

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

JÉSSICA VIEIRA SANTOS

**AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO
ENQUANTO FERRAMENTA DE COMBATE E PREVENÇÃO À TORTURA**

**ARACAJU
2017**

JÉSSICA VIEIRA SANTOS

**AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO
ENQUANTO FERRAMENTA DE COMBATE E PREVENÇÃO À TORTURA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Ermelino Costa Cerqueira

**ARACAJU
2017**

Ficha Catalográfica

SANTOS, Jéssica Vieira

As Audiências de Custódia no Cenário Jurídico Brasileiro Enquanto Ferramenta de Combate e Prevenção à Tortura/ Jéssica Vieira Santos. Aracaju, 2017. 51 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

1. Audiências de Custódia 2. Tratados Internacionais 3. Crime de Tortura I.TÍTULO.

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da FANESE

JÉSSICA VIEIRA SANTOS

**AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO
ENQUANTO FERRAMENTA DE COMBATE E PREVENÇÃO À TORTURA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Profa. Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

Prof. Esp. Ivis Melo de Souza
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

DEDICATÓRIA

A Deus, a minha família e principalmente a minha filha por ter me dado força, ainda que sem saber, para que esse dia chegasse.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, é evidente a sua interferência em minha vida, sem ele nada disso seria possível. A Nossa Senhora Aparecida, que, com toda certeza, intercedeu em meu favor todo esse tempo e em todas as vezes que clamei pela sua compaixão e bondade.

Agradeço especialmente a minha mãe por tudo que fez e faz por mim e pelos meus irmãos. Por cada dia dedicado a mim e a minha filha. Por todas as vezes que tive que perder noites estudando e no outro dia ela “aguentar as pontas” com Duda só para que eu conseguisse “tirar um cochilo”. Por todas as vezes que me acolheu em seus braços quando pensei que não fosse conseguir. Por ser um exemplo de solidariedade, compaixão e justiça. E por inúmeras outras qualidades que tem, mas que não cabe aqui descrevê-las, pois teria que digitar um verdadeiro Tratado. OBRIGADA por existir e por ser esse ser de luz em minha vida, agradeço todo dia a Deus por tê-la em minha vida.

Agradeço a minha filha, por todo amor. Por não abdicar do seu direito de filha e pedir minha atenção e colo sempre. Por me dar força só em me olhar. Por me fazer feliz só em existir. OBRIGADA, VIDA, TE AMO!

Agradeço ao meu pai, pelo esforço de toda uma vida para sustentar os filhos, dar o melhor sem ter tido o melhor. Ser um pai paciente e amoroso, trabalhador e sempre presente. Por tudo isso e muito mais, OBRIGADA!!

Aos meus irmãos, principalmente ao meu caçula, que por estar mais próximo, me aturou nas horas mais difíceis, enxugou minhas lágrimas e até chorou junto comigo. Você, “Caçolinha” (rsrs), sabe bem as dificuldades que passamos ao longo desses 5 (cinco) anos.

Ao meu amor, companheiro de uma vida, afinal, são 11 (onze) anos juntos, e apesar de todas as brincadeiras (de muito mau gosto), sei que acredita na minha capacidade (muitas das vezes, mais do que eu). Obrigada por tudo, e vamos em frente porque só estamos começando.

Aos meus professores, todos, absolutamente todos, os quais tiveram um papel importantíssimo na minha vida, desde aqueles do ensino médio como

Gerfesson de Souza - que sempre acreditou nos seus alunos do Gonçalo Rollemberg Leite - até os mais exigentes que me deparei na graduação como: Sandro Costa e Gilberto Moura, a todos, meus sinceros agradecimentos.

Ao meu orientador, em especial, por ter me dado suporte para fazer essa pesquisa.

Aos meus amigos de faculdade: Dayane, Thalita, Iane, Tatiana, Airton por terem sofrido junto comigo todos esses anos e acreditado em mim quando nem eu acreditava.

A todos vocês, o meu sincero AGRADECIMENTO!!!! Obrigada por tudo.
Avante!

*“A vida me ensinou a caminhar... Saber cair e depois se levantar... O tempo não espera... não há espaço pra chorar... Andei no escuro e agora vou brilhar. Sobreviver é necessário, também quero ser feliz. Permaneço no combate. Meu resgate é a minha fé. Minha luta causa medo e alegria la laiá. Tô na luta para o que vier, não vou amarelar seja o que Deus quiser ôôô, seja o que Deus quiser. Na fé [...]”
(MV Bill)*

RESUMO

A tortura nem sempre foi uma prática condenável, os períodos históricos mostram que por muitos séculos o seu uso era legal, fato que só começa a ser questionado a partir do século XVIII com o Iluminismo e a ascensão da razão. Contudo, só após a segunda grande guerra, com os horrores ali acontecidos, é que o mundo desperta para a necessidade de por um fim no uso da tortura contra o ser humano, então é fundada a ONU e criado vários Tratados e Convenções acerca do assunto. No Brasil, com a Constituição de 1988 e a ratificação de Tratados e Convenções Internacionais, o país passou a ser “guardião” da integridade física dos indivíduos, devendo tomar medidas para que atrocidades não aconteçam. Em 1997, é promulgada a lei 9.455, a chamada lei da tortura, um ajuste da legislação brasileira aos preceitos da Constituição Federal e Tratados Internacionais. O uso da tortura como instrumento do processo criminal é marcante na história do Brasil e do mundo. Não é novidade que, ainda hoje, mesmo após a criminalização da tortura, ela seja utilizada como meio de atuação das autoridades policiais, tratada como modo de agir sem levar em consideração os direitos e a dignidade da pessoa humana. Nesse cenário, no ano de 2015 o Conselho Nacional de Justiça cria as audiências de custódia com o objetivo de coibir o uso da tortura, dando maior proximidade do preso com o magistrado e sua defesa, além de reduzir o encarceramento provisório e dar maior aplicabilidade as medidas cautelares diversas da prisão.

Palavras-chave: Audiências de Custódia. Tratados Internacionais. Crime de tortura.

RESUMEN

La tortura no siempre fue una práctica condenable, los períodos históricos muestran que por muchos siglos su uso era legal, hecho que sólo comienza a cuestionarse a partir del siglo XVIII con la Ilustración y la ascensión de la razón. Sin embargo, sólo después de la segunda gran guerra, con los horrores allí ocurridos, es que el mundo despierta para la necesidad de poner un fin en el uso de la tortura contra el ser humano, entonces se funda la ONU y ha creado varios Tratados y Convenciones acerca del asunto. En Brasil, con la Constitución de 1988 y la ratificación de Tratados y Convenciones Internacionales, el país pasó a ser "guardián" de la integridad física de los individuos, debiendo tomar medidas para que las atrocidades no suceden. En 1997, se promulgó la ley 9.455, la llamada ley de la tortura, un ajuste de la legislación brasileña a los preceptos de la Constitución Federal y Tratados Internacionales. El uso de la tortura como instrumento del proceso criminal es notable en la historia de Brasil y del mundo. No es novedad que, aún hoy, incluso después de la criminalización de la tortura, sea utilizada como medio de actuación de las autoridades policiales, tratada como modo de actuar sin tener en cuenta los derechos y la dignidad de la persona humana. En ese escenario, en el año 2015 el Consejo Nacional de Justicia crea las audiencias de custodia con el objetivo de cohibir el uso de la tortura, dando mayor proximidad del preso con el magistrado y su defensa, además de reducir el encarcelamiento provisional y dar mayor aplicabilidad Medidas

Palabras-clave: Audiencias de Custodia. Tratados Internacionales. Crimen de tortura.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADPF-** Arguição de Preceito Fundamental
- CADH-** Convenção Americana de Direitos Humanos
- CF-** Constituição Federal
- CNJ-** Conselho Nacional de Justiça
- CPP-** Código de Processo Penal
- DEPEN-** Departamento Penitenciário Nacional
- EC-** Emenda Constitucional
- IDDD-** Instituto de Defesa do Direito de Defesa
- MP-** Ministério Público
- ONU-** Organização das Nações Unidas
- PM-** Polícia Militar
- TJMG-** Tribunal de Justiça de Minas Gerais
- TJSP-** Tribunal de Justiça de São Paulo
- TJSE-** Tribunal de Justiça de Sergipe
- STF-** Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	17
2.1	Características e Definição	17
2.2	Previsão Normativa e finalidade.....	19
2.2.1	Código Eleitoral Brasileiro.....	21
2.2.2	Conselho Nacional de Justiça.....	22
2.2.3	Instrução Normativa 11/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe ..	24
3	CRIMES DE TORTURA	25
3.1	Breve histórico da tortura no Brasil e no mundo.....	26
3.2	Criminalização da tortura em Tratados e Convenções Internacionais ..	29
3.3	A Criminalização da tortura no Brasil após a Constituição Federal de 1988.....	32
3.3.1	A Lei 9.455 de 1997.....	34
4	AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO COMBATE AOS CRIMES DE TORTURA.....	37
4.1	Procedimentos a serem tomados nas audiências de custódia nos casos de denúncia de tortura segundo a Resolução 213/2015 do CNJ.....	38
4.2	A naturalização da tortura nas audiências de Custódia	41
4.2.1	“Validade” da denúncia feita pelos (as) presos (as)	43
4.2.2	Atuação do Ministério Público.....	45
4.2.3	Atuação da Defensoria Pública ou Advogado particular	47
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
	REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

A abordagem do tema tortura em um Estado Democrático de Direito deveria ser algo fora da realidade, feita para nos mostrar o que os nossos antepassados fizeram, mas não é bem assim. O tema, por mais esdrúxulo que pareça, é a realidade do nosso país. A tortura acontece aqui de diversas formas: nas abordagens policiais; nas prisões em flagrante; no interrogatório; nos estabelecimentos prisionais; nas relações particulares entre pais (mães/padrastos/madrastas) e filhos; e também marido e mulher, dentre outros casos.

Nosso trabalho ater-se-á a tortura cometida por agente do Estado no cumprimento do seu dever, comumente cometida pela polícia, seja ela militar ou civil, no ato da prisão ou no interrogatório.

A tortura é uma prática condenável, diferente de outros períodos em que o seu uso era legalizado. Utilizada como meio inquisitorial eficiente na idade Média, período histórico do seu ápice, foi considerada a “rainha das provas”, uma evolução para o processo penal daquela época. Mas, bem antes disso, fazia parte dos interrogatórios e das penas, conforme se observa no Código de Hammurabi, regido sob o princípio do Talião – “olho por olho, dente por dente” –, que previa a aplicação de penas cruéis a todos que praticassem algum delito. A cada época, a tortura compunha o sistema jurídico. Considerada legal e perpetrada no interrogatório, ela era aplicada invariavelmente com pretensão de conseguir provas de materialidade do delito cometido e/ou castigar quem os praticou. No entanto, no século XVIII, com o advento do Iluminismo, a humanidade desperta para o horror que é o ato de tortura.

No Brasil, um dos períodos históricos marcantes da utilização da tortura foi a Ditadura Militar (1964- 1985), momento em que foram decretados vários atos que davam plenos poderes para o Exército Brasileiro, dentre eles, o de reprimir, agredir, torturar toda e qualquer pessoa que fosse contrária ao Regime Militar. E, por inúmeras vezes, as agressões davam-se contra inocentes que não tinham sequer direito à defesa.

Com a elaboração da Constituição cidadã de 1988, cai o regime ditador e ascende à proteção à dignidade humana, nela, a vida e a saúde humana são os bens jurídicos de maior valia.

Todavia, apesar da Constituição Federal vedar taxativamente a prática da tortura, faltava o legislador definir o que era isso. Daí, que em 17 de abril de 1997 é promulgada a Lei 9.455 tida como Lei da Tortura que define e impõe sanções a essa prática. Apesar disso, ainda que seja prevista a vedação constitucional e legal desse tipo de crime, é sabido que a tortura é praticada de forma corriqueira por agentes do Estado no exercício da sua função. O Estado tem a obrigação de proteger a integridade física e psíquica dos cidadãos, para tanto são necessárias políticas públicas eficientes no combate à tortura e a qualquer violação dos direitos humanos.

No ano de 2015, o CNJ, numa parceria com os Tribunais de Justiça, criou um projeto para implementar em todos os Estados da Federação as audiências de custódia com a proposta de reduzir o encarceramento em massa e, principalmente, combater e prevenir a tortura institucional, insistentemente utilizada com o argumento de combate à criminalidade.

As audiências de custódia nada mais são do que a apresentação do indivíduo preso em flagrante delito ao juiz no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. Essa apresentação havia sido prevista também em Tratados Internacionais em que o Brasil é país signatário, são eles: o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Diante disso, a implementação das referidas audiências ajusta o processo penal brasileiro aos tratados internacionais outrora ratificados.

A oportunidade de denunciar, durante a audiência de custódia, a violência sofrida no ato de sua prisão é um grande avanço para o processo penal. A aproximação do preso com o juiz e com sua defesa, ainda com marcas da agressão, torna o processo mais humano e combate as arbitrariedades cometidas pelos próprios agentes da lei.

Contudo, a audiência de custódia é o alicerce desse trabalho, partindo da possibilidade de coibir a execução da tortura dentro do sistema criminal brasileiro, haja vista a sua prática ser uma afronta ao Estado Democrático de Direito e aos princípios basilares do ordenamento jurídico do Brasil.

Ante o exposto, a problemática central desta pesquisa está baseada no seguinte questionamento: Em que medida as audiências de custódia podem combater e prevenir a prática da tortura institucionalizada?

Pela complexidade da questão, a sua resposta requer um raciocínio atento às particularidades da legislação específica e da atuação dos membros do Judiciário e Ministério Público que são peças fundamentais nesse combate.

Dessa forma, para melhor se debruçar no questionamento, deve-se indagar também: a) o que são as audiências de custódia, qual sua origem e objetivo? b) o que se entende por crime de tortura? c) Quais as legislações pertinentes ao tema? d) Como a tortura deve ser abordada nas audiências de Custódia? e) Qual o papel do Judiciário, do Ministério Público e da defesa nesse combate?

Todas as indagações feitas acima, com a possibilidade de suas respostas, colaboram para, seguindo a indicação de estudiosos, entender como as audiências de custódia podem contribuir no combate à tortura cometida por agentes estatais. O estudo proposto assimila visões de autores renomados sobre o tema das audiências de custódia e da tortura. Discorrem os doutrinadores acerca da possibilidade de redução e do enfrentamento ao problema da tortura institucional via audiências de custódia dando maior visibilidade às agressões causadas pelas autoridades policiais.

Em vista disso, e pela importância social que tem a matéria, o presente estudo firma sua relevância na contemporaneidade nacional levando-se em conta a grave lesão aos direitos humanos e o flagrante descumprimento a princípios constitucionais. Nesse sentido, este trabalho se justifica por seu caráter esclarecedor de tema significativo, envolvido pelo respeito aos direitos essenciais e caros à sociedade fundamentada em um Estado Democrático de Direito, cuja existência pode ser comprometida quando se permite ofensa aos direitos fundamentais de quem quer que seja.

O presente discorre sobre um problema sério e atual do Brasil, visando contribuir de algum modo para o debate acadêmico. Nesse sentido, o objetivo precípuo desse trabalho é analisar as audiências de custódia no combate ao crime de tortura. Além disso, a pesquisa busca analisar ainda: a implantação das audiências de custódia no Brasil e a sua interferência nos crimes de tortura; a

criminalização da tortura no Brasil e no mundo; a legislação específica da tortura; e analisar quais os impasses para que esse combate seja eficiente.

A metodologia dialética foi utilizada na pesquisa para discutir controvérsias acerca do tema proposto. Trata-se, portanto, de pesquisa de natureza qualitativa, levando-se em consideração as particularidades do material em estudo, explorando as questões mais relevantes. É igualmente comparativo, pois busca compreender as diversas opiniões dos doutrinadores sobre o tema, fazendo um cotejo a respeito dos contrapontos por eles estabelecidos sobre as audiências de custódia como um meio de reduzir a prática da tortura pelos agentes estatais, apresentados no levantamento bibliográfico.

Sendo o trabalho realizado através da pesquisa bibliográfica, utilizaram-se tanto os livros próprios do autor, como artigos científicos e livro disponibilizado pelo orientador. Fato que proporcionou uma coleta de dados doutrinários que acabam por fornecer compreensão sobre as audiências de custódia e os crimes de tortura, desaguando na formação do projeto vertente.

No capítulo dois, serão abordadas as audiências de custódia, a partir de uma reflexão acerca da origem, da definição e finalidade desse tipo de audiência. No capítulo três, analisa-se a história da prática da tortura, faz-se uma ponderação quanto a sua definição em tratados internacionais e no direito interno, discutindo a lei 9455/1997. No capítulo quatro, será feita uma análise acerca do combate à tortura através das audiências de custódia e a atuação das autoridades judiciais nesse contexto. Por fim, as Considerações Finais apresentam o resultado do que foi pesquisado, dando respostas claras para a problemática que foi proposta.

A presente pesquisa mostra sua grande relevância social no que concerne a sua complexidade e contemporaneidade do tema nela abordado.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia concretiza o direito do preso de ser apresentado a uma autoridade competente nos casos de prisões em flagrante delito no prazo de até 24 horas após a prisão, segundo os tratados citados anteriormente. A entrada das referidas audiências no cenário jurídico brasileiro é uma grande conquista para o sistema penal, que passa a ter uma persecução penal mais humanizada, com a proposta de analisar maus-tratos e crimes de tortura cometidos pelas autoridades policiais, bem como, a legalidade da prisão e sua real necessidade.

Faz-se necessário uma distinção entre as audiências de custódia e as audiências de instrução e julgamento, pois, ambas possuem características próprias que serão retomadas adiante.

2.1 Características e Definição

A audiência de Custódia consiste na apresentação do indivíduo que foi preso em flagrante a uma autoridade judicial competente no prazo de 24 horas após a sua detenção, para que nesta ocasião seja analisada a legalidade da prisão; o cometimento ou não dos crimes de tortura ou maus-tratos policial, bem como se há necessidade de manutenção da prisão. Neste sentido:

[...] audiência de custódia consiste, basicamente, no direito de todo cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz, para que, nesta ocasião (i) se faça cessar eventuais atos de maus-tratos ou de tortura, e, também, (ii) para que se promova um espaço democrático de discussão acerca da legalidade e da necessidade da prisão.” (LOPES JÚNIOR; PAIVA, 2014, p.10).

Essa audiência é o primeiro contato que o preso tem com o juiz, onde estarão presentes também um membro do Ministério Público e a Defensoria Pública. Caso o preso não tenha advogado particular constituído, para serem assegurados, sempre, os princípios constitucionais inerentes ao processo.

Tal conceito atribuído à audiência de custódia tem total ligação com as finalidades que a mesma se propõe, que são: o cumprimento dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, da prevenção dos crimes de torturas e maus-tratos policiais, visando sempre salvaguardar a dignidade/integridade do preso e a

de evitar as prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. Desta maneira, as audiências de custódia têm como característica principal a humanização do processo criminal, ainda que esta ocorra antes do início do processo propriamente dito, ou seja, ela tem como objetivo analisar as características da prisão; em quais circunstâncias ela ocorreu, aproximando a autoridade judicial à realidade da prisão, rompendo as “fronteiras de papel” estabelecidas no artigo 306 do CPP, que prevê o envio do auto de prisão em flagrante para a autoridade competente sem que haja contato desta autoridade com o preso:

Confia-se, também, à audiência de custódia a importante missão de reduzir o encarceramento em massa no país, porquanto, através dela, se promove um encontro do juiz com o preso, superando-se, desta forma, a “fronteira de papel” estabelecida no art. 306 parágrafo 1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado. (LOPES JÚNIOR; PAIVA, 2014, p. 10.)

Visto que a audiência citada é um importante mecanismo de proteção aos direitos humanos da pessoa conduzida pela autoridade policial, na medida em que rompe o lapso temporal que existia entre o preso e o magistrado, podendo assim, serem comunicadas as agressões tendo ainda vestígios da violência sofrida. Portanto, expõe:

[...] a realização desse ambiente é um ganho para o sistema de justiça criminal brasileiro e poderá proporcionar a tomada de decisões mais responsáveis sobre a decretação da prisão preventiva. Por outro lado, é um espaço em potencial de controle da atividade policial, posto que, ao se analisar o flagrante, dá-se a oportunidade de avaliar as condições a que foi submetido o preso. (VALENÇA; 2016, p.8).

No tocante a redução do encarceramento provisório, confia-se a estas audiências, com a oportunidade dos magistrados analisarem melhor as circunstâncias da prisão e a real necessidade dela, diante do caso concreto, dar uma maior aplicabilidade às medidas cautelares o que acarretaria, conseqüentemente, numa redução da população presa provisoriamente.

[...] o instituto vem ao encontro das garantias individuais, especialmente quanto à presunção de inocência e devido processo legal, servindo não apenas ao indivíduo que será livrado de um encarceramento ilegal, mas também à sociedade, que pode encontrar nesta uma medida para começar a mudança do paradigma

do encarceramento em massa como forma de solução dos problemas da segurança pública. (OLIVEIRA, MESSIAS, 2016, p. 129)

Não cabe, portanto, nessas audiências, a instrução probatória inerente ao processo de conhecimento, apenas será feita uma análise dos requisitos e dos pressupostos da prisão em flagrante, da mesma forma que serão analisadas as circunstâncias em que foi feita essa prisão e uma perspectiva do preso das condições a que ele foi submetido no ato dela.

2.2 Previsão Normativa e finalidade

As audiências de custódia estão previstas em tratados internacionais de direitos humanos. Tratados estes, assinados pelo Brasil no ano de 1992 e que passaram a valer como norma supralegal após julgamento do RE 466.343 do Supremo Tribunal Federal.

Na oportunidade, o STF decidiu pela supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que foram ratificados pelo Brasil antes do ano de 2004 (ano que a EC 45/2004 incorporou ao art. 5º da Constituição Federal o seu § 3º), isto é, analisando a hierarquia normativa brasileira, os referidos tratados encontram-se abaixo da Constituição Federal e acima das demais normas, podendo assim, serem cumpridos de imediato sem que haja regulamentação de lei, como também não podem ser revogados pelas mesmas.

Os tratados que preveem audiências de custódia são os já citados: o Pacto de São José da Costa Rica (CADH) em seu artigo 7º, 5 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos no artigo 9º,3, como pode-se verificar:

ARTIGO 7. Direito à liberdade pessoal

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer 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.

ARTIGO 9

3. 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. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Também foi decidida, pelo STF na ADPF 340, a necessidade das audiências de custódia no sistema brasileiro, vejamos:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferir a cautelar em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão [...] (STF, 2015, p. 04).

Como mostram os artigos, não se fala em prazo para apresentação do preso ao juiz, mas sim que seja o mais breve possível. O prazo de 24 horas para apresentação do preso previsto pelo projeto do Conselho Nacional de Justiça é razoável e cumpre o que prevê o CADH.

A principal finalidade da implantação das audiências de custódia no Brasil é ajustar o processo penal aos Tratados Internacionais. Quando o Brasil assinou os tratados de Direitos Humanos se obrigou a cumpri-los e o não cumprimento deles pode acarretar sanções impostas pelos organismos internacionais.

Outra finalidade e não menos importante é a de prevenção à tortura policial que confere maior importância à integridade e dignidade do preso, fazendo valer o Estado Democrático de Direito e os princípios constitucionais. De certo, aumenta a responsabilidade dos promotores, juízes e defensores de cobrar e fiscalizar o trabalho dos demais elos do sistema da justiça criminal, para que esta seja realizada dentro da legalidade e eficiência sempre salvaguardando a dignidade humana. Essa finalidade será objeto de nosso estudo mais na frente. Neste sentido:

[...] ao implementar a audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio, o Brasil cumpre, ainda um compromisso internacional de tomar medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição. (OLIVEIRA, MESSIAS, 2016, p. 126).

As audiências de custódia também têm como finalidade dar maior aplicabilidade às medidas cautelares diversas da prisão o que, conseqüentemente, traz uma redução do encarceramento provisório. Na nossa sociedade, onde o punitivismo impera, é de grande valia termos um instrumento jurídico que traga um direcionamento “novo” para a justiça criminal, de modo que os juízes têm agora uma oportunidade maior e mais justa de aplicar ou não a prisão, deixando esta como recurso a ser utilizado somente em real necessidade.

Apesar de ser oriunda dos Tratados Internacionais, a primeira espécie de audiência de custódia no Brasil está prevista no Código Eleitoral Brasileiro em seu art. 236, §2º o que será explicado a seguir.

2.2.1 Código Eleitoral Brasileiro

O Código Eleitoral Brasileiro, que data de 1965, ou seja, anterior à adesão do Brasil ao CADH, já prevê uma espécie de audiência de custódia. Vejamos:

Art. 236. Nenhuma autoridade poderá, desde 5 (cinco) dias antes e até 48 (quarenta e oito) horas depois do encerramento da eleição, prender ou deter qualquer eleitor, salvo em flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto.

§ 2º Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do Juiz competente que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator

Ou seja, a imediata apresentação do preso ao juiz para verificar a legalidade da detenção realiza-se na audiência de custódia, não tendo ainda essa nomenclatura, mas tendo a mesma finalidade do controle de custódia/proteção do direito à integridade física do cidadão conduzido.

Apesar do projeto da implementação não ter sido baseado no Código Eleitoral Brasileiro, é importante destacar que dentro do ordenamento já existia uma

espécie dessa audiência, o que frisa ainda mais a sua importância no âmbito da justiça criminal.

2.2.2 Conselho Nacional de Justiça

A implementação das audiências de custódia no sistema jurídico brasileiro é fruto de um projeto idealizado pelo Conselho Nacional de Justiça. Em 6 de fevereiro de 2015, o CNJ lançou, em parceria com o Tribunal de Justiça, o projeto Audiência de Custódia em São Paulo, primeiro estado a receber essas audiências. Em seguida o CNJ, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram três acordos que tinham como objetivo incentivar a difusão do projeto Audiências de Custódia em todo o país.

Conforme o CNJ, o primeiro acordo prevê uma cooperação técnica estabelecendo uma união de esforços para implantação das audiências nos estados. Este acordo prevê o apoio técnico e financeiro para implantação das Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal.

O segundo acordo firmado pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, como uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação.

O terceiro acordo tem por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica. O acordo busca incentivar o uso das tornozeleiras em duas situações específicas: a primeira, no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenados por outro crime doloso, e a outra, no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência.

No ano de 2016, a ONU enalteceu o projeto piloto das referidas audiências, como se verifica a seguir:

Uma das iniciativas de política pública mais importante para lidar com problemas de prisões arbitrárias e tortura é um projeto piloto promissor lançado em fevereiro de 2015, para assegurar audiências de custódia em cinco estados, incluindo dois dos visitados nesta missão. Seguindo o lançamento do projeto piloto, todos os estados assinaram um acordo com o Conselho Nacional de Justiça sobre as audiências de custódia.

[...]

Audiências de custódia têm o benefício de reduzir o desproporcional número de presos provisórios (40 por cento em média e, em um estado, 78 por cento), e serve para o importante propósito de desencorajar o uso da tortura.

[...]

Apesar disso, ele identificou um grande número de desafios: (a) o processo não está sendo usado para pessoas acusadas de homicídio, tentativa de homicídio ou crimes graves similares; (b) a taxa de réus que reclamam ter sido vítima de tortura não é tão alta quanto antes, o que sugere uma subnotificação das alegações, e a taxa de provas concretas de tortura continua negligenciada; (c) com o atual formato, os presos correm riscos ao esperar um longo período na presença dos policiais que os prenderam ao invés de estar em um local apropriado; e (d) a cobertura geográfica em cada estado não está completa, resultando em disparidades de tratamento entre os detidos que estão em locais similares.

[...]

Especialistas jurídicos disseram ao Relator Especial que os detidos têm denunciado tortura durante entrevistas informais, no decorrer das inspeções, por exemplo, mas têm se recusado a formalizar a denúncia com medo de represálias e devido à percepção de que nada será conseguido denunciando formalmente as torturas – argumentos que também foram ouvidos diretamente pelo Relator dos presos (ONU, 2016, apud DEPEND, 2016).

Atualmente, implementada em todos os estados da federação, diante do cenário caótico dos presídios brasileiros, as audiências de custódia são tidas como um importante instrumento para controle e até mesmo redução do encarceramento provisório, bem como, uma ferramenta de prevenção e controle à violência policial.

No Estado de Sergipe, o Tribunal de Justiça, juntamente com o Governo do Estado e o Conselho Nacional de Justiça, assinaram o termo de adesão ao projeto das Audiências de Custódia no dia 02 de Outubro de 2015. Foi publicada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe uma Instrução Normativa de número

11/2015, a qual dispõe sobre o Projeto de Audiência de Custódia na Central de Plantão Judiciário no âmbito da justiça comum de primeira instância que será mais destrinchada a posteriori.

2.2.3 Instrução Normativa 11/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

A Instrução normativa regulamenta a Audiência de Custódia no Estado de Sergipe no âmbito da justiça comum em primeira instância e dá parâmetros a serem seguidos pelos juízes. Essa Instrução prevê a organização da justiça criminal sergipana quanto às audiências de custódia, dispondo sobre os horários de realização das audiências; os documentos a serem apresentados ao juiz no momento da audiência; como a audiência deve ser realizada; a obrigatoriedade da qualificação do preso e a indagação acerca da circunstância objetiva de sua prisão, enfim, todo o procedimento da audiência.

Contudo, apenas as pessoas presas em flagrante delito na Comarca de Aracaju é que terão o direito a serem apresentadas ao juiz no prazo de 24 horas de acordo com a instrução. Tendo o objetivo da sua ampliação para outras cidades do interior.

3 CRIMES DE TORTURA

A tortura, desde o iluminismo no século XVIII, é considerada um desrespeito à dignidade humana. Por conta disso, a comunidade internacional desenvolveu tratados para combater o seu uso como meio de contenção da criminalidade. Sendo assim, de acordo com os tratados internacionais, a tortura seria crime próprio, ou seja, é crime perpetrado por agentes do Estado. Qualquer tipo de violência cometido por uma pessoa que não seja agente do Estado, não seria considerado tortura, ou seja, está ligada diretamente com a atuação ou omissão estatal. Como podemos observar no artigo 3º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura:

ARTIGO 3

Serão responsáveis pelo delito de tortura:

- a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;
- b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nela sejam cúmplices.

Porém, no Brasil, a lei 9.455/1997 considerará crime a prática que infligir dor e sofrimento ao indivíduo, ainda que esta prática seja ocasionada por pessoas que não estejam ligadas ao Estado. Como dispõe em seu artigo 1º:

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.

Apesar desse tipo de prática ser crime inafiançável e imprescritível, é sabido que as autoridades insistem em usá-la como alternativa ao enfrentamento da criminalidade, ainda que isso viole princípios constitucionais que protegem a integridade física e psíquica de todo e qualquer indivíduo. Sendo ela: física, como psicológica e emocional, todas as formas têm em comum o fato de que degradam e destroem a dignidade humana.

Os efeitos desse tipo de crime são devastadores e muitas vezes irreversíveis. Este tema atravessa várias áreas do conhecimento: direito, psicologia, filosofia, história, ciências sociais, etc...

O trabalho pauta-se no aspecto jurídico-penal, o eixo norteador para melhor entendimento da história da tortura no Brasil e no mundo e como se deu a sua criminalização.

3.1 Breve histórico da tortura no Brasil e no mundo

A evidência mais antiga do uso legal da tortura foi no código de Hammurabi (1728-1686 a.C.), Babilônia. Este código era regido pelo princípio do Talião, que segundo Lena C.R. Pauxis apud Maria G.M. de Jesus: “o princípio de talião pode ser resumido pelo celebre axioma ‘olho por olho, dente por dente’, que tinha como fundamento ressarcimento do mal através da aplicação da mesma conduta a quem causara (2010, p.21)”. Este princípio estabelecia penas cruéis aos indivíduos que cometiam delitos. O mesmo princípio orientou práticas punitivas de outras civilizações do Antigo Oriente.

A prática da tortura era entendida como inerente à punição, não havia uma forma melhor de punir senão torturando o indivíduo. Era preciso que o acusado de praticar o delito sentisse muita dor e sofrimento, mas isso não era o suficiente, ele tinha também que ficar marcado para tornar visível a sua prática delituosa e dar exemplo aos demais. A tortura era utilizada também como meio de produção de provas, isto é, as pessoas eram torturadas para confessarem seus delitos.

Na Grécia Antiga, os escravos (parte da população que não é entendida como cidadão) eram torturados tanto para confessar seus delitos, como para delatar os delitos cometidos por outros escravos. Somente submetidos à tortura é que a sua confissão tinha validade. Os homens livres só podiam ser torturados se tivessem sido acusados de cometer crimes contra o Estado.

Da Grécia Antiga por diante, a história do mundo é marcada pelo uso da tortura, seja ela como meio de punição ou como meio de arrancar confissões dos indivíduos. Em todas as épocas, a tortura foi, também, uma forma do Estado demonstrar seu poder sobre seus súditos. Durante a idade Média, a tortura teve seu ápice, sendo apresentada como uma evolução para o desenvolvimento em se tratando da busca pela verdade real, tornando-se, portanto, rotineira no processo penal, utilizada principalmente para forçar o acusado a confessar os crimes cometidos, marco probatório elevado ao *status* de “rainha das provas”.

A prática da tortura só passa a ser questionada em meados do século XVIII com o surgimento do Iluminismo, a partir da denúncia de Voltaire aos tratamentos degradantes que igualavam os que praticavam a tortura aos malfeitores. Neste diapasão, explana Enrique Cesar Pérez-Luño Robledo:

É praxe da cultura filosófica e jurídica do Iluminismo sobrelevar a irracionalidade da tortura como prova judicial. A teor do pensamento iluminista, o recurso da tortura equiparava, tal como expressa Voltaire, o sistema indagatório de um processo judicial aos procedimentos cruéis e vexatórios próprios dos malfeitores. Ao passo que impugna-se a tortura por implicar a imposição de uma pena prévia ao estabelecimento da culpabilidade e, conseqüentemente, condenação de um detento. Rechaça-se também esse procedimento por sua improcedência e ineficácia de estabelecer a veracidade de uma declaração, já que o procedimento obrigava a vítima a confessar; na maior parte das ocasiões o que pretendiam os seus executores, sendo ou não verdade. Definitivamente, a tortura é desqualificada por sua posição aberta aos valores da dignidade humana e da integridade das pessoas, que se veem abertamente vulneráveis com a aplicação do tormento. (PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, 2016, p.60)

Cesare Beccaria, autor muito conhecido pela sua luta contra os tratamentos cruéis que aconteciam em seu tempo, com seu livro “*Dos Delitos e das Penas*”, dedicou um capítulo para falar exclusivamente da tortura, demonstrando assim a crueldade e a ineficácia de tal prática, como podemos ver no primeiro parágrafo do capítulo em questão;

A tortura de um criminoso durante seu julgamento é uma crueldade consagrada pelo uso, na maior parte das nações. É usada com a intenção de fazê-lo confessar o crime, ou para explicar alguma contradição na qual ele caiu enquanto depunha, ou ainda para descobrir seus cúmplices, ou por algum tipo de purgação metafísica e incompreensível da infâmia, ou, finalmente, para descobrir outros crimes dos quais ele não é acusado, mas dos quais ele pode ser culpado. (BECCARIA, 1764, p. 47)

Entre os séculos XVIII e XIX, com a ascensão da razão e da preservação da dignidade humana, saem de cena os castigos corporais para dar lugar às novas formas de punir como as penas restritivas de liberdade.

Apesar de ter sido abolida entre os séculos XVIII e XIX, o mundo só despertou para editar leis, documentos e organismos internacionais que assegurassem a garantia aos direitos humanos no século XX, mais precisamente como a criação da ONU em 1945 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada em 1948, após a Segunda Guerra Mundial.

A primeira Constituição brasileira, promulgada em 1824, em seu artigo 179, XIX, aboliu o uso de açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas cruéis para os considerados cidadãos, porém os negros continuavam sendo submetidos a tratamentos degradantes até 1888. Vejamos:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueiste

As constituições de 1891, 1934, 1946 e 1967 proibiam as penas de banimento, tortura, morte, confisco de caráter perpétuo. A carta política de 1937 reintroduziu a pena de morte por crimes contra o Estado e em casos de homicídio cometido por motivo fútil e vedou as penas corpóreas perpétuas.

O período mais próximo e de grande destaque da tortura no Brasil é o da Ditadura Militar (1964-1985), momento em que foram decretados vários atos que davam plenos poderes para o Exército Brasileiro, dentre eles o de reprimir, agredir, torturar toda e qualquer pessoa que fosse contrária ao Regime Militar. Em 1988, com o advento da Constituição Cidadã e a queda do Regime Militar, o Brasil passa a

ter como bem jurídico mais importante à dignidade da pessoa humana, isto é, passa a ser guardião da vida, da integridade física e psíquica do cidadão, para que não mais ocorra a tortura na sociedade brasileira.

3.2 Criminalização da tortura em Tratados e Convenções Internacionais

Com os horrores vistos na Segunda Guerra Mundial, especificamente na Alemanha nazista com o holocausto, a humanidade despertou para necessidade da criminalização da tortura. Nesse encaminhar, nasce a ONU - um organismo internacional, criado para representar os seus países signatários em defesa dos direitos humanos e dos cidadãos. Pois:

Com o término das guerras e a perda inestimável de milhares de vidas, o primeiro grande ato em busca da defesa dos direitos humanos foi a criação, em 26 de Junho de 1945, São Francisco, de um órgão que iria representar os cinquenta e um países signatários e proteger os cidadãos, as suas relações, as liberdades, etc., nascia, assim a Organização das Nações Unidas (ONU). (GONÇALVEZ, 2015, p. 122).

Já em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a proteção à dignidade humana passa a ser o objetivo máximo do direito. Esta declaração é o marco principal da proteção à integridade física e psíquica do ser humano, haja vista ser o primeiro documento universalmente aceito pela maioria das pessoas. Assim, aduz Gonçalves:

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, o homem, ou melhor, a dignidade humana, passou a ser a principal preocupação e o alvo máximo de proteção.

E, também, um marco histórico fundamental. Pela primeira vez fora criado um documento universalmente aceito pela maioria das pessoas, através da ratificação de seus governos, ou seja, um conjunto de regramento e comportamentos sociais criados pelo próprio homem. (GONÇALVEZ, 105, p. 123)

Essa mesma convenção condena a tortura em seu artigo 5º: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

A primeira tipificação do crime de tortura foi estabelecida pelo artigo 1º da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outros

Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes aprovada na 5ª Assembleia Geral da ONU, realizada em 9 de dezembro de 1975:

Sob os efeitos da presente declaração, será entendido por tortura todo ato pelo qual um funcionário público, ou outra pessoa a seu poder, inflija intencionalmente a uma pessoa, penas ou sofrimentos graves, sendo eles físicos ou mentais, com o fim de obter, dela ou de um terceiro, informação ou uma confissão, de castigá-la por um ato que tenha cometido, ou seja, suspeita de que tenha cometido, ou de intimidar a essa pessoa ou a outras. Não serão consideradas torturas as penas ou sofrimentos que sejam consequência única da privação legítima da liberdade, ou seja, inerentes ou incidentais a esta, na medida em que estejam em acordo com as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos.

Muitos foram os Tratados e Convenções elaborados a partir da criação da ONU, porém, para este trabalho ficaremos somente com os ratificados pelo Brasil e que versem acerca da tortura.

Em 16 de Dezembro de 1966, foi aprovado na Assembleia Geral da ONU, por unanimidade, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, regulamentado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 592 de 6 de julho de 1992, que condena a tortura em seu artigo 7º: “Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, à experiências médias ou científicas”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica - assinada em 22 de abril de 1969, regulamentada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 678, de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 5º, no item 2, prevê a não aceitação da tortura e tratamentos cruéis: “Ninguém deve ser submetido à torturas, nem à penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.

Posteriormente, na 93ª Sessão Plenária da Assembleia Geral da ONU, em 10 de Dezembro de 1984, fora aprovada a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes na qual também houve a tipificação da tortura em seu artigo 1º e foi regulamentado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 40, de 15 de fevereiro de 1991:

1. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa 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. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

Em 9 de Dezembro de 1985, a Organização dos Estados Americanos (OEA), também com o propósito de banir a tortura, aprovou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a define em seu artigo 2º. Esta convenção foi regulamentada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 98.386, de 9 de dezembro de 1989:

Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura 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 a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Os Tratados Internacionais que foram ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional 45/2005, de acordo com decisão do STF e como já outrora explicado, têm eficácia de supralegalidade, ou seja, hierarquicamente falando, estão abaixo da Constituição Federal e acima das demais normas existentes no ordenamento.

Apesar de cada Estado ser soberano, isto é, cada país tem seu ordenamento jurídico e não pode haver interferências externas, o país que assina um tratado está se comprometendo a cumpri-los e é passível de sofrer sanções se assim não o fizer. O Brasil, ao assinar os Tratados, se comprometeu a cumpri-los diante dos órgãos internacionais. Os preceitos previstos nos tratados são parâmetros a serem seguidos pelos países signatários.

A despeito de os tratados olharem a tortura como crime cometido por agentes públicos, ou seja, crime próprio, a legislação brasileira, especificamente a lei 9.455/1997 que tipifica o crime de tortura, vê a tortura como crime comum, como veremos em um capítulo próprio.

3.3 A Criminalização da tortura no Brasil após a Constituição Federal de 1988

A Constituição federal é o axioma maior do ordenamento jurídico brasileiro, isto implica dizer, que todas as leis e atos cometidos dentro do Estado brasileiro deverão estar de acordo com os princípios nela existentes.

O preceito maior da Constituição Federal de 1988 é a dignidade humana, não existe para ela, e de acordo com seus princípios, algo que possa violar a vida humana (com exceção de guerra declarada). A prática de tortura é, taxativamente, vedada pela constituição federal em seu artigo 5º, III:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

E considera crime inafiançável e imperdoável a prática de tortura em território brasileiro:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

É importante ressaltar que os princípios inseridos na Constituição de 1988 foram amplamente estudados para combater e prevenir que fossem cometidas as

mesmas atrocidades do regime militar. Mas, apesar da Constituição abarcar os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana como seus principais bens jurídicos, os regimes autoritários ficaram enraizados nas instituições, principalmente nas instituições encarregadas de controle repressivo da ordem pública. Carvalho ressalta que:

A constituição de 88 apenas tirou do Exército o controle direto das policias militares, transferindo-o para os governantes dos estados. [...] Essa organização militarizada tem-se revelado inadequada para garantir a segurança dos cidadãos. O soldado da polícia militar é treinado dentro do espírito militar e com métodos militares. Ele é preparado para combater e destruir seus inimigos e não para proteger cidadãos [...] mesmo a polícia civil, que não tem treinamento militarizado, se vem mostrando incapazes de agir dentro das normas de uma sociedade democrática. Continuam a surgir denúncias de prática de tortura de suspeitos dentro das delegacias, apesar das promessas de mudanças feitas pelos governos estaduais. (Carvalho, 2005, p. 213-215).

Desta maneira, a consolidação da democracia e da Constituição cidadã não foi o bastante para conter a prática dos crimes de tortura no Brasil. Esse ato é produto de um modelo inquisitorial de investigação ainda presente no sistema criminal, e constitui, portanto, um crime de oportunidade, racional, funcional e eficaz para os fins a que se propõem.

Porém, os dispositivos previstos na Lei Maior, que fazem menção aos crimes de tortura, são normas constitucionais de eficácia limitada, isto é, necessitam de normas infraconstitucionais para produzir efeito. Como melhor elucida o autor:

[...] não se encontra realmente nenhuma referência explícita à tortura isso somente se opera com o advento da Lei Maior de 1988, através de seus dispositivos supramencionados, os quais são, porém, normas constitucionais de eficácia limitada, precisando da atuação do legislador infraconstitucional para que seus efeitos se produzam. (CABETTE, 2006, p. 299)

Após policiais de Diadema-SP serem flagrados por um cinegrafista amador, agredindo e torturando um jovem, instituiu-se no Brasil a Lei 9.455 em 17 de abril de 1997. Esta lei é tida como a Lei da tortura porque tipifica as hipóteses de crime de tortura e as sanções impostas a cada ato delituoso.

3.3.1 A Lei 9.455 de 1997

A lei da tortura, como é chamada, veio para corroborar como o que estava exposto na constituição federal, que apesar de ter mencionado o termo “tortura” e “tratamentos cruéis e desumanos” não os definiu. E, até a elaboração dessa lei, na legislação ordinária não havia definição do que era o crime de tortura. Como Cabette cita:

Quando da promulgação da Carta Magna, nossa legislação ordinária encontrava-se em descompasso com tal preocupação, pois que jamais havia sido elaborada qualquer normativa com o fito de proceder a uma definição do crime de tortura. O máximo existente era uma menção em alguns dispositivos legais da palavra “tortura”, prevista, por exemplo, como uma qualificadora no crime de homicídio. (CABETTE, 2006, p.288)

A elaboração dessa lei, assim como as audiências de custódia, é um cumprimento a tratados internacionais outrora ratificados pelo Brasil, mas que até então não tinham efeitos na legislação brasileira. Daí a importância da lei que além de dar efeito a preceitos fundamentais previsto na Constituição, ainda adapta a legislação interna aos Tratados Internacionais. Neste sentido, aborda o autor:

No dia 07 de abril de 1997, foi promulgada pelo Presidente da República a Lei nº 9.455 que define os crimes de tortura, suprimindo os anseios estabelecidos pela Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984 e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985. (STASINSKI, 2007, p.290)

Considerando-se a própria Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes que dispõe em seu artigo 4º a obrigatoriedade de todos os Estados Parte legislarem acerca do assunto, vejamos:

ARTIGO 4º

1. Cada Estado Parte assegurará que todos os atos de tortura sejam considerados crimes segundo a sua legislação penal. O mesmo aplicar-se-á à tentativa de tortura e a todo ato de qualquer pessoa que constitua cumplicidade ou participação na tortura.

2. Cada Estado Parte punirá estes crimes com penas adequadas que levem em conta a sua gravidade.

Já lei 9.455 de 1997, diferentemente dos Tratados Internacionais que tipificam a tortura como crimes próprios, ampliam a imputação deste crime para os agentes privados, prevendo para as condenações em que o autor for agente público um aumento de pena de um sexto até um terço em seu artigo 1º, §4º, I:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:

I - se o crime é cometido por agente público

À vista disso, conforme Maria Gorete Marques de Jesus (2010), o nivelamento entre crimes cometidos por particular e crimes cometidos por agentes públicos é uma forma de atenuar a culpa do Estado. Pois há ainda uma subjetividade na aplicação da lei ao caso concreto, no que tange a deficiente definição da conduta típica do crime de tortura feito por ela, considerada como tipo penal aberto, que gera insegurança jurídica. Deste jeito, ao analisar o artigo 1º da lei 9.455/1997 pode-se encaixar diversas condutas que poderão ser tortura ou não, mas essa interpretação dependerá do julgador:

Nota-se que nas descrições típicas do art. 1º da Lei da tortura pode-se encaixar uma infinidade de condutas, cuja configuração ou não de tortura não se dá pela inadequação à dicção legal, mas sim por uma análise meramente subjetiva, orientada pelo bom (ou mau) senso do interprete. (CABETE, 2006, p.306)

Tal falha na legislação foi provocada pela falta de observância dos legisladores, haja vista a lei ter sido promulgada às pressas, no momento em que o país estava passando por um momento difícil por conta das cenas divulgadas do caso de Diadema, São Paulo. Conforme segue:

[...] o Congresso apressou-se em legislar, sendo que a lei foi aprovada e sancionada às pressas e num clima emocional, como resposta factual, o que não é recomendável para o adequado processo legislativo, mormente em matéria penal, em que se exige ponderação, reflexão e comedimento. (SALLA, ALVAREZ, 2006p. 304).

Apesar da falha na legislação quanto à definição do crime de tortura, ela foi um grande avanço para o país no tocante à justiça criminal e à proteção à dignidade humana. Nesse sentido:

A evolução aqui demonstrada - da permissão à proibição - é sinal evidente de crescente intolerância para com essa prática. Em seu bojo, está o reconhecimento de que ninguém é dada, legitimamente, causar dor e sofrimento a outrem. Esta consciência também rechaça certo tipo de exercício do poder: este pode usar-se de sanções, mas há limite, denominado dignidade humana. Seja quem for e qualquer a condição da pessoa, esta merece, pela simples condição humana, um mínimo de respeito por parte de quem exerce o poder. (SALLA, ALVAREZ, 2006, p.307)

Contudo, a prática da tortura é crime inafiançável, imprescritível e deve ser banida de toda e qualquer sociedade. Em um Estado Democrático de Direito, esse tipo de prática é inadmissível. Cabe ao Estado tomar providências quanto a quem comete esse crime e zelar para que não mais aconteça. As audiências de Custódia entram no cenário jurídico brasileiro com a difícil missão de combater a tortura praticada pelos agentes do Estado, especificamente a polícia, aproximando o magistrado do acusado e tornando mais perceptíveis as ações policiais.

4 AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO COMBATE AOS CRIMES DE TORTURA

As audiências de custódia, como dito anteriormente, são uma evolução e uma humanização do processo penal. Têm a importante função de aproximar o acusado do magistrado e de sua defesa, dando a parte mais vulnerável (acusado) maior visibilidade e a oportunidade de falar sobre possíveis maus-tratos e torturas que aconteceram.

O CNJ na Resolução 213/2015 que regulamenta as audiências de custódia, considera que:

“a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, assegurando, portanto, o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes;

Ainda nessa Resolução, em seu Protocolo II, é dada a definição para tortura que será denunciada nas audiências de custódia, como pode-se ver que:

Considerando a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 9 de dezembro de 1985, e a Lei 9.455/97 de 7 de abril de 1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências, observa-se que a definição de tortura na legislação internacional e nacional apresenta dois elementos essenciais:

I. A finalidade do ato, voltada para a obtenção de informações ou confissões, aplicação de castigo, intimidação ou coação, ou qualquer outro motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; e

II. A aflição deliberada de dor ou sofrimentos físicos e mentais.

Logo, a tortura que deve ser averiguada (indícios) nas audiências de custódia é a institucional, aquela que é praticada pelos agentes estatais no exercício da sua função. Prática essa que não deveria acontecer em um Estado Democrático de Direito, principalmente tendo como agressores indivíduos que agem em nome do

Estado e que são os responsáveis pelo cumprimento das leis. Como ressalta o autor:

A prática da tortura, principalmente pelas instituições encarregadas da repressão penal, constitui-se em algo absolutamente inadmissível num Estado Democrático de Direito, além de configurar uma verdadeira contradição entorno do sistema, pois que órgãos encarregados do cumprimento das leis agiriam de forma ilícita. (CABETTE, 2006, p. 288)

Para a correta averiguação do crime de tortura no momento das audiências de custódia, foi desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça um procedimento previsto na Resolução 213/2015, já citada, que dita parâmetros a serem seguidos pelo magistrado na entrevista feita ao custodiado.

4.1 Procedimentos a serem tomado nas audiências de custódia nos casos de denúncia de tortura ou maus-tratos segundo a Resolução 213/2015 do CNJ

A Resolução 213/2015 do CNJ foi publicada para dar parâmetros a juízes, promotores e defensores acerca dos procedimentos a serem tomados nas audiências de custódia, tanto para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados, como para registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Este documento significa um grande avanço para a consolidação das audiências em todo país, como podemos ver no relatório do IDDD sobre as audiências de custódia no estado de São Paulo:

A Resolução 213 significa um importante avanço para a consolidação das audiências de custódia no Brasil, na medida em que estabelece em seu corpo diretrizes para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, definindo também a atuação das centrais de monitoração eletrônica (protocolo I), além de regulamentar os procedimentos para a oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, inclusive definindo o que se deve entender por tortura (protocolo II). (IDDD, 2016, p.14).

De acordo com Resolução 213/2015 do CNJ, a autoridade judicial deverá indagar o preso acerca da sua prisão e se nela foi cometida algum tipo de tortura ou maus-tratos, como podemos verificar no artigo 8º, V e VI:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

Na coleta de informações acerca da tortura, o juiz deverá seguir um procedimento, informando ao preso seus direitos e solicitar suporte psicossocial para o detido, caso seja necessário:

Sendo um dos objetivos da audiência de custódia a coleta de informações sobre práticas de tortura, o juiz deverá sempre questionar sobre ocorrência de agressão, abuso, ameaça, entre outras formas de violência, adotando os seguintes procedimentos:

I. Informar à pessoa custodiada que a tortura é expressamente proibida, não sendo comportamento aceitável, de modo que as denúncias de tortura serão encaminhadas às autoridades competentes para a investigação;

II. Informar à pessoa custodiada sobre a finalidade da oitiva, destacando eventuais riscos de prestar as informações e as medidas protetivas que poderão ser adotadas para garantia de sua segurança e de terceiros, bem como as providências a serem adotadas quanto à investigação das práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes que forem relatadas;

III. Assegurar a indicação de testemunhas ou outras fontes de informação que possam corroborar a veracidade do relato de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, com garantia de sigilo;

IV. Solicitar suporte de equipe psicossocial em casos de grave expressão de sofrimento, físico ou mental, ou dificuldades de orientação mental (memória, noção de espaço e tempo, linguagem, compreensão e expressão, fluxo do raciocínio) para acolher o indivíduo e orientar quanto a melhor abordagem ou encaminhamento imediato do caso.

V. Questionar a pessoa custodiada sobre o tratamento recebido desde a sua prisão, em todos os locais e órgãos por onde foi conduzido, mantendo-se atento a relatos e sinais que indiquem ocorrência de práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

É importante frisar que nas audiências de custódia somente é averiguado se houve tortura ou maus-tratos no ato da prisão ou no interrogatório, não cabe fazer comprovação acerca do ocorrido, isso será feito em procedimentos específicos com essa finalidade.

Havendo a denúncia de tortura, esta deverá ser registrada no termo da audiência para que o juiz responsável pela instrução fique ciente e tome as medidas cabíveis, como está previsto no artigo 11 da Resolução:

Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de que há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providências cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial especializado.

A Resolução ainda expõe fatos a serem colhidos pelos funcionários para que as informações sejam esclarecedoras acerca das agressões ocorridas, como previsto no §2º do artigo 11:

§ 2º O funcionário responsável pela coleta de dados da pessoa presa em flagrante delito deve cuidar para que sejam coletadas as seguintes informações, respeitando a vontade da vítima:

I - identificação dos agressores, indicando sua instituição e sua unidade de atuação;

II – locais, datas e horários aproximados dos fatos;

III - descrição dos fatos, inclusive dos métodos adotados pelo agressor e a indicação das lesões sofridas;

IV - identificação de testemunhas que possam colaborar para a averiguação dos fatos;

V - verificação de registros das lesões sofridas pela vítima;

VI - existência de registro que indique prática de tortura ou maus tratos no laudo elaborado pelos peritos do Instituto Médico Legal;

VII - registro dos encaminhamentos dados pela autoridade judicial para requisitar investigação dos relatos;

VIII - registros da aplicação de medida protetiva ao autuado pela autoridade judicial, caso a natureza ou gravidade dos fatos relatados coloque em risco a vida ou a segurança da pessoa presa em flagrante delito, de seus familiares ou de testemunhas.

Ainda se faz necessário, se houver denúncia, um novo exame de corpo delito no Instituto Médico Legal, ainda que o custodiado já o tenha feito.

4.2 A naturalização da tortura nas audiências de Custódia

Esse tipo de crime, infelizmente, não é raro dentro do sistema brasileiro, sendo uma prática reiterada e por diversas vezes tratada como *modus operandi* da atividade policial, ou seja, a agressão estaria ligada a forma que a polícia deve atuar, como se fosse necessário agredir para fazer “justiça”. Nesse sentido:

Além de ser uma suposta forma de fazer o seu trabalho, o uso da violência ilegal por parte dos policiais também é uma forma de castigar antecipadamente aqueles que não obedecem às normas jurídicas e de comportamento social (estas últimas ditadas pela polícia durante suas patrulhas nas comunidades), antes que eles sejam levados aos olhos do Judiciário, que às suas vistas, é permissivo e leniente com os criminosos, como expressam ao repetir o brocardo “a polícia prende e a ‘justiça’ solta”, representando uma disputa pela missão de “fazer justiça”. (DEPEN, 2016, p. 14).

Na primeira audiência de custódia feita em Santa Catarina, na presença do Ministro Ricardo Lewandowski, por exemplo, um preso por tentativa de furto qualificado narrou: “*Tomei tapa, chute e empurrão, fui jogado no chão igual um lixo, igual um animal*”. Em outros casos divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça evidenciam-se mais situações de abusos vivenciadas pelos presos:

O homem estava bem marcado, muito machucado. Ele não estava se sentindo bem e dizia estar ameaçado, temendo represálias. Mas como estava bem marcado no rosto, não tinha como esconder as evidências, ele acabou denunciando a violência policial.

[...]

Já vi presos com marcas de coronhadas, de pisão no peito, o rosto ralado.

[...]

Os policiais estão batendo de uma forma que eles sabem que não vai marcar o corpo do preso. Alguns presos que relatam violência dizem que os policiais batem neles porque eles são negros ou pardos e as marcas dificilmente aparecem. Eles também falam que foram agredidos com tapões no ouvido, tapa na cabeça, que também não deixam marcas. (CNJ, 2016).

Torna-se necessário também, dentro desse contexto do *modus operandi* a atuação do judiciário, do Ministério Público e da Defesa, pois são os responsáveis pela indagação e apuração dos indícios acerca das agressões sofridas pelo preso. Além disso, é igualmente necessário que o preso diga o que sofreu, pesquisas apontam que existe uma naturalização das agressões sofridas, termos como “*foi só um tapa*” ou “*ele me deu um chute, mas eu mereci*” são respostas corriqueiras quando se indaga domes indivíduos presos sobre possíveis agressões sofridas. Como podemos perceber a partir do estudo:

a partir dos relatos trazidos, notou-se que muitas pessoas presas entendem a violência coo algo normal, a que sempre estiveram e sempre estarão submetidas. Nessa perspectiva, não haveria grandes incentivos para que o(a) acusado(a) se submetesse à exposição e fizesse a comunicação da violência e uma audiência, ambiente com pessoas que lhe tratam de maneira hostil muitas vezes naturalizando determinadas violências que parecem entender como intrínseca à lógica do sistema penal(CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2017, p.112)

Contudo, um dos grandes problemas que as audiências também enfrentam no combate a tortura: é o afrontamento dos policiais às autoridades de juízes e promotores, como é visto a seguir:

Alguns relatos particulares têm comprovado que, mesmo com as audiências de custódia, a prática da violência policial tem afrontado a autoridade de juízes e promotores e chegado aos tribunais, seja pela coalescência de alguns profissionais diante de práticas mais repressivas frente ao clamor de “combate à criminalidade”, seja porque os resultados concretos que as audiências de custódia podem ter frente a esse problema ainda não apareceram de forma contundente. (DEPEN, 2016, p. 25).

O mais espantoso quando se fala em tortura é constatar a naturalização que é dada ao seu uso, sendo tratada pelas autoridades policiais como instrumento de trabalho.

4.2.1 “Validade” da denúncia feita pelos (as) presos (as)

Um estudo feito pelo Departamento Penitenciário Nacional intitulado por *“Audiências de Custódia e Prevenção à Tortura: Análise das Práticas Institucionais e Recomendações de Aprimoramento”* verificou que a regra nas audiências de custódia é de não ocorrer a denúncia da tortura ou maus-tratos, seja por falta de indagação das autoridades ou por receio do preso em contar o acontecido com medo da retaliação policial. Quando ocorre a denúncia o preso muitas vezes é questionado, sempre havendo desconfiança de sua acusação, como podemos ver:

A regra é que na audiência de custódia a denúncia sobre violência policial não seja feita, ou porque nenhum dos profissionais envolvidos na sessão pergunta, ou porque o preso se sente desestimulado ou constrangido a não fazê-lo. Entretanto, mesmo quando a pessoa presa, frente a todas as circunstâncias adversas, faz referência às violências sofridas, sua versão sobre os fatos quase sempre é questionada ou desacreditada, porque supostamente sua condição de suspeita de ter cometido um crime a deslegitimaria para fazer qualquer declaração considerada válida. (DEPEN,2016, p. 46).

Em outro estudo intitulado de *“Tortura Blindada: Como as instituições do sistema de Justiça perpetuam a violência nas audiências de Custódia”* feita no estado de São Paulo aponta que em contrapartida às recomendações feitas pelo Conselho Nacional de Justiça, a presença de policiais militares é constante no ambiente das audiências mesmo durante a entrevista com defensores (as) o que leva o preso a uma intimidação para denunciar as agressões sofridas, por medo de represálias e retaliações, assim:

Quando a Defensoria perguntava se teria havido agressão, era comum que as pessoas entrevistadas olhassem para o chão, ou olhassem diretamente para os policiais que estavam ao seu lado, permanecessem um tempo em silêncio e em seguida dissessem que não queriam relatar ou que nada havia acontecido. Essa atitude de fazer perguntas sobre violência policial perante policiais não somente é intimidatória, e muitas vezes evita que um relato ou denúncia seja feito, como também pode gerar uma situação na qual é colocada em situação de vulnerabilidade, com risco de sofrer represálias e retaliações posteriores. (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2017, p.53)

Ainda nesse estudo, foi verificado que mesmo nos casos em que o preso tinha advogado particular e com evidentes marcas de agressão, não havia a

denúncia de maus-tratos ou tortura e o motivo para não denunciar era o medo de retaliação. Pois:

Em alguns casos em que o(a) custodiado(a) possuía advogados(as) particulares e comparecia com muitos machucados, blusa com manchas de sangue, mancando etc., nenhuma pergunta era feita. Ao final da audiência, em conversas realizadas com estes(as) advogados(as), descobria-se que de fato a pessoa teria sido agredida no momento da prisão, mas optou-se por não relatar por medo de represálias ou pelo desconhecimento de que a audiência de custódia também teria como finalidade dar início à apuração destes relatos. (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2017, p.53)

Destarte, foi verificado ainda nesse estudo que quando denunciada a tortura e os maus-tratos, o preso é indagado de diversas formas, sendo constrangido e colocada em dúvida a sua afirmação. As perguntas feitas, aparentemente, têm o cunho de culpar a vítima pelo ocorrido e se o preso tiver qualquer dúvida quanto às perguntas feitas, ainda que sejam visíveis as agressões, estas são negligenciadas. Vejamos:

Em nosso acompanhamento de campo das audiências e nos relatos obtidos, dúvidas das mais diversas são colocadas para contrariar a versão dada pelo detido: se a violência não aconteceu porque ele resistiu à prisão; se ele saberia indicar o nome dos policiais que o agrediram; se ele sabe dizer se era policial civil ou militar; se ele saberia por quais motivos os policiais bateriam nele; se ele não conhecia os policiais anteriormente eles não teriam porque quererem agredi-lo. Se, para qualquer das perguntas o preso não tiver resposta ou tiver dúvidas, mesmo que haja evidências físicas de lesões, reduz-se enormemente as chances de que haja pedido de investigação da denúncia, registrando-se na ata da audiência apenas que, posteriormente, deve-se fazer a devida averiguação dos fatos (DEPEN, 2016, p. 46-47).

O fato de estarem descritas e justificadas no auto de prisão em flagrante as agressões sofridas pelo custodiado(a), faz com que o magistrado e os outros atores presentes na audiência desconsiderem, em verdade ignorem, os relatos da pessoa presa, deixando evidente que vale mais o que está no papel. Como é demonstrado na pesquisa:

Ainda: em 5% das intervenções, os(as) próprios(as) magistrados(s) justificavam a agressão observada, muitas vezes utilizando trechos que constavam no boletim de ocorrência ou auto de prisão em flagrante já mencionados. A utilização feita pelos juízes(as) dos

documentos que vinham da delegacia também é algo que merece destaque. Os trechos que eram inseridos nos boletins de ocorrência de forma a justificar lesões, reforçando a ideia de que a pessoa presa estaria mentindo, não eram analisados de forma a trazer indícios de que teria havido agressão. (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2017, p.59).

Há, diante desses estudos, evidente banalização das denúncias e da Recomendação feita pelo CNJ quanto ao procedimento a ser seguido. Um dos argumentos utilizados pelas autoridades para essa banalização é a de que os presos sabendo que as audiências de custódia funcionam para prevenir e combater a tortura poderá valer-se disso para delatarem crimes que não aconteceram, desvalorizando assim o trabalho da polícia. Como fora abordada:

Outro argumento muito usado pelos profissionais ouvidos é o de que, agora que os presos sabem como e para quem funcionam as audiências de custódia, todos chegariam denunciando ter sofrido agressões, como forma de desmoralizar o trabalho da polícia e de atrapalhar a análise do flagrante. Como relatado por um dos entrevistados, “se eles tivessem que investigar todas as denúncias, não fariam mais nenhum outro trabalho”. (DEPEN, 2016, p. 47).

De certo que a estatística apresentada pelo CNJ, de que apenas 5,19% de 215.329 audiências de custódias feitas em todo Brasil (dados atualizados até 31 de março de 2017) houve alegação de violência no ato da prisão, deixa dúvidas quando se faz uma análise mais detalhada do comportamento das autoridades responsáveis pela averiguação do cometimento do crime em questão.

4.2.2 Atuação do Ministério Público

De acordo com a Carta Magna o Ministério Público é o responsável pelo controle policial externo, como exposto no artigo 129, inciso VII, da CF:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

Diante disso, as audiências de custódia deveriam ser um espaço privilegiado e de grande importância para o MP, a julgar por ser oportuna a averiguação da atividade policial. Não sendo, nesta oportunidade, sua função meramente acusatória, mas provedora da justiça e do combate a crimes que lesão à dignidade da pessoa humana.

É papel do MP o controle da atividade policial externa, como também requisitar a autoridade competente a abertura de inquérito policial ou inquérito policial militar por crimes cometidos na atividade policial, bem como a omissão, como está previsto no artigo 5º, inciso IV da resolução 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público:

Art. 5º Aos órgãos do Ministério Público, no exercício das funções de controle externo da atividade policial, caberá:

IV – requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial ou inquérito policial militar sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial, ressalvada a hipótese em que os elementos colhidos sejam suficientes ao ajuizamento de ação penal;

Porém, a atuação do Ministério Público nesse tipo de audiência é mínima, com relação ao controle da atividade policial externa. O Ministério Público pouco atua nas audiências de custódia, nesse sentido. Como aponta o estudo:

Ainda que o Ministério Público seja o órgão com atribuição constitucionalmente prevista de controle externo da atividade policial, conforme o disposto no artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal, sua atuação nesse sentido, dentre todas as instituições observadas nas audiências de custódia, foi a menos relevante. (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2017. p. 61)

De acordo com uma pesquisa elaborada no ano de 2016 pelo IDDD, em São Paulo, mostra que em apenas 1,36% dos casos apurados a indagação acerca da atuação policial foi feita pelos promotores presentes nas audiências, como mostra a seguir:

O estudo traz ainda dados importantes sobre a atuação dos órgãos de Justiça durante as audiências de custódia, no que diz respeito à verificação do tratamento dado ao preso após a prisão. Segundo a pesquisa, apenas 42% dos juízes que conduziram as audiências de custódia questionaram o preso sobre a ocorrência de tortura ou

maus-tratos. O mesmo questionamento foi feito por promotores em apenas 1,36% dos casos e em 5,78% das audiências a pergunta partiu da defesa do próprio preso (IDDD, 2016 apud CNJ, 2016).

Clarividente, que o MP é parte fundamental para que as audiências de custódia ocorram, porém, a sua atuação tem que ser mais incisiva quanto ao combate a atuação policial. Vale ressaltar que o Ministério Público é o protetor da lei e da ordem, cabe a ele fazer justiça e não só acusar quem quer que seja.

4.2.3 Atuação da Defensoria Pública ou Advogado particular

A defesa tem alguns minutos antes do início da audiência para conversar com o custodiado, nessa oportunidade pode ser averiguado pelo advogado(a)/defensor(a) se houve agressões no momento de sua prisão ou no interrogatório.

Porém, a fala da defesa é a última, as perguntas acerca das agressões já foram feitas, muitas vezes não compreendidas pelo acusado e outras tantas menosprezada pelo magistrado e pelo membro do Ministério Público. Como assim expõe:

Ambas as instituições MP e Judiciário, se mostram, ainda, muito apegadas a lógica do que está no papel, mesmo que estejam diante delas pessoas narrando cotidianamente graves violações. apesar dos relatos constantes e muitas vezes semelhantes, mostrando que há um padrão na atuação da polícia, e que a violência permeia a sua atuação, ainda se entende a violência policial como algo pontual, excepcional, e justificado, por exemplo pelo fato de conhecer ou já ter sido abordado pelos mesmos policiais. (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2017, p.115)

Nesse sentido, cabe à defesa insistir na alegação de agressões seja ela física ou psicológica, para que providências sejam tomada mais a frente, não devendo permitir que tal violação seja feita e passe impune aos “olhos” da justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do mundo está intrinsecamente ligada à história da tortura. Uma prática que abominavelmente era legal em algumas épocas e que, felizmente, a partir do século XX passou a ser criminalizada. Apesar dos Tratados Internacionais considerá-la como um crime praticável somente pelos agentes estatais, no Brasil, após o advento da lei 9.455/1997 essa prática é tida como crime comum, ou seja, praticável por qualquer pessoa.

Torna-se pertinente afirmar que a tortura é um crime que viola todo e qualquer princípio do direito. É utilizada tão somente para degradar o ser humano, diante das situações de vulnerabilidade em que se encontra. Um Estado Democrático não pode permitir o seu uso, seja por quem for. Mas, apesar de ser banida e criminalizada no ordenamento jurídico, é sabido que há a sua prática reiterada por parte dos agentes do Estado, o que torna isso ainda pior, uma vez que quem está cometendo o crime são os mesmos que deveriam estar cumprindo a lei, ou melhor, aqueles que recebem do Estado o poder para fazer cumprir a lei.

Um dos objetivos dado às audiências de custódia é o de combater, prevenir e coibir a atuação policial, seja ela, de abuso de autoridade, maus-tratos ou a tortura em si. As audiências entram no cenário jurídico brasileiro principalmente para combater o crescimento da população carcerária e dar maior aplicabilidade às medidas cautelares diversas da prisão. No entanto, com a real necessidade de se combater a tortura institucional foi lhe dada esta missão, por ser o primeiro momento de encontro entre as autoridades e o preso, momento oportuno e de grande valia para averiguar *in loco* o resultado das agressões e não mais por exame do Instituto Médico Legal.

Não obstante, os estudos revelam que o principal impasse para que o combate da tortura aconteça está no comportamento e no entendimento do magistrado, promotor e defensor frente aos crimes cometidos e até mesmo no medo de retaliações. Durante as audiências, verificou-se o descaso e a negligência dessas instituições com os agredidos.

O Ministério Público deveria ter uma atuação mais incisiva no combate à tortura cometida pelos agentes da lei, pois, dentre suas atribuições, está a de

exercer o controle externo da atividade policial, isto implica dizer que com as audiências de custódia, seria mais fácil realizar esse controle, atuando diretamente nesse sentido. Longe disso, os estudos mostram que o MP é o menos atuante na apuração da tortura, é o que menos indaga o indivíduo acerca do que foi sofrido e o que muitas vezes atrapalha os outros atores em suas atuações.

Dessa maneira, o impasse está na atuação das instituições que têm a obrigação de averiguar os indícios de agressões e assim não o faz, muito pelo contrário, negligenciam e ignoram as marcas corporais.

As audiências são um grande avanço para o sistema criminal brasileiro, cumpre todo o seu papel enquanto instrumento para fazer valer os direitos dos custodiados, não resta dúvidas, o comportamento e a banalização das ações violentas das autoridades policiais tem que ser revistas e combatida pelas autoridades competentes.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. Tortura, história e sociedade: algumas reflexões. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 72, p. 275-294., mai./jun. 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2005

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**, 1764; tradução de Neury Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012, 128p.

BELO, Warley. A tortura no interrogatório extrajudicial: até quando. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 154, p. 11., set. 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 04 out. 2016.

_____, **Conselho Nacional de Justiça**. Audiência de Custódia. Disponível em : <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em 22 nov.2016

-----, **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 213 de 15.12.2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 11 maio 2017.

_____, **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 04 out. 2016.

_____, **Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992**. Promulgado o texto do Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Diário Oficial da União 07.07.1992. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 30 nov. 2016

_____, **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992**. Promulgado o texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Diário Oficial da União 9.11.1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 30 nov. 2016.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5240/SP. Relator Ministro Luiz FUX , Brasília, 20 de agosto de 2015. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 9345512. Acesso : 30 nov. 2016.

_____, **Supremo Tribunal Federal**. Notícias STF. Disponível em :
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiasDetalhe.asp?idConteudo-1163807>>
Acesso em : 29 nov2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A definição do crime de tortura no ordenamento jurídico penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 59, p. 287-324., mar./abr. 2006.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo** (O Exemplo Privilegiado da Aplicação da Pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Disponível em:
https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/carvalho_-_o_papel_dos_atores_-_final.pdf.> Acesso: 01 nov 2016.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. **Tortura blindada**: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2017. 23 p., 32 cm.

GOMES, Mayara et al. Provando a tortura: reflexões a partir da análise de acórdãos dos Tribunais de Justiça brasileiros. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 20, 23 p., set./dez. 2015.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Crime de tortura: de Auschwitz aos direitos humanos. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 15, n. 90, p. 115-138., fev./mar. 2015.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **O crime de tortura e a justiça criminal**: um estudo dos processos de tortura na cidade de São Paulo .-1ed. – São Paulo:IBCCRIM. 2010.

LIMA, Evelyn Gomes de. A relevância da omissão de funcionário público perante atos de tortura no ordenamento jurídico brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 24, n. 289, p. 9-11., dez. 2016

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 10, n. 60, p.5-17, jun./jul. 2014

MATSUDA, Fernanda Emy et al. Jurisprudência de crime de tortura nos tribunais de justiça da região sudeste do Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 113, p. 357-385., mar./abr. 2015.

MIRANDA, Bruna Melo de; NOGUEIRA, Kênia Carina J.S.A. Os resquícios e os paradoxos da cultura do encarceramento no sistema de alternativas penais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a.13- n. 42-43, p. 11-29 jan./dez. 2014. Disponível em :<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-42-43-janeiro->

dezembro-2014/os-resquicios-e-os-paradoxos-da-cultura-do-encarceramento-no-sistema-de-alternativas-penais/at_download/file. Acesso em: 02 nov 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A Audiência de Custódia, O Conselho Nacional de Justiça e os Pactos Internacionais de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.ampeb.org.br/wp-content/blogs.dir/2015/01/A-AUDIENCIA-DECUSTODIA-O-CNJ-E-OS-PACTOS-INTERNACIONAIS-DE-DIREITOSHUMANOS.pdf>>. Acesso em 25 de abril de 2017.

OLIVEIRA, Rafael Neibuhr Maia de; MESSIAS, Welligton Jacó. Audiências de custódia como garantia dos direitos fundamentais do acusado e concretização de política pública eficiente na área de segurança. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 16, n. 95, p.114-131, dez./jan. 2016

OLIVEIRA, Rénad Langamer Cardozo. A expansão do Direito Penal. **Caderno de Pós- Graduação em Direito**. Brasília: UniCEUB, p. 41-58, 2016. Disponível em: www.repositorio.uniceub.br. Acesso: 02 fev. 2017.

ONU. Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its Visit to Brazil (8 to 28 March 2013).Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Annual.aspx>. Acesso em: 16 de maio de 2017.

PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, Enrique Cesar. Garantias processuais do estado de direito: a abolição da tortura. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 15, n. 62, p. 59-76., jul./set. 2016.

SALLA, Fernando Afonso; ALVAREZ, Marcos César. Apontamentos para uma história das práticas de tortura no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 63, p. 277-308., nov./dez. 2006.

SILVA, Eliezer Gomes da; MOREIRA, Dircéia. Julgamentos de crimes de tortura e proteção deficiente de direitos fundamentais: análise qualitativa de casos colhidos da jurisprudência de tribunais de justiça brasileiros. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 261-296., mai./jun. 2016.

STASINSKI, Fabiani Rios. Alguns aspectos sobre o crime da prática de tortura. **Revista direitos humanos fundamentais**, Osasco, v. 8, n. 1, p. 289-311., jan./jun. 2007.

TAVARES, Viviane. “Cada país tem o número de presos que decide politicamente ter”: Entrevista com Eugénio Raúl Zaffaroni. In: **Brasil de fato**, 29 jul 2013. Disponível em : <https://www.brasildefato.com.br/node/14487>. Acesso em: 02 nov 2016.

VALENÇA, Manuela Abath; et al. Um balanço sobre a implementação das audiências de custódia na cidade do Recife, **BOLETIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ed. 24 n. 280 Março de 2016. ISSN 1676- 3661 p.8.

WOLOSZYN, André Luís. O crime de tortura na história e sua evolução no direito penal brasileiro. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 51, p. 209-218., ago./dez. 2003.

