, como uma obrigação jurídica e como condição de sua legitimação interna, a fim de que todos os atos do processo penal, sem exceção, reflitam um modelo constitucional garantista.¹⁹⁹

Com efeito, deve ser observado no momento da audiência de custódia, sob o juízo de garantias, antes de tudo, o princípio da legalidade em sentido estrito, também chamado de princípio da reserva legal, como um princípio de limitação formal das funções punitivas do sistema de justiça criminal. Dessa maneira, qualquer violência punitiva, de caráter definitivo ou provisório, precisa estar estritamente dentro dos limites legais. Ou seja, qualquer “pena” aplicada fora do que está previsto em lei, por agentes estatais, são controláveis no âmbito da audiência de custódia pelo juízo de garantias, à luz dos direitos humanos.²⁰⁰

¹⁹⁹ FERRAJOLI. Luigi. **La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Editorial Trotta. Madrid, 2014. p. 173: “Lo que faltan son sus leyes de actuación, es decir, las garantías, tanto primarias como secundarias, de los múltiples derechos establecidos. (...) Tal es la lógica interna del modelo garantista del constitucionalismo: la implicación deóntica, a cargo de la esfera pública, de las prohibiciones y las obligaciones por parte de las expectativas negativas y positivas em que consisten todos los derechos estipulados en las cartas constitucionales, sean estatales o supraestatales”.

²⁰⁰ BARATTA. Alessandro. Princípios do direito penal mínimo. Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. **Revista Doutrina Penal** n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987, pp. 623-650. P. 6-7: “Pense-se na gravidade do fenômeno da pena de morte extrajudicial, nas torturas, nas desapareções, nas ações ilegais da polícia, dos corpos militares e paramilitares, no excesso da função punitiva à margem da legalidade, como temos visto em um passado recente sob a ditadura fascista na Europa e vemos, todavia, em alguns países da América Latina. O primeiro elemento de um programa de limitação formal da violência punitiva consiste, então, em restringi-la no âmbito e sob o controle da lei. Ao mesmo tempo, todo movimento pela defesa dos direitos humanos na área penal deve orientar-se no sentido de colocar efetivamente as penas extralegais sob definições de comportamentos delitivos ou qualquer outra definição possível de ilícito,

O controle judicial imediato deve ser idôneo, a fim de evitar arbitrariedades e ilegalidades de detenções, de modo que o juiz possa, de fato, garantir todos os direitos inerentes ao detido à luz do princípio da presunção de inocência. Deve, acima de tudo, ser garantido o cumprimento da lei e o gozo dos direitos da pessoa detida, tendo-se em consideração a vulnerabilidade de cada um.

O juiz que exercer essa tarefa deve ser imparcial e independente, ou seja, deve exercê-la na maneira de um juízo de garantias, sabendo que a sua função não se estenderá ao processamento e julgamento de uma possível e futura ação penal.

Citamos, nesse sentido, o decidido nos casos Los Hermanos Gómez Paqui-yauri Vs. Perú²⁰¹, Bayarri Vs. Argentina²⁰², Vélez Loor Vs. Panamá²⁰³, Cabrera García

dentro do marco do direito vigente, e de sujeitá-las às sanções que em cada caso correspondam, sejam essas penais, disciplinares, civis ou administrativas.”

²⁰¹ **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso de los Hermanos Gómez Paqui-yauri vs. Perú.** Fondo, reparaciones y costas. Serie C nº 110. Presidente: Sergio García Ramírez, 8 de julio de 2004. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2022. § 95: “El artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona sea sometida sin demora a una revisión judicial, como medio de control idóneo para evitar las detenciones arbitrarias e ilegales. Quien es privado de libertad sin orden judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez”.

²⁰² **Idem. Caso Bayarri vs. Argentina.** Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C nº 187. Presidenta: Cecilia Medina Quiroga, 30 de octubre de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf. Acesso em: 8 jul. 2022. § 67: “Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél. [...] Tampoco se dispuso un examen médico para determinar las causas del estado de salud de la presunta víctima, no obstante que presentaba signos de traumatismo severo”.

²⁰³ **Idem. Caso Vélez Loor vs. Panamá.** Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C nº 218. Presidente: Diego García-Sayán, 23 de noviembre de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf. Acesso em: 8 jul. 2022. § 108: “Este Tribunal considera que, para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención em materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas”.

y Montiel Flores Vs. México²⁰⁴, Pollo Rivera y otros Vs. Perú.²⁰⁵

A audiência de custódia, como um instrumento do Poder Judiciário de garantias dos direitos fundamentais, conforme preceituado pela Constituição da República só será possível se o juiz exercer esse papel na fase pré-processual, afastando-se das investigações para depois poder julgar de maneira isenta.

Ao mesmo tempo em que o juiz de garantias proporcionará que o juiz da instrução julgue o processo sem estar objetiva e subjetivamente contaminado, por outro lado, também permitirá que o juiz das garantias exerça seu papel de controle judicial, na audiência de custódia, dos autos de prisão em flagrante delito, e por toda a regularidade das investigações, à luz dos direitos fundamentais do detido e do sistema processual penal regido pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, o juiz de garantias, ao presidir a audiência de custódia, deve não apenas convalidar automaticamente os atos da autoridade policial, também eventualmente reproduzidos pelo Ministério Público, mas zelar ativamente pelos direitos da pessoa detida e fazer os encaminhamentos necessários para os órgãos competentes para apurar a eventual ocorrência de maus-tratos e tortura²⁰⁶.

²⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Serie C nº 220. Presidente: Diego García-Sayán, 26 de noviembre de 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2022. § 93: “Respecto a los anteriores alegatos, el Tribunal recuerda que la parte inicial del artículo 7.5 de la Convención dispone que la detención de una persona debe ser sometida sin demora a revisión judicial. En este sentido, la Corte ha señalado que el control judicial inmediato es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción cuando sea estrictamente necesario y procurar, em general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”.

²⁰⁵ *Idem*. **Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú**. Fondo, reparaciones y costas. Serie C nº 319. Presidente: Roberto F. Caldas, 21 de octubre de 2016. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2022. § 103: “La Corte ha señalado que para satisfacer la exigencia del artículo 7.5 de ‘ser llevado’ sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, el detenido debe comparecer personalmente ante la autoridad competente, la cual debe oír personalmente al detenido y valorar todas las explicaciones que éste le proporcione, para decidir si procede la liberación o el mantenimiento de la privación de libertad”.

²⁰⁶ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *El juez de garantías vs. el juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio*. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, n. 17, 2005. p. 456: “El ejercicio de las funciones del juez no debe limitarse a convalidar formalmente las solicitudes del Ministerio Público, sino que debe asumir un papel activo en defensa de los derechos del imputado y de las demás partes”.

À semelhança do *habeas corpus*, qualquer pessoa detida, pode, e deve, em audiência de custódia, perante o juiz de garantias, em casos de flagrante ou não, comparecer imediatamente perante o Judiciário e denunciar a ilegalidade da detenção, exigindo o seu controle pelo juiz. Nesses casos, o juiz de garantias é obrigado a encaminhar os fatos para investigação das autoridades competentes. Assim sendo, torna-se a audiência de custódia, no âmbito do juízo de garantias, também uma garantia constitucional de direitos humanos fundamentais.

4.2 Os processos de tráfico de drogas e a verdade policial

Não há como abordar o tema da audiência de custódia na perspectiva de defesa de direitos humanos e cumprimento de garantias penais e processuais penais sem adentrar na realidade dos processos de tráfico de drogas. São os casos que mais geram prisões provisórias, incluindo aí as hipóteses de uso de drogas para fins pessoais e crimes patrimoniais relacionados às drogas, e portanto, inserem-se em um ambiente mais propício para a prática de tortura e maus-tratos.

Ainda que tenha havido mudanças no regime legal da política antidrogas no país, pela Lei nº 11.343/2006, em que houve, por exemplo, a despenalização do porte de drogas para uso pessoal²⁰⁷, na prática pouco mudou.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso Extraordinário 430105 QO**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Publicação: 27/04/2007: I. Posse de **droga** para consumo **pessoal**: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de **drogas**): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de **drogas** em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de **drogas**, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "**despenalização**", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado.

Trata-se de hipótese de crime que mais gera prisões provisórias, junto com o furto e o roubo decorrentes do uso e envolvimento com drogas, e também de legislação que passou a disciplinar a seletividade na esfera penal, mediante a gestão da miséria. Isso porque os usuários de drogas passaram a ser enquadrados pela polícia como traficantes.

Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende bem estuda a temática, concluindo que a política criminal de drogas deve-se voltar para o campo da saúde pública, afastando-se o a política punitiva e geradora de criminalizações secundárias seletivas da problemática, e conseqüentemente, o próprio direito penal. Nesse contexto, observa a autora que a atual política criminal de drogas, ao invés de promover a proteção da saúde pública, na verdade aumenta ainda mais as desigualdades sociais e a violência e mortes na sociedade.²⁰⁸

Em importante trabalho sobre o tema, Maria Gorete Marques de Jesus²⁰⁹ alinhou que a Lei nº 11.343/2006 traz critérios abertos e genéricos, de modo que cabe à polícia fazer um processo de seleção na busca da verdade, completando e preenchendo os espaços deixados pela legislação.

Nessa atividade policial, a “verdade policial” é registrada no auto de prisão em flagrante delito, reproduzida no relatório do inquérito policial, acolhida pelo Ministério Público no momento da denúncia e, finalmente, pelo Poder Judiciário, após a audiência de instrução e julgamento em que são ouvidos novamente os mesmos dois policiais que efetuaram o flagrante, para finalmente condenar com base nos mesmos elementos.²¹⁰

²⁰⁸ REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**. 2011. 143 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2011, p. 78: “A maior incidência de tráfico, aqui traduzida pela maior quantidade de flagrantes entre a população pobre, bem como as cifras ocultas de consumo de droga entre a população não pobre, está longe de provar que o controle penal é reativo à transgressão – onde quer que ela se manifeste -, como também que sua atuação seja governada pela defesa da saúde pública”.

²⁰⁹ JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas**. 2016. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php>>.

²¹⁰ *Ibidem*.

O acolhimento da verdade policial baseia-se em crenças de que a polícia tem fé pública e que a sua importância para o combate ao tráfico de drogas e à impunidade deve, obrigatoriamente, conduzir à ratificação de suas verdades.²¹¹

Constatou a autora no trabalho, que há, no entanto, muitos vocabulários da forma como atuou a polícia no momento do flagrante, não entra nos autos, ficando de fora, por exemplo, conceitos como discriminação, preconceito, segregação racial, ilegalidades, estratégias utilizadas para atuar no caso etc.

Assim, após entrevistas com policiais, a professora acima citada distinguiu os elementos que entram nos autos, como ingressam no processo, e o que não entra nos autos. Exemplos: boletim de ocorrência e auto de prisão em flagrante delito consta que a abordagem se deu por denúncia anônima, quando na verdade foi decorrência de uma investigação possivelmente ilegal; registro de que a entrada em residência foi franqueada, quando em realidade se deu de maneira forçada, ou mediante coação; ou alteração da realidade dos fatos, como a chamada ‘operação martelo’, que consiste em multiplicar a quantidade de pedras de crack pisando nelas, de modo que apesar constar poucas gramas de cocaína no Laudo do IC, a quantidade ‘multiplicada’ dá a impressão de maior volume de droga.²¹²

Trata-se de exposição muito ilustrativa, já que a maioria dos autos de prisão em flagrante por tráfico de drogas apresentam os motivos nele expostos, que são levados desde o flagrante, passando pelo relatório do inquérito policial, até a ação penal e a sentença penal condenatória.

O regime de validação de tais motivos tanto pelo Ministério Público como pelo Poder Judiciário baseia-se em um sistema de crenças, em que raramente aparecem as narrativas de flagrante forjado, violência policial e extorsão, de modo que eventuais abusos, como a tortura não são normalmente apurados pela justificativa do uso moderado da força.

²¹¹ JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas**. 2016. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php>>.

²¹² *Ibidem*, p. 101; 105.

Essa realidade vai de encontro a um modelo garantista em que são efetivamente respeitadas as garantias individuais e os direitos humanos fundamentais, e impõe a formulação de uma política pública que seja capaz de reverter esse sistema produtor de injustiças, o que pode se dar pela implantação do juízo de garantias e sua instituição e aplicação no âmbito das audiências de custódia.

Esse modo de atuação e de validação dos atores do sistema de justiça criminal vai na contramão do efetivo controle externo da atividade policial e da proteção das garantias e direitos humanos fundamentais.

Isso acaba causando prejuízos ao Estado Democrático de Direito, já que, a pretexto de combater o crime, pune-se, seletivamente justamente pessoas que em sua maioria são usuários de drogas, através de uma política encarceradora, e que, além de estarem no ponto final da economia da droga, encontram-se marginalizados socialmente em condições precárias.²¹³

Assim, é de ser dada especial atenção ao depoimento das pessoas apreendidas nas audiências de custódia, pelo juízo de garantias, principalmente em casos de alegações de violência policial, extorsão policial, flagrante forjado, alegação de ser usuário de drogas, violação de domicílio (sem mandado judicial e sob a alegação de entrada franqueada), perfil socioeconômico e local de residência como forma de seletividade e alegações de outros tipos de abusos.

²¹³ JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas**. 2016. 275 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php>>, p. 90; 227-228: “De acordo com o Delegado 15, o risco de se focar a tipificação do crime de tráfico na posse da droga é o de realizar prisões de pessoas que estão na ponta da rede da economia da droga, que ‘pouca importância apresentam para o grande tráfico’ e que são ‘rapidamente substituíveis’. Por serem provavelmente pequenos vendedores, eles frequentemente estão com a posse da droga. Segundo o entrevistado, a centralidade da posse para a tipificação do crime resulta no aprisionamento de pequenos vendedores, deixando de fora os grandes comerciantes, que raramente andam com a substância.

[...]

Os juízes não perguntam ao réu como foi tratado na delegacia, se ele teve oportunidade de dar sua versão no momento do registro dos autos de prisão em flagrante. Este é um dos pontos ocultos aos operadores do direito na condição das audiências. Não há, nesta fase, nenhum questionamento em relação ao procedimento, nem sobre a condução do caso pela polícia. O campo de imunidade da narrativa policial, e do próprio policial. Possíveis ilegalidades, abusos e práticas de violência não fazem parte do interesse dos juízes, que focam sua observação apenas nos elementos que incriminam os acusados. Os contextos da prisão, da economia da droga, da política de segurança pública focada no aprisionamento e do papel central do policial na gestão dos ilegalismos permanecem ocultos aos juízes, que se restringem a observar apenas os ‘indícios’ que vão contribuir para o seu convencimento na formulação da sentença”.

4.3 Possível revisão da política criminal de drogas no Brasil

Trata-se do crime responsável pelo superencarceramento no país, especialmente em casos de decretação de prisão preventiva, seja nos casos de tráfico propriamente dito, ou de uso pessoal de drogas, seja nos crimes contra o patrimônio decorrentes do uso de drogas, além de a política punitiva de drogas atingir especialmente pessoas desamparadas socialmente, em uma verdadeira gestão da miséria.

Ao mesmo tempo, a história nos mostrou a ineficiência dessa política punitiva no combate às drogas, devendo, portanto, o debate mudar a direção para uma possível realidade preventiva, de descriminalização das drogas, já que o bem jurídico tutelado, em última instância é a saúde pública.

Ainda que se achem outros bens jurídicos indiretamente tutelados pelo tipo penal de perigo abstrato, a atual política criminal não foi capaz de reprimir o crime, tampouco de garantir a adequada saúde pública de todos os cidadãos, em situação de igualdade. Ademais, o fundamento da proibição, em realidade, trata-se de questão de índole moral e cultural.

Na prática, observa-se que a atual política criminal de drogas atinge a punição seletiva de pessoas excluídas socialmente e sem a plena dignidade humana, que em sua maioria são usuários de drogas, e quando vendem, para sustentar o próprio vício e a subsistência mínima, situam-se no polo extremo da cadeia econômica do tráfico de drogas. Isso porque em fases anteriores desse ramo econômico há diversas outras pessoas envolvidas, com grande poderio, até mesmo político e econômico. A produção geralmente começa em solo exterior, para depois ingressar no país, ser distribuída em várias localidades, inclusive para o exterior, preparada para a venda, e finalmente vendida nas ruas.

A situação das drogas, que destroem pessoas e famílias piorou muito nas últimas décadas, com a globalização, crescimento e empoderamento das organizações criminosas, aumento de desigualdades sociais, e difusão de substâncias cada vez mais danosas e potentes.

A tendência à legalização é um debate que vem sendo tratado também em outros países, como México, Colômbia, Guatemala, Equador, Argentina e República

Tcheca. Também no 57º período de Sessões da Comissão de Estupefacientes, celebrada em Viena, em março de 2017, foi debatida a questão, considerando o modelo de abertura uruguaio, e outros países em igual medida se mostraram adeptos, como Singapura, Suíça, Países Baixos e Noruega.²¹⁴

Trata-se de um problema que afeta não só o Brasil, mas todo o mundo, referindo-se a uma questão de índole transnacional, que não se restringe às fronteiras territoriais, parecendo que o melhor modelo seria o do uso responsável em locais apropriados, tendo-se em consideração a saúde pública como o bem jurídico tutelado.

Em relação ao crime de porte de drogas para uso pessoal, o debate do tema quanto à sua descriminalização vem avançando no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O atual crime de porte de drogas para uso pessoal vem disposto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 e inclui diversas condutas, sendo denominado tipo misto alternativo ou de conteúdo variável, cuja conduta é assim tipificada:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
[...] § 1º às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

As penas cominadas ao delito são: advertência sobre os efeitos do uso das drogas; prestação de serviços à comunidade; e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. As penas de prestação de serviços à comunidade e

²¹⁴ NIEVES, Sanz Mulas. **Manual de política criminal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019. p. 227: “Em que pese tudo até aqui exposto, a tendência à despenalização do tráfico de drogas existe e parece um caminho sem volta. Esta nova corrente defendida, entre outros, por México, Colômbia, Guatemala, Equador, Argentina e República Tcheca, todos se mostrando muito críticos no ano de 2014 com a política proibicionista defendida pela ONU. Com a celebração do 57º período de Sessões da Comissão de Estupefacientes, celebrada em Viena em março de 2017, foi requestada a abertura do debate sobre essa questão e se realizaram sessões nas quais se debateu o modelo de abertura uruguaio, uma posição a qual logo se mostraram adeptos como Singapura, Suíça, Países Baixos, Noruega. Inclusive nos Estados Unidos da América do Norte se percebeu certa tendência à flexibilidade, pois tampouco essa superpotência pode dar as costas a uma realidade na qual 18 de seus Estados dispensam a maconha para uso medicinal, sendo que 2 deles permitem a venda da erva de forma legalizada. De fato, o governo levantou as limitações anteriormente impostas aos Bancos para que fossem abertas linhas de crédito destinadas a produtores de maconha. Um giro no debate internacional que, como bem sabemos, foi encabeçado pelo Uruguai”.

a de comparecimento à programa ou curso educativo, conforme a Lei nº 11.343/2006, têm o prazo máximo estipulado de 5 (cinco) meses, e em caso de reincidência, de 10 (dez) meses.

Com o advento da Lei nº 11.343/2006, que passou a prever pena diversa da privação ou restrição da liberdade, o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a questão no RE 430105 QO²¹⁵, fixando o entendimento de que não houve descriminalização, mas sim, despenalização.

O tema voltou novamente à discussão perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, que admitiu o regime de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 635.659, o qual ainda não foi concluído. Já há votos proferidos no sentido da inconstitucionalidade da tipificação do porte de drogas para uso e consumo pessoais como crime, por ora.

Mais recentemente, o Ministro Edson Fachin, em decisão monocrática no RHC 178512/SP²¹⁶, houve por bem, citando voto já proferido pelo Ministro Relator do Recurso Extraordinário nº 635.659, Gilmar Mendes, decidir que a condenação pelo delito de porte de drogas para uso pessoal não pode gerar efeitos para fins de reincidência e demais consequências que dela seriam decorrentes.

Observa-se, também, que os Tribunais de outras democracias vêm caminhando no sentido da implementação de uma política criminal de descriminalização, ou ao menos de atenuação, do uso e porte de drogas para uso pessoal, conforme algumas circunstâncias²¹⁷:

O direito à privacidade autoriza o adulto a usar, cultivar ou possuir maconha em local privado e para consumo pessoal. (África do Sul, CCT 108/17).

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige, como regra geral, que as autoridades responsáveis pela aplicação da Lei de Substâncias Intoxicantes abstenham-se de instaurar a persecução penal no caso de conduta meramente preparatória ao consumo pessoal de pequena quantidade de

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 430.105/RJ**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<https://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

²¹⁶ *Idem*. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 178.512/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345267162&ext=.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

²¹⁷ *Idem*. Supremo Tribunal Federal. **Tipicidade do porte de drogas para uso pessoal. Boletim de Jurisprudência Internacional**, Brasília, v. 6, maio 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI6_Porte_de_drogas_para_consumo_pessoal.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2022.

Cannabis e que não ofereça risco a terceiros. (Alemanha, 2 BvL 43/92; 2 BvL 51/92; 2 BvL 53/92; 2 BvL 63/92; 2 BvL 64/92; 2 BvL 70/92; 2 BvL 80/92; 2 BvL 2031/92; 1369/90).

É inconstitucional dispositivo legal que reprime a posse de drogas para consumo próprio com pena de prisão. Ao incriminar conduta que não implica perigo ou dano específico aos direitos ou à propriedade de terceiros, o dispositivo viola os direitos constitucionais à privacidade e à liberdade pessoal. (Argentina, Caso Sebastián Arriola y otros. Recurso de hecho. Causa n° 9.080). A exigência do consumo de maconha medicinal apenas na forma seca infringe os direitos constitucionais à vida, à liberdade e à segurança. (Canadá. R. v. Smith – Case 36059).

O uso pessoal de drogas não é considerado conduta criminosa, pois se limita à esfera individual do consumidor. (Colômbia, Sentencia C-221/94).

É autorizado o uso pessoal e recreativo de maconha, bem como a prática de atos gerais ligados ao autoconsumo. Excluem-se dessa autorização quaisquer atos de comércio, bem como o consumo de outros entorpecentes e psicotrópicos. (México, Amparo em revisión 1115/2017).

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal acaba por refletir na prática de um direito penal do autor, em que muitas vezes o processo se inicia por fatos de legalidade duvidosa, como a alegação de atitude suspeita, ou de denúncia anônima, inclusive com arrombamentos da residência das pessoas mais desfavorecidas no seio social, quando, em situação idêntica, não são tomadas as mesmas medidas, no envolvimento de pessoas elitizadas, o que fere o princípio da igualdade e da isonomia.²¹⁸

Tal medida igualmente evidencia a realidade de um verdadeiro direito penal do inimigo, já que, após a tipificação do porte de drogas para uso pessoal, é a população humilde que vem sendo afetada pelo direito penal, o que vai de encontro ao Estado de Direito.²¹⁹ Portanto, há descompasso com o axioma garantista do *nulla injuria sine actione*, não havendo conduta concreta contra a coletividade.

Não obedece ao tipo penal à legalidade estrita, tampouco à taxatividade, por ser norma penal em branco, sendo que a qualquer momento a ANVISA pode excluir

²¹⁸ Sobre a igualdade jurídica, como um dos efeitos fundamentais da teoria clássica do direito penal e da civilização jurídica liberal, Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31: “O segundo é a igualdade jurídica dos cidadãos perante a lei: as ações ou os fatos, por quem quer que os tenha cometido, podem ser realmente descritos pelas normas como tipos objetivos de desvio, e enquanto tais, ser previstos e provados como pressupostos de igual tratamento penal; enquanto toda pré-configuração normativa de ‘tipos subjetivos’ de desvio não pode deixar de referir-se a diferenças pessoais, antropológicas, políticas ou sociais e, portanto, de exaurir-se em discriminações apriorísticas”.

²¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *El «derecho penal del enemigo» y la disolución del derecho penal*. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 250: “En efecto, la razón jurídica del Estado de derecho no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables e inocentes”.

ou incluir substâncias, em ato administrativo, o que influirá na configuração ou não do crime, o que viola o axioma do garantismo *nullum crimen sine lege*.

O que se verifica, na prática, é a transferência de um problema de saúde pública e de desigualdade social para a esfera penal, criando inúmeros processos punitivos, gerando prisões provisórias em excesso quando tipificados pela polícia como tráfico, sem qualquer tipo de resultado efetivo, senão um julgamento de caráter moral, especialmente quando diz respeito à advertência sobre os efeitos da droga e à admoestação verbal. Trata-se de um crime que é mais tipificado em razão da moral e dos bons costumes do que de lesividade propriamente dita. Afasta-se do direito e aplica-se a questão moral no âmbito penal.

Além disso, tem sido de pouca utilidade a tipificação do delito em comento, porque não vem contribuindo para a diminuição do consumo e do tráfico, tampouco há idoneidade para proteger os bens jurídicos a que se pretende²²⁰.

Destarte, é mais usual a aplicação da advertência sobre os efeitos da droga, como transação penal e a admoestação verbal como pena. A prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo são de difícil aplicação em razão da ausência de estruturação adequada do poder público nesse sentido.

Ademais, quando essas últimas medidas são aplicadas em sede de transação penal e são descumpridas, sequer podem ser convertidas em pena privativa de liberdade, e o processo prossegue, de modo que em caso de condenação, poderá haver uma admoestação verbal ou aplicação penal de multa, sendo que a maior

²²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *La legalidad violenta*. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 179: “Pero hay otro aspecto, más importante aún, que merma la legitimidad del sistema de punición de las toxicomanías, teniendo en cuenta los parámetros fundadores del derecho penal. El orden represivo en el que prohibiciones penas se entrelazan constituye una organización de la violencia inútil frente al consumo de estupefacientes y obras sustancias tóxicas. Inútil, porque resulta inidóneo para impedirlo o, al menos reducirlo de manera significativa: las toxicomanías, al igual que otros comportamientos perseguidos en el pasado como el aborto, e adulterio o el concubinato, encuentran sus raíces en profundas motivaciones de carácter psicológico o social, frente a las cuales la eficacia de la pena es mínima, por no decir nula. [...] De las drogodependencias se puede decir exactamente lo mismo. En ambos casos, la intervención penal es un signo de confusión entre el derecho y moral, ya que tales medidas no gozan de idoneidad para tutelar los bienes jurídicos que pretenden y así no se consigue la desaparición, sino la clandestinización de esas conductas no deseadas, esto es, que su justificación se reduce únicamente a ese ocultamiento de lo que se quiere evitar (se esconde, no desaparece), contrario a las funciones tutelares del derecho penal, en aras de la afirmación simbólica de un principio o de un valor moral”.

consequência é tornar a pessoa reincidente na prática de eventual conduta delituosa em momento posterior.

Desnecessária, então, a tipificação penal do delito em comento, já que a saúde pública e a desigualdade social podem e devem ser solucionadas pelos demais ramos do ordenamento jurídico, verificando-se, ofensa, assim, ao axioma *nulla lex poenalis sine necessitate*. Por isso, não há razoabilidade nem proporcionalidade na tipificação do delito de porte de drogas para uso e consumo pessoais, em desrespeito ao princípio da intervenção mínima.

Não há, por outro lado, ofensa a bens jurídicos de terceiros pessoas, senão à própria saúde e à vida do usuário de drogas. A tipificação do crime de porte de drogas para uso pessoal viola o princípio da lesividade ou da ofensividade (*nulla necessitas sine injuria*). Não observou o legislador a garantia penal substancial da ofensividade no momento da tipificação penal, estando, portanto, injustificado o poder de punir na hipótese.²²¹

Nas situações em que não há ofensa ao bem jurídico alheio, não deve haver previsão de crime, e conseqüentemente de pena, como o Código Penal tratou em outras hipóteses, a exemplo da tentativa de suicídio ou a automutilação, pois há punição apenas na autoria ou participação para que terceiro cometa no ato, na forma do artigo 122 do referido código. Já a autolesão para a prática de estelionato é tipificada como crime, pois atinge bens jurídicos de terceiros pessoas, a teor da disposição do artigo 171, § 2º, inciso V, do Código Penal.

Assim sendo, condutas que estão abrangidas pelo direito à privacidade e à intimidade não podem sofrer a interferência do direito penal quando não trazem reflexos para a esfera jurídica alheia. Essa discussão deve ficar afastada da moral, já que cada

²²¹ IPPOLITO. Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>>. Acesso em: 7 jul. 2022. p. 37: “O enquadramento da jurisdição penal como saber-poder e a ancoragem da lei penal na defesa dos direitos descendem de um conjunto de garantias substanciais e processuais que a teoria do garantismo penal põe como parâmetros de justificação do poder de punir. As garantias penais substanciais são critérios normativos e limitativos da previsão legal dos delitos: o princípio da taxatividade, os princípios da materialidade e da ofensividade dos comportamentos puníveis, e o princípio da culpabilidade”.

pessoa tem o direito de exercer a sua privacidade com liberdade, mas não pode obrigar, no entanto, terceiro a uma conduta ou outra.

E, se a criminalização do tráfico de drogas tem por finalidade impedir o consumo de drogas para uso pessoal, e essa última conduta não deve ser tipificada criminalmente, aliado ao fato da ineficiência da política punitiva, também não faz sentido a sua tipificação penal.

Por fim, neste tópico, importa citar importante contribuição no campo da criminologia crítica de Vera Malaguti Batista, em que propõe um direito penal mínimo e um modelo ideal, com algumas proposições para a época atual, a fim de consagrar os ideais de uma verdadeira democracia, como por exemplo, uma mudança radical na política criminal de drogas, com base em políticas coletivas de controle pela legalidade.²²²

A possível revisão da questão da política criminal de drogas no Brasil é uma pauta de bastante relevância e urgência, já que o atual sistema de justiça criminal vem contribuindo para um quadro de contínuo genocídio de caráter étnico²²³. Essa realidade também não pode ser desconsiderada no momento da audiência de custódia para a tomada de decisões relevantes, no cumprimento de suas finalidades, já que é um instrumento de garantias já previsto no ordenamento jurídico, e com aplicabilidade possível.

4.4 Dois pontos imprescindíveis

Dois pontos que reputamos essenciais para a implementação de uma política criminal realmente comprometida com as garantias contra a tortura e os maus-tratos

²²² BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 115.

²²³ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 6ª edição, agosto de 2021. P. 134-135: “Não se deve pensar que apenas a projeção futura de nossos sistemas penais no âmbito de um genocídio tecnocolonialista marca a necessidade e a urgência de uma resposta marginal à deslegitimação do sistema penal, pois já agora a atuação de nossos sistemas penais caracteriza um genocídio em andamento. (...) O genocídio colonialista e neocolonialista, em nossa região marginal, não acabou: nossos sistemas penais continuam praticando-o e, se não forem detidos a tempo, serão eles os encarregados do genocídio tecnocolonialista.

Em alguns países, a situação torna-se mais evidente quando o genocídio assume um aspecto inquestionavelmente étnico, como a contribuição do sistema penal para a extinção do índio ou o nítido predomínio de negros, mulatos e mestiços entre presos e mortos.”

são: investigação imparcial e independente por um órgão do Ministério Público, unido à criação, estruturação e formação de profissionais da área médica e de saúde, de modo multidisciplinar a fim de atendimento e realização de perícias conforme o Protocolo de Istambul, dentro da organização do Poder Executivo.

João Gaspar Rodrigues observa que a fraqueza das provas em casos de tortura e maus-tratos decorre da vinculação dos órgãos de perícia às próprias polícias, e propõe maior autonomia a eles para que possam cumprir seu papel, ressaltando a importância da prova técnico-científica nos casos de tortura em relação às demais provas.²²⁴

O Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos para Audiência de Custódia do CNJ, citando parâmetros internacionais, como as Regras de Nelson Mandela, as Regras de Bangkok e as diretrizes do Comitê contra a Tortura da ONU, estabelece a necessidade de que, as pessoas suspeitas sejam examinadas por um médico independente, sempre imediatamente, após a prisão, e após cada ato de interrogatório, antes de serem levados perante um juiz, nas primeiras horas da detenção.²²⁵

Nesse sentido também imperiosa a atuação do Poder Legislativo para aprovar leis que permitam a aplicação de uma política criminal voltada à garantia das pessoas contra a tortura e os maus-tratos, e permitir que as perícias nos casos de tortura e maus-tratos obedeçam ao Protocolo de Istambul e passem a instruir os processos e procedimentos judiciais e extrajudiciais sobre a questão.

²²⁴ RODRIGUES. João Gaspar. **Tortura: da impunidade à responsabilização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. P. 259-260: “Os institutos de perícia devem ser autônomos e ter um orçamento próprio, além de todas as garantias necessárias para a manutenção de sua independência dos órgãos de segurança pública. Falta-lhes, na atualidade, capacidade forense independente.

Além disso, é inaceitável que a polícia que prende, tortura e mata seja a mesma que produz a prova técnica. A prova técnico-científica, principalmente em questões criminais, tem um sobrepeso em relação às demais. Manter a polícia técnico-científica vinculada e subordinada à estrutura da polícia judiciária é contribuir para enfraquecer o sistema de justiça criminal do país. Como é possível garantir a imparcialidade e a independência de médicos forenses para produzir provas essenciais no amparo ou rechaçamento de alegações de tortura, se tais profissionais ficam sob suspeição devido à sua relação profissional com instituições implicadas nas torturas ou que se beneficiam de informações obtidas sob tortura? Como consequência, as provas de tortura e outros maus-tratos não se documentam devidamente e são rechaçadas como secundárias ou inconclusivas”.

²²⁵ Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia**. p. 67.

O Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos para Audiência de Custódia do CNJ prevê a existência de um Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, que deve atender a pessoa presa prévia e posteriormente ao ato judicial. Esse serviço deve ser gerido pelo Poder Executivo e executado a partir de uma equipe multidisciplinar, que ouvirá a pessoa e sugerirá os encaminhamentos de proteção social, inclusive nos casos de tortura e maus-tratos.²²⁶

Referido manual ainda traz a previsão da importância de se estabelecerem fluxos transparentes, claros e objetivos, que permitam o acompanhamento de apurações de tortura e maus-tratos em órgãos como corregedorias e ouvidorias, o que permitirá e trará dados para a implementação de políticas públicas com a finalidade de diminuir a violência policial e contribuir para a formação dos agentes de segurança pública.²²⁷

Ademais, no caso das vítimas de tortura e maus-tratos deve sempre haver acordos interinstitucionais tanto entre o Poder Judiciário e os órgãos do Poder Executivo a quem compete as políticas públicas de saúde, assistência social e direitos humanos, como entre eles e o Ministério Público, instituição essencial para a prevenção e combate à tortura e maus-tratos. Nesse compasso, importantíssimo que haja essa interlocução e articulação, acompanhada da capacitação dos profissionais das áreas jurídicas e de saúde, de modo que a atuação se dê em forma de rede.²²⁸

Além disso, no primeiro contato da pessoa custodiada com o sistema de justiça criminal, é imprescindível que, através do atendimento prévio com o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, por equipe interdisciplinar, o primeiro contato da pessoa com o Estado se dê não pela repressão policial e prisão, mas em regra, por meio da aplicação de políticas públicas de inclusão e proteção social, a partir de

²²⁶ Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia.** p. 179.

²²⁷ Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia.** p. 179.

²²⁸ Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia.** p. 179 e 180.

acolhimento humanizado e devido encaminhamento para políticas sociais de assistência social, saúde e educação.²²⁹

No Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, é importante também que os profissionais estejam capacitados e preparados para olharem atentamente para os relatos de tortura e tratamentos desumanos, cruéis e degradantes praticados contra grupos de pessoas mais vulneráveis à violência policial, como os grupos de minorias políticas, como pessoas negras, indígenas, mulheres, moradores de rua e LGBTQIA+.²³⁰

²²⁹ Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual de proteção social na audiência de custódia: Parâmetros para o serviço de atendimento à pessoa custodiada.** p. 23 e 79.

²³⁰ Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual de proteção social na audiência de custódia: Parâmetros para o serviço de atendimento à pessoa custodiada.** p. 55.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a prática da violência policial no Brasil, como uma realidade atual, mas que também tem resquícios históricos, desde a época da escravidão, passando por períodos ditatoriais, e permanece mesmo em épocas democráticas.

Buscou-se estudar o contexto em que a tortura e os tratamentos desumanos cruéis e degradantes ocorrem, bem como o fato de que dificilmente são apurados, e que se tornam uma prática cotidiana, diante da impunidade e falta de responsabilização, além de conduzir a um processo penal injusto, contrariamente ao princípio da presunção de inocência e ao Estado Democrático de Direito.

Mais do que isso, os atores da justiça criminal acabam por referendar essa atuação policial, confirmando os autos de prisão em flagrante delito, principalmente em casos de tráfico de drogas, porte de drogas para uso pessoal, ou crimes contra o patrimônio decorrente do uso e envolvimento com drogas, tornando a verdade policial como a solução para a resolução do mérito no processo penal.

A atuação policial costuma ocorrer de maneira seletiva, atuando em regiões desfavorecidas socioeconomicamente e atuando pessoas negras, conforme sua própria discricionariedade, nos crimes nominados acima, que correspondem a uma enorme parcela das prisões provisórias e que contribuem para o superencarceramento e à naturalização de práticas de tortura e maus-tratos.

Com o advento das audiências de custódia buscou-se humanizar o processo penal e torná-lo menos inquisitivo e autoritário, buscando-se preservar as garantias do detido contra a tortura.

No entanto, para que esse instrumento tenha eficácia, é necessário ouvir adequadamente a pessoa presa, observar o Protocolo de Istambul, e questionar a versão policial, quando for o caso, dentro do ambiente do juízo das garantias.

As audiências de custódia, como garantia contra a tortura, infelizmente não obtiveram muito êxito no combate e prevenção à tortura e aos maus-tratos. E isso pode ser melhorado em vários aspectos, como de política criminal, mudança de cultura dos

atores do sistema de justiça criminal, evolução de jurisprudência dos Tribunais Superiores, e aplicação da legislação internacional, como o Protocolo de Istambul.

Chegamos a algumas conclusões:

- O material documentado pelo auto de prisão em flagrante delito, de índole inquisitorial, deve ser cuidadosamente analisado na audiência de custódia, pelo juízo das garantias, em conjunto com a apresentação do detido e de suas declarações, não como um material que deve ser obrigatoriamente validado para permitir uma ação penal, mas como um ato sujeito ao controle judicial para preservação das garantias da pessoa humana.

No momento da audiência de custódia, é quando o princípio da presunção de inocência deve ser aplicado em sua extensão máxima, tornando-se exceção as medidas que seriam aplicáveis a uma pessoa já condenada, e o objetivo principal é o de garantir e preservar a integridade física e psíquica da pessoa detida.

Na audiência de custódia, deve ser dada a palavra à pessoa detida, que pode livremente expor a sua versão, inclusive para falar além das circunstâncias da prisão, tudo o que for de interesse da sua defesa. Nesse aspecto, não há vedação nem nas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, tampouco no Código de Processo Penal. Esse tema merece maiores reflexões, pois tornou-se uma praxe cortar a palavra do custodiado sob o pretexto de que a audiência só serve para analisar as circunstâncias da prisão.

Em relação à audiência de custódia, entendemos relevante observar o Tópico 4, em seus parágrafos 134 e 139, do Protocolo de Istambul que em nosso entender, merecem maiores reflexões sobre a sua interpretação para aplicação prática, já que, em alguns de seus aspectos parecem estar em confronto com interpretação prática segundo a qual as Resoluções do CNJ e do CNMP que tratam do instituto, proíbem adentrar no mérito do crime que gerou o flagrante.

- Para a realização de uma política criminal que observe a proibição da tortura e dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, é imprescindível ter-se em vista resultados de pesquisas realizados sob o tema.

Essas pesquisas demonstram que as alegações de tortura são muito mais frequentes em casos envolvendo o tráfico de drogas, porte de drogas para uso pessoal e crimes contra o patrimônio decorrentes do uso e envolvimento com drogas, que, geralmente envolvem autos de prisão em flagrante delito, sem testemunhas, mas baseados apenas em autos de apreensão e depoimentos de policiais que participaram da detenção.

Por outro lado, os percentuais de processamento e condenações por tortura praticados por particulares no âmbito da violência interpessoal são muito mais elevados do que em casos de agentes públicos que atuam na esfera da segurança pública. Isso pode ser explicado pelo fato de que se naturaliza o uso da força pública, legitimando o seu uso, que é normalmente tratado apenas como excesso nos casos mais graves, e por outro lado, as vítimas são pessoas maiores e capazes sujeitas, de alguma maneira ao sistema de justiça criminal. Por outro lado, no caso de violência interpessoal, especialmente em casos envolvendo crianças e adolescentes, há a presença de vários órgãos na sociedade e nos Poder Público para atuar de maneira imparcial e multidisciplinar, auxiliando a sociedade e os órgãos da justiça, como Conselhos Tutelares, Secretarias Municipais de Assistência Social, CREAS e CRAS, e as perícias são feitas com rapidez, diante da prioridade do Estatuto da Criança e do Adolescente, por órgãos vinculados à Secretaria de Segurança Pública, mas não em face de policiais.

- Uma política criminal efetiva pode ser rica levando tudo isso em consideração, de modo que além de haver denúncias formuladas, que só são possíveis com o acompanhamento jurídico e pessoal em tempo adequado da pessoa presa (OAB e Defensorias) e a documentação efetiva dos casos pelo Juízo das Garantias a ser implantado. As pesquisas demonstraram também que não há efetividade e resultado em que as investigações e meios essenciais de apuração e de prova, como as perícias, sejam realizadas pelos próprios órgãos de controle das polícias, ao tempo em que são comuns práticas de tortura e maus-tratos.

- Os estudos realizados sobre o tema revelam a baixa eficiência da audiência de custódia no trato de tortura e maus-tratos, em razão da validação do julgamento policial e naturalização da violência. É imprescindível a aplicação do

Protocolo de Istambul, ratificado pelo Brasil e aprovado pela ONU no ano de 2.000, nas audiências de custódia, como um manual de orientações internacionais para a devida investigação e apuração da tortura e dos maus-tratos. O pré-atendimento psicossocial antes da audiência de custódia é um item quase que tão importante quanto a própria audiência, já que permitirá uma oitiva mais adequada à dignidade humana e fornecerá mais elementos para a tomada da decisão. A investigação dos maus-tratos e da tortura deve ser feita por órgão independente, que no caso é o próprio Ministério Público, com o apoio do Poder Executivo e Legislativo no sentido das ferramentas para o cumprimento do Protocolo de Istambul.

- O Protocolo de Istambul traz diversos tipos de tortura, observando-se que essas modalidades estão sempre em evolução e variam de acordo com a localidade em que ocorrem, podendo ser tanto físicas, quanto psíquicas, e deixam vestígios, tanto no corpo da vítima, como em sua mente, quanto ao sofrimento sofrido.

Vê-se, além disso, que o Protocolo de Istambul não é direcionado apenas aos operadores do direito, mas principalmente aos profissionais de saúde (médicos, odontólogos e psicólogos), que farão a documentação da tortura e, portanto, o conteúdo que irá ao campo da justiça. Um laudo de exame de corpo delito elaborado por profissionais qualificados, de maneira multidisciplinar, é um instrumento e ferramenta muito útil aos operadores do processo penal para elucidar os fatos de tortura imputados a determinada pessoa.

Por isso, uma política criminal baseada em fornecer os meios adequados para a defesa contra a tortura, consistente em pessoal médico e de saúde qualificados no tema, seja no âmbito do Poder Executivo, do Poder Judiciário, ou do Ministério Público é imprescindível para o cumprimento do Protocolo de Istambul e para uma humanização do processo penal através do fornecimento de meios adequados para a documentação, investigação e processamento do crime de tortura e de maus-tratos.

- De resto, a audiência de custódia, por ser o primeiro ato judicial que pode ser a porta de entrada para o sistema de justiça criminal, também deve ser o marco inicial para a correta aplicação do Protocolo de Istambul. Isso porque nas

primeiras horas de detenção, é essencial o respeito às garantias processuais, devendo, portanto, as audiências de custódia contribuir para que haja mais relatos de tortura, e também para incrementar as apurações e documentações. Ademais, constitui um instrumento de garantias com previsão atual no ordenamento jurídico e portanto, de imediata e possível aplicabilidade.

- Ao mesmo tempo em que o juiz de garantias proporcionará que o juiz da instrução julgue o processo sem estar objetiva e subjetivamente contaminado, por outro lado, também permitirá que o Poder Judiciário exerça seu papel de controle judicial, na audiência de custódia, dos autos de prisão em flagrante delito, e por toda a regularidade das investigações, à luz dos direitos fundamentais do detido e do sistema processual penal regido pelo Estado Democrático de Direito. É muito importante a oitiva do custodiado e a valoração de todas as suas alegações.

- Imprescindível é uma revisão da política criminal de drogas também no tema de proteção à tortura.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à Sociologia do Direito Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2021.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo. Para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal**. *Revista Doutrina Penal*, n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1987, pp. 623-650.

BARROS, Marcelo. **Polícia e tortura no Brasil: conhecendo a caixa das maçãs podres**. Curitiba: Appris, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Luís Roberto Barroso**, Artigos Acadêmicos, 11 dez. 2010. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. O juiz das garantias no Brasil: uma escolha do legislador não uma determinação constitucional ou de tribunais internacionais. *In*: SOUZA, Renee do Ó (org.). **Lei anticrime: comentários à Lei 13.964/2019**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

BENETTI, Pedro Rolo; SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. O debate parlamentar em torno da lei contra a tortura no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 8, p. 1-32, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.19092/reed.v8.610>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Audiência de Custódia 6 anos**. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **A implantação do juiz das garantias no Poder Judiciário brasileiro**. [Brasília]: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-GT-Juiz-das-Garantias-1.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 357**, de 26 de novembro de 2020. Dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência

quando não for possível a realização, em 24 horas, de forma presencial. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original000449202011275fc042a1730c2.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual de prevenção e combate à tortura e maus-tratos para audiência de custódia**. Coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi et al. Brasília: CNJ, 2020. (Série Justiça Presente. Coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_tortura-web.pdf. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia**: parâmetros gerais. Coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi et al. Brasília: CNJ, 2020. (Série Justiça Presente. Coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Manual_juridico_aud.custodia-1-web.pdf. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia**: parâmetros gerais. Coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi et al. Brasília: CNJ, 2020. (Série Justiça Presente. Coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Manual_juridico_aud.custodia-1-web.pdf. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Manual de proteção social na audiência de custódia**: Parâmetros para o serviço de atendimento à pessoa custodiada. Coordenação de Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi et al. Brasília: CNJ, 2020. (Série Justiça Presente. Coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia). Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_protecao_social-web.pdf. Acesso em: 3 dez. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Processo nº 1.00709/2019-96**. Proponente: Cons. Dermeval Farias Gomes Filho. Relator: Cons. Otavio Luiz Rodrigues Jr, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoJurisprudencia=1&numeroSequencia=&ano=&digitoVerificador=&is-Jurisprudencia=true&ementa=&nuProcesso=-&Search=#>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 221**, de 11 de novembro de 2020. Dispõe sobre a atuação do Ministério Público na audiência de custódia, incorpora as providências de investigação referentes ao Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e dá outras providências. Brasília: CNMP, 2020. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-n-221.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Processo nº 1.00709/2019-96**. Proponente: Cons. Dermeval Farias Gomes Filho. Relator: Cons. Otavio Luiz Rodrigues Jr, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoJurisprudencia=1&numeroSequencia=&ano=&digitoVerificador=&is-Jurisprudencia=true&ementa=&nuProcesso=-&Search=#>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública. **Procedimento Interno de Comissão nº 0.00.000.000300/2016-64**. Conselheiro Presidente: Gustavo do Vale Rocha. Instauração: 21 de março de 2016.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação nº 31**, de 27 de janeiro de 2016. Dispõe sobre a necessidade de observância, pelos membros do Ministério Público, das normas – princípios e regras – do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crimes de tortura e dá outras providências. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-031.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Relatório sobre o Ministério Público e a implementação das audiências de custódia: um retrato da Recomendação CNMP nº 28/2015. *In*: BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública. **Procedimento Interno de Comissão nº 0.00.000.000300/2016-64**. Conselheiro Presidente: Gustavo do Vale Rocha. Instauração: 21 de março de 2016. p. 2180-2199.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213**, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Recomendação nº 28**, de 22 de setembro de 2015. Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público nas “audiências de custódia”. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/3512/>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Lei nº 9.455**, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad [...]. Brasília: Presidência da República, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Lei nº 12.403**, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Lei nº 13.491**, de 13 de outubro de 2017. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar. Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 3.688**, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Decreto nº 847**, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. (Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991). Brasília: Presidência da República, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 90.113/MG (2017/0255227-0)**. Relator: Min. Ribeiro Dantas, 5 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702552270&dt_publicacao=13/12/2017>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus 417.976/RS (2017/0248566-2)**. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 12 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702485662&dt_publicacao=18/12/2017>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Habeas Corpus 705.522/SP (2021/0359332-6)**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103593326&dt_publicacao=17/12/2021>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 158.580/BA (2021/0403609-0)**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 19 de abril de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202104036090&dt_publicacao=25/04/2022>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça (decisão monocrática). **Petição no Habeas Corpus 694.548/PE (2021/0300179-9)**. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 22 de outubro de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=138229206&num_registro=202103001799&data=20211026>. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Habeas Corpus 133.992/DF**. Paciente: Fábio da Silva Brito de Jesus. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12150346>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Questão de Ordem em Recurso Extraordinário 430.105/RJ**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 135.072/PR**. Relator: Min. Edson Fachin, 5 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14221100>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas Corpus 180.709/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 5 de maio de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753468481>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Reclamação 43.479/RJ**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 27 de abril de 2021. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757985124>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de

2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299/DF**. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.841/DF**. Relator: Min. Nunes Marques, 28 de junho de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15346868931&ext=.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 178.512/SP**. Relator: Min. Edson Fachin, 14 de dezembro de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/download-Peca.asp?id=15345267162&ext=.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240/SP**. Relator: Min. Luiz Fux, 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta 347/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tipicidade do porte de drogas para uso pessoal. Boletim de Jurisprudência Internacional**, Brasília, v. 6, maio 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaBoletim/anexo/BJI6_Porte_de_drogas_para_consumo_pessoal.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Habeas Corpus 201965**. Relator Min. Gilmar Mendes. Publicação: 28/03/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). **Reclamação 25891**. Relator Ministro Marco Aurélio. Publicação: 18/09/2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1177984 RG**. Relator Ministro Edson Fachin.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 535 MC-ED**. Relator Ministro Edson Fachin. Publicação: 03/06/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso Extraordinário 430105 QO**. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Publicação: 27/04/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Rcl 26244 AgR/RJ**. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 27/06/2017.

CARVALHO, Glauco Silva de. **Câmeras individuais e direitos humanos: a tecnologia a serviço da civilização**.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas**: introdução e recomendações. São José, CRC: _____. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia**. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2017/12/2017_Tortura_Blindada.pdf. Acesso em: 7 jul. 2022.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Strasbourg: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

XII CONGRESSO MUNDIAL DA COMISSÃO INTERNACIONAL DA PASTORAL NAS PRISÕES. **Descobrir o rosto de Cristo em cada detido**. Roma, Itália. 6 de setembro de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Bayarri vs. Argentina**. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Serie C nº 187. Presidenta: Cecilia Medina Quiroga, 30 de *octubre* de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf. Acesso em: 8 jul. 2022.

_____. **Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México**. *Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*. Serie C nº 220. Presidente: Diego García-Sayán, 26 de *noviembre* de 2010. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 8 jul. 2022.

_____. **Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador**. *Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Presidente: Sergio García Ramírez, 26 de *noviembre* de 2008. Serie C nº 189. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_189_esp.pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú**. *Fondo, reparaciones y costas*. Serie C nº 110. Presidente: Sergio García Ramírez, 8 de *julio* de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf. Acesso em: 8 jul. 2022.

_____. **Caso López Álvarez vs. Honduras**. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C nº 141. Presidente: Sergio García Ramírez, 1 de *febrero* de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú.** Fondo, reparaciones y costas. Serie C nº 319. Presidente: Roberto F. Caldas, 21 de octubre de 2016. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2022.

_____. **Caso Vélez Loor vs. Panamá.** Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C nº 218. Presidente: Diego García-Sayán, 23 de noviembre de 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2022.

_____. **Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Série C nº 333. Presidente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

COSTA, Renata Tavares da. Garantias pré-processuais, tortura, o direito a não ser condenado com base em provas ilícitas e controle difuso de constitucionalidade: o caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México. *In: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 27; nº 323; Outubro/2019.

COSTA, Yuri. **Justiça infame: crime, escravidão e poder no Brasil Imperial**. São Paulo: Alameda, 2019.

CRESPO, André Pereira. **Audiências de custódia no Distrito Federal: arranjos institucionais e práticas do sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CRUZ, Rogério Schietti. Algumas premissas para um devido processo penal. *In: MALAN, Diogo et al. (org.). Processo Penal humanista: escritos em homenagem a Antônio Magalhães Gomes Filho*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 317-348.

DAVIS, Angela J. **Estarão as prisões obsoletas?** Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DOTTI, René Ariel. O Interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 34, n. 134, p. 269-274, abr./jun. 1997. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/244>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

EILBAUM, Lucía; MEDEIROS, Flávia. Quando existe “violência policial”? Direitos, moralidades e ordem pública no Rio de Janeiro. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 407-428, jul./set. 2015. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/6119>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. *El juez de garantías vs. el juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio*. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, n. 17, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *El «derecho penal del enemigo» y la disolución del derecho penal*. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 234-250.

_____. *La legalidad violenta*. In: FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. 2. ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 175-191.

_____. **La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político**. Editorial Trotta. Madrid, 2014.

FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 31, n. 2, p. 279-303, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7153>. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. **O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal**. 2016. 182 f., il. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

_____. **Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil**. 2010. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/7241>. Acesso em: 7 jul. 2022.

FERREIRA, Carolina Costa; ALMEIDA, Maria Clara D'Ávila. A atuação do sistema de justiça criminal na aplicação da Lei nº 9.455/1997 no Distrito Federal (2001-2020): vazios institucionais. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 8, p. 1-41, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v8.619>. Acesso em: 7 jul. 2021.

FERREIRA, Carolina Costa; DIVAN, Gabriel Antinolfi. As audiências de custódia no Brasil: uma janela para a melhora do controle externo da atividade policial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 530-549, abr. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5116>. Acesso em: 7 jul. 2022.

FESTINGER, Lester. Cognitive Dissonance. **Scientific American**, Vol. 207, n. 4, outubro de 1962

FORTES, Pedro Rubim Borges. Direitos e restos humanos: uma hipótese para o enfrentamento jurídico-penal da tortura no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 28-45, jan. 2014. Disponível em: <https://doi.org/10.19092/reed.v1i1.7>. Acesso em: 7 jul. 2022.

FOUCAULT, Michel. Aula de 10 de janeiro de 1973. **A sociedade punitiva**.

FOUCAULT, Michel. Aula de 17 de janeiro de 1973. **A sociedade punitiva**.

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2016.

FREITAS, Felipe da Silva. **Polícia e Racismo: uma discussão sobre mandato policial**. 2020. 264 f., il. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

GARCIA, Rafael de Deus. A audiência de custódia e o sentido histórico e político do habeas corpus. *In*: Encontro Nacional do Conpedi, 26., 2017, Brasília. **Direito Penal, Processo Penal e Constituição I**. Florianópolis: CONPEDI, 2017. p. 76-93. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/10/B7488D7D3CBA3C_pe-nal.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2021.

GIFFARD, Camille. O que é tortura. *In*: GIFFARD, Camille. **Manual de denúncia da tortura: como documentar e apresentar denúncias de tortura no âmbito do sistema internacional para a proteção dos direitos humanos**. Colchester: Human Rights Center: Universidade de Essex, 2000. Excerto separado para o II Seminário de Tortura e Violência no Sistema Prisional e no Sistema de Cumprimento de Medidas Socioeducativas. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2016/06/6f048471c1c6e64a447b2f990115abe9.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro digital.

GODOI, Rafael. Tortura difusa e continuada. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 4 fev. 2016. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/tortura-difusa-e-continuada/>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

GOMES, Mayara de Souza. **Isso é tortura? Disputas, consensos e narrativas na construção social do crime de tortura na cidade de São Paulo**. 2017. 211 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Humanas, Universidade Federal do ABC, São Bernardo do Campo, 2017. Disponível em: <http://biblioteca.ufabc.edu.br/index.php?codigo_sophia=108612>. Acesso em: 7 jul. 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O código modelo de processo penal para Ibero-América 10 anos depois. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, Lima, n. 53, p. 949-959, 2000. Disponível em: <<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200001.030>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, RS, v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

INSTITUTO DE DIREITO DE DEFESA. **Caminho de Direitos: destrinchando o processo penal**. São Paulo, SP, 2021. Disponível em: <<https://idd.org.br/caminho-de-direitos-destrinchando-o-processo-penal/>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

_____. **Direito de Defesa em Foco. Relatório de Impacto 2019.** São Paulo, SP. 2021. Disponível em: <<https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2021/09/caminho-de-direitos-digital.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

INSTITUTO PRO BONO. **Audiências de custódia. Pensando estratégias de combate ao encarceramento provisório.** Dossiê. 2018.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O que está no mundo não está nos autos:** a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. 276 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Os julgamentos do crime de tortura: um estudo processual na cidade de São Paulo. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 143-172, jul./set. 2010. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7180>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. **O crime de tortura e a justiça criminal:** um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo. 2009. 257 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-05022010-171309/pt-br.php>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

JESUS, Maria Gorete Marques de; GOMES, Mayara de Souza. Nem tudo é o que parece: a disputa semântica sobre a tortura no sistema de justiça criminal. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 361-378, maio-ago. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.17648/dilemas.v14n2.34139>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

JESUS, Maria Gorete Marques de; TOLEDO, Fábio Lopes; BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana Bandeira. Mérito sob custódia: os limites da menção aos fatos da prisão durante as audiências de custódia. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 18, n. 99, p. 113-141, jul./set. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.11117/rdp.v18i99.5335>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

MACHADO, Maíra Rocha; BARROS, Matheus de; GUARANHA, Olívia Landi Corrales; PASSOS, Júlia Adib. Penas alternativas para pequenos traficantes: os argumentos do TJSP na engrenagem do superencarceramento. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 604-629, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5155/0>. Acesso em: 7 jul. 2022.

MAIA, Luciano Mariz. **Do controle judicial da tortura institucional no Brasil hoje: à luz do direito internacional dos direitos humanos.** 2006. 397 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2012/06/DO-CONTROLE-JUDICIAL-DA-TORTURA-INSTITUCIONAL-NO-BRASIL-HOJE.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (1ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0000742-87.2015.8.12.0002 – Dourados**. Relatora: Des. Elizabete Anache, 17 de maio de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1120206&cdForo=0>>. Acesso em: 6 jul. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (1ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0001489-77.2020.8.12.0029 – Naviraí**. Relatora: Des. Elizabete Anache, 18 de junho de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1132109&cdForo=0>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (1ª Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0002987-46.2017.8.12.0020 – Rio Brillante**. Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro, 10 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1151607&cdForo=0>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Relatório do biênio 2015-2016**. Campo Grande: TJMS, [2017]. Disponível em: <https://www5.tjms.jus.br/_estaticos/_sc/publicacoes/relatorio-gestao-2015-2016.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, Rio de Janeiro, n. 32, p. 123-151, dez. 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

MELO, Ezilda. O aborto e o julgamento pelo Tribunal do Júri: uma ficção. **Empório do Direito**, 20 fev. 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-aborto-e-o-julgamento-pelo-tribunal-do-juri-uma-ficcao>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ações constitucionais: o habeas corpus como pedra fundamental do processo constitucional brasileiro. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Processo Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Série IDP).

MENDIOLA, Ignacio. Espaços inabitáveis, discursos de torturabilidade: entrevista com Ignacio Mendiola. Entrevistadores: Maria Gorete Marques de Jesus, Thais Lemos Duarte e Rafael Godoi. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 883-899, set.-dez. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.4322/dilemas.v14n3.44398>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

MILITÃO, Eduardo. Como funciona o juiz de garantias pelo mundo, modelo nascido nos anos 70. **UOL**, Brasília, 15 jan. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/15/como-e-juiz-de-garantias-pelo-mundo-alemanha-portugal-brasil-argentina.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

MUNIZ, Mariana Py. **Polícia! Pra quem precisa de justiça: como a magistratura representa a violência policial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

NIEVES, Sanz Mulas. **Manual de política criminal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

OCAMPOS, Lorena Alves. **Audiência de custódia: a presença como direito fundamental**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**. Brasília; Presidência da República, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. **Resolução n.º 39/46, de 10 de dezembro de 1984**. Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes. [S.I.]: ACNUDH, 1984. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/CONVEN%C3%87%C3%83O-CONTRA-A-TORTURA-E-OUTRAS-PENAS-OU-TRATAMENTOS.pdf>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

_____. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Protocolo de Istambul**: Manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Nova Iorque: Nações Unidas, 2001. (Série de Formação Profissional, n. 8). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.

_____. Assembleia Geral. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 12 de setembro de 1985**. Cartagena de Indias: OEA, 1985. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>>. Acesso em: 8 jul. 2022.

_____. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José, CRC: CIDH, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 jul. 2022.

PORTUGAL. **Decreto-Lei nº 78/87**, de 17 de fevereiro. Aprova o Código do Processo Penal. Revoga o Decreto-Lei n.º 16489, de 15 de fevereiro de 1929. Lisboa: Diário da República Eletrônico, 1987. Disponível em: <<https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/78-1987-662562>>. Acesso em: 10 jul. 2022.

POSSAS, Mariana Thorstensen. A lei contra a tortura no Brasil, a construção do conceito de “crime de lesa-humanidade” e os paradoxos da punição criminal. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 98-112, jan. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.19092/reed.v3i1.98>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas: o STF e a ditadura militar**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. **A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal**. 2011. 143 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2011.

RITTER, Ruiz. **Imparcialidade no Processo Penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

RODRIGUES. João Gaspar. **Tortura: da impunidade à responsabilização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RODRIGUES, Artur; SETO, Guilherme. Câmara de PM põe segurança na eleição após crítica de Tarcísio e França e defesa de Haddad. **Folha de S. Paulo**, Caderno A9, 23 abr. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/04/camera-de-pm-poe-seguranca-na-eleicao-apos-critica-de-tarcisio-e-franca-e-defesa-de-haddad.shtml>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

ROSA, Alexandre Morais da. A prática de *fishing expedition* no processo penal. **Consultor Jurídico**, 2 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

SALLA, Fernando. O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 57, p. 213-247, 2005.

SALLA, Fernando Afonso; JESUS FILHO, José de; JESUS, Maria Gorete Marques de. Investigação e processamento de crimes de tortura em Goiânia, Curitiba e Belo Horizonte. In: PARESCHI, Ana Carolina Cambreses; ENGEL, Cíntia Liara; BAPTISTA, Gustavo Camilo; NEVES, Alex Jorge das (org.). **Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2016. p. 111-148. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2019/09/CAP-DE-LIVRO-pensando-a-seguranca-publica_vol-6.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2022.

SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos César. Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 63, p. 277-308, nov. 2006.

SILVESTRE, Giane; JESUS, Maria Gorete Marques de; BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana. Audiência de custódia e violência policial: análise do encaminhamento das denúncias em duas gestões na cidade de São Paulo. **Revista Antropolítica**, Niterói, n. 51, p. 36-60, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.22409/antropolitica2021.i51.a44595>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

STRECK, Lenio L. Comentário ao artigo 5º, LXVIII. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio L. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. Juiz das garantias: o inquérito policial deve compor os autos do processo? *In*: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARI-NELA, Fernanda (org.). **Pacote anticrime**. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021. v. 2.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de Direito Processual Penal**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

TOLEDO, Fábio Lopes; JESUS, Maria Gorete Marques de. Olhos da justiça: o contato entre juízes e custodiados nas audiências de custódia em São Paulo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 17, n. 1, e2103, p. 1-28, 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6172202103>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

VALENÇA, Manuela Abath. Audiências de custódia e laudos periciais: a tortura será punida? *In*: **Audiências de custódia no Brasil: a prática em debate**. Salvador-BA. 2022.

VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX**. 2018. 245 f. Tese (Doutorado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/31794>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

VANRELL, Jorge Paulete; MALAVER, Moisés Ponce (ed.). **Torturas: sua identificação e valoração médico-legal**. Leme, SP: J.H. Mizuno, 2016.

VASCONCELLOS. Vinícius Gomes de. Barganha no processo penal e o autoritarismo consensual nos sistemas processuais; A justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. **Revista dos Tribunais**, RT 953, março de 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 4, n. 6, p. 28-51, 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000100003>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 6ª edição, agosto de 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; SANTOS, Ílison Dias dos. **La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financiero**. Quito, ECU: Ediar, 2019.