

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA:
O PAPEL DA PERÍCIA MÉDICO-LEGAL NAS GARANTIAS DO PRESO

SARA CRISTINA DE SOUZA

Rio de Janeiro
2017/2º semestre

SARA CRISTINA DE SOUZA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: O PAPEL DA PERÍCIA MÉDICO-LEGAL NAS GARANTIAS DO PRESO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido.**

Rio de Janeiro
2017/2º semestre

SARA CRISTINA DE SOUZA

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: O PAPEL DA PERÍCIA MÉDICO-LEGAL NAS GARANTIAS DO PRESO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido.**

Data da aprovação: __/__/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017/2º semestre

AGRADECIMENTOS

Dedico esta conquista primeiramente a Deus, de onde vem tudo que sei, tenho e sou.

Aos meus pais. Pelo colo sempre disponível, pelo suporte nos momentos de dificuldade e pelo amor em todas horas.

Ao meu orientador. Pela paciência e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os professores deste curso de graduação, que me deram a base para que eu pudesse desenvolver este trabalho.

Ao meu amor. Companheiro de vida que, em sua infinita paciência e generosidade, foi fundamental para me dar forças e não me deixar desistir.

Aos meus amigos. Por não me deixarem conhecer a solidão e por tornarem a jornada mais fácil de ser suportada. Em especial, às amigas Viviane e Ingrid, que permaneceram ao meu lado desde o início desta trajetória acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a audiência de custódia, à luz da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, como instrumento apto a promover a redução da prática dos crimes de tortura e maus tratos, a partir da realização da perícia médico-legal nas pessoas presas em flagrante delito. O estudo traz como proposta central apontar o papel da perícia forense na garantia dos direitos fundamentais do preso, trazendo uma análise sobre o instituto da prisão em flagrante delito e sobre a implementação das audiências de custódia no território brasileiro. Foram feitas, ainda, considerações acerca dos projetos legislativos existentes em tramitação, que visam incorporar a audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, conforme preconizam os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Finalizado o trabalho, pôde-se concluir que a audiência de custódia proporcionou avanços significativos no que tange à salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa presa, sobretudo, com a redução da prática dos crimes de tortura e maus tratos.

Palavras-chave: Audiência de custódia; Direitos humanos; Tortura e maus tratos; Perícia médico-legal; Criminologia.

ABSTRACT

The present work deals with the custody hearing, based on the Resolution 213 of the National Council of Justice as an instrument capable of promoting the reduction of torture and mistreatment crimes from the medical reports in the detainees in cases of *flagrante delicto*. The main purpose of this work is to highlight the role of medical-legal expertise in guaranteeing the prisoner's fundamental rights, bringing an analysis of the prison institute in *flagrante delicto* and the implementation of the custody hearings in Brazil. Consideration was also given to the draft bills, which aims to incorporate the mandatory custody hearing into the Brazilian legal system, as recommended by the international human rights treaties to which Brazil is a signatory. It allows us to conclude that the custody hearing provided significant progress in safeguarding the fundamental rights of the person arrested, above all by reducing the practice of crimes of torture and mistreatment.

Key words: Custody hearing; Human rights; Torture and mistreatment; Medical report; Criminal law; Criminology.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	8
2. Da prisão em flagrante delito.....	12
2.1. Das espécies de flagrante.....	13
2.2. Legitimidade.....	15
2.2.1. Legitimidade ativa.....	16
2.2.2. Legitimidade passiva.....	17
2.3. Das fases da prisão em flagrante.....	18
2.3.1. Prisão-captura.....	18
2.3.2. Condução coercitiva.....	19
2.3.3. Audiência preliminar de apresentação e garantias.....	19
2.3.4. Lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (APF).....	20
2.3.5. Recolhimento ao cárcere e comunicação da prisão ao Juiz.....	21
3. Da Audiência de Custódia.....	22
3.1. Do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011.....	23
3.2. Outros intentos de ordem legislativa.....	25
3.3. Da Resolução nº 213, do CNJ.....	27
3.4. Objetivos da audiência de custódia.....	32
4. Dos crimes de tortura e maus tratos.....	35
4.1 A tortura e os maus-tratos no Brasil.....	37
5. Da Medicina Legal e Perícia Forense.....	41
5.1. Da perícia médico-legal aplicada aos crimes de tortura e maus tratos.....	43
5.2. Traumatologia Forense.....	45
6. Conclusão.....	48
7. Referências Bibliográficas.....	50

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar o tema da audiência de custódia – regulamentada através da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015 – como forma de garantia dos direitos fundamentais e constitucionais do preso, no que se relaciona à integridade física do preso e que possa ser detectado pelo exame médico-legal. A pesquisa parte da premissa de que a audiência de custódia se mostra como um importante avanço na tentativa de coibir eventuais arbitrariedades no âmbito da prisão cautelar, tais como as práticas de tortura e maus tratos, uma vez que se faz necessária a apresentação física do preso ao juiz em até 24 horas do recebimento da comunicação da prisão.

O tema possui como questão central a proposta de aprofundar os conhecimentos acerca da importância da realização da perícia forense no acusado preso em flagrante delito, com vistas à elucidação e caracterização de possíveis lesões decorrentes de crimes de tortura e maus tratos na ocasião da prisão, passando ainda por uma análise sobre as garantias e direitos fundamentais do preso, à luz da Constituição Federal de 1988 e do Art. V da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Este estudo mostra-se relevante para as esferas jurídica e criminológica, uma vez que o quadro social atual evidencia a prática dos crimes de tortura e maus tratos pelas autoridades responsáveis pela custódia do preso. A prática desses delitos constitui grave agressão aos direitos fundamentais do indivíduo em custódia – como o de ter resguardada sua integridade física e psicológica –, e aos princípios constitucionais – como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana.

Sobre o assunto, deve-se considerar que, atualmente, o judiciário enfrenta grandes dificuldades em controlar e coibir a prática desses crimes pelas autoridades responsáveis pela custódia do preso, uma vez que, em muitas instituições, tais delitos são tidos como “métodos de investigação aceitáveis” quando cometidos contra um possível criminoso. Isso porque parte da estrutura policial tornou-se viciada pelo arbítrio e pela corrupção, imbuída de uma mentalidade repressiva, reacionária e preconceituosa, na mais absoluta fidelidade que o Sistema lhe impôs desde os anos de repressão. Hoje tal fração desta estrutura não somente perdeu a credibilidade da população, como lhe causa medo.

Diante do atual quadro de violência institucional, o Estado não poderia se restar inerte, uma vez que possui o dever constitucional de promover a segurança e impedir a prática de tortura, como prevê o Art. 5º, III, da Carta Magna:

“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 a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

Desta forma, implementar a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia foi um grande e importante passo dado pelo CNJ na busca por inibir a prática de tais delitos pelas autoridades policiais. Nesse sentido, o Senador Antonio Carlos Valadares, quando da apresentação da justificativa do PLS nº 554/2011, esclareceu que o instituto da audiência de custódia possui como finalidade precípua o resguardo da integridade física e psíquica do indivíduo preso, bem como “prevenir atos de tortura de qualquer natureza, possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário” (sic).¹

Superadas as questões acerca da escolha do tema e sua relevância jurídica, será feita uma síntese panorâmica dos assuntos que serão abordados em cada capítulo da presente pesquisa.

Inicialmente, será feita uma análise sobre o instituto da prisão em flagrante delito, suas modalidades, legitimidade ativa e passiva e requisitos, à luz do que prevê o Código de Processo Penal e dos entendimentos doutrinários sobre o tema, finalizando com um breve apanhado sobre a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (APF). É o que propõe o primeiro capítulo do presente trabalho.

Sobre o assunto, pode-se dizer que a prisão em flagrante vai muito além da chamada “voz de prisão”. Trata-se, portanto, do cerceamento momentâneo da liberdade da pessoa que seja encontrada cometendo – ou logo após – uma prática delituosa. Seu principal objetivo, dentre outros, é evitar a consumação ou o exaurimento do delito e a fuga do possível culpado, bem como possibilitar a colheita de elementos informativos e resguardar a integridade física do autor

¹ BRASIL, PLS nº 554/2011. Altera o § 1º do art. 306 do Código de Processo Penal. Diário do Senado Federal, Brasília, DF, n. 147, 07 set. 2011. Seção 1, p. 36707-36710.

do crime e da vítima. Além da imobilização e da condução do acusado à Delegacia de Polícia, diversos outros atos devem ser praticados, compondo verdadeiro procedimento, como será visto no decorrer da presente pesquisa.

O segundo capítulo trará um breve apanhado histórico sobre a audiência de custódia, seus objetivos e projetos legislativos. Ressalta-se a origem convencional – pois encontra-se expressa no art. 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos – e o caráter constitucional do presente instituto, uma vez que o art. 5º, § 3º da CRFB/88 confere status de emenda constitucional aos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja signatário.

Ainda na esfera dos direitos humanos, válido mencionar que a CADH expressamente protege o direito à vida e veda a prática de tortura e de tratamentos cruéis e degradantes. Vedação idêntica pode ser encontrada no Art. 5º, inciso III, da Constituição Federal. Entretanto, ingenuidade seria acreditar que a mera proibição constitucional seria suficiente para assegurar a não ocorrência do delito tipificado no Art. 136 do Código Penal vigente. Necessário se faz que haja meios e instrumentos hábeis a coibir sua prática, a caracterizar e elucidar sua ocorrência. Com vistas a atingir esta finalidade, o CNJ editou a Resolução nº 213/2015, trazendo a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia.

O terceiro capítulo versará sobre os crimes de tortura e maus tratos propriamente ditos. Estes delitos, conforme citado anteriormente, configuram-se como as principais questões que se pretende impedir com a realização da audiência de custódia. Para tanto, a perícia médico-legal, juntamente com a oitiva do preso pelo juiz, configura-se como instrumento apto e adequado a atingir esta finalidade. Entretanto, para melhor compreender os casos de violência e abusos policiais, deve ser feita uma distinção clara entre três hipóteses: a) estrito cumprimento do dever legal da polícia; b) uso excessivo da força durante a atuação policial; e c) prática criminosa de tortura propriamente dita. Esta análise deve abranger tanto os objetivos a que se destina o uso da força, como também os instrumentos utilizados para atingir a finalidade, visando esclarecer se houve desequilíbrio entre a legalidade e a eficiência do trabalho policial.²

Por fim, o último capítulo abordará o tema da perícia médico-legal na investigação dos crimes de tortura e maus tratos. Sobre o assunto, Genival Veloso de França³ define a perícia médico-legal

² BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento. Brasília, 2016. 12 p.

³ FRANÇA, Genival Veloso de, **Medicina Legal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2004. p. 12

como um conjunto de procedimentos médicos e técnicos que tem como finalidade o esclarecimento de um fato de interesse da Justiça ou como um ato pelo qual a autoridade procura conhecer, por meios técnicos e científicos, a existência ou não de certos acontecimentos capazes de interferir na decisão de uma questão judiciária ligada à vida ou à saúde do homem ou que com ele tenha relação. (p. 12)

Em outras palavras, é aquela realizada aplicando-se os conhecimentos das ciências médicas ao procedimento realizado, visando apurar fato de interesse da Justiça. Nada mais é que um meio de prova peculiar, através do qual se aplicam conhecimentos técnicos da Medicina para dirimir questões relacionadas à vida e à saúde que restem juridicamente relevantes. Neste sentido, o capítulo abordará conceitos atinentes à Medicina Legal, bem como abrangerá uma análise acerca da Traumatologia Forense, passando ainda pelos exames comumente utilizados nas perícias médico-legais a fim de detectar a ocorrência dos crimes em questão.

A partir de todo o exposto, espera-se atingir a finalidade do presente trabalho, qual seja, analisar o papel da perícia médico-legal na concretização dos objetivos pretendidos pela audiência de custódia, configurando-se, desta forma, como uma garantia de salvaguarda da integridade física e psíquica do indivíduo preso.

2. DA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

A expressão “flagrante” tem origem no verbo em latim “flagrare”, que significa queimar ou arder⁴. Passou a ser utilizada com o sentido atual a partir da expressão jurídica *in flagrante delicto*, que simbolizaria um crime “ainda ardendo, ainda quente, recém-terminado”. Refere-se ao crime que está acontecendo ou que acabou de acontecer. É o crime evidente por si mesmo.

Corroborando este sentido, o Código de Processo Penal traz, no bojo de seu artigo 302, as quatro hipóteses taxativas em que o indivíduo supostamente considerado autor do crime se enquadra no estado de flagrância:

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

I- está cometendo a infração penal;

II- acaba de cometê-la;

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

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

Pode-se observar que as quatro hipóteses de flagrância indicam movimento, ação em andamento ou recém finalizada, isto posto pela forma gerundial do verbo utilizado pelo legislador e por expressões temporais que indicam a imediatidade da ação subsequente.

Desta forma, o flagrante é atribuído ao indivíduo que seja encontrado cometendo o delito ou, logo após a ação, em situação que indique ser ele o autor do crime, seja por atitudes tomadas, pelo local onde foi encontrado ou ainda pelos objetos que estejam em sua posse. Cabe ressaltar, ainda, que o estado de flagrância não cessa enquanto não cessar a perseguição policial, nos termos dos artigos 302, III, e 290, § 1º, ambos do CPP.

Trata-se, portanto, de uma modalidade de prisão cautelar que consiste na restrição da liberdade de alguém, independente de ordem judicial, desde que este esteja cometendo, tenha acabado de cometer, ou seja perseguido (ou

⁴ TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual penal**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

mesmo encontrado) em situação que faça presumir o cometimento da infração penal. É uma forma de autodefesa da sociedade.

2.1 Das espécies de flagrante

A prisão em flagrante é um instituto penal que ultrapassa a chamada “voz de prisão”. Trata-se, portanto, de uma forma de cerceamento momentâneo da liberdade do indivíduo que foi encontrado praticando um delito. O seu principal objetivo é evitar a consumação ou o exaurimento do crime, bem como a fuga do possível autor do delito, garantir a colheita de elementos informativos e assegurar a integridade física do autor e da vítima.

As hipóteses em que o indivíduo pode ser preso em flagrante delito estão descritas em rol taxativo no bojo do artigo 302 do CPP, transcrito no item anterior. Entretanto, para facilitar o entendimento do tema, a doutrina adotou um sistema de classificações das diferentes possibilidades de flagrante, que serão abordadas a seguir.

As duas primeiras classificações são relacionadas ao momento do flagrante. A primeira é a que a doutrina chama de flagrante próprio. É o flagrante propriamente dito, real ou verdadeiro. Neste caso, o agente é encontrado e preso enquanto está cometendo a infração penal ou assim que acaba de cometê-la. Abarca as hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 302. A segunda, chamada de flagrante impróprio, é o flagrante irreal ou “quase-flagrante”, em que o agente é perseguido logo após cometer o ilícito e encontrado em situação que faça presumir ser ele o autor do crime. A expressão “logo após” abrange todo o espaço de tempo para a polícia chegar ao local, colher as provas do delito e iniciar a perseguição⁵.

As classificações a seguir fazem referência à legitimidade ativa para efetuar a prisão em flagrante. Desta forma, tem-se por facultativo o flagrante efetuado por qualquer pessoa do povo, conforme os critérios de conveniência e oportunidade. Trata-se do exercício regular de um direito que cabe a todos os cidadãos do povo, de acordo com a primeira parte do artigo 301 do CPP. A contrario senso, diz-se obrigatório ou compulsório o flagrante efetuado pelas autoridades policiais e seus agentes, que têm a obrigatoriedade de realizá-lo. Não possuem, portanto, qualquer discricionariedade, por tratar-se de estrito cumprimento do dever legal, conforme a segunda parte do supramencionado dispositivo penal.

Por flagrante presumido a doutrina entende o flagrante ficto ou assimilado. Neste caso, o agente do delito é encontrado “logo depois” com papéis, instrumentos, armas ou objetos que fazem presumir ser ele o autor do delito.

⁵ O conceito de perseguição pode ser encontrado no art. 290, § 1º, do CPP.

Abarca a hipótese prevista no inciso IV do artigo 302. Segundo o autor Guilherme de Souza Nucci (2011, p.608), “a jurisprudência do STJ tem admitido um prazo razoável de até 24 horas como logo depois (RT 830/577)”. De qualquer forma, cada caso concreto deve ser analisado com ponderação.

A doutrina denomina, ainda, como flagrante preparado ou provocado quando o agente é induzido ou instigado a cometer o delito e, neste momento, acaba sendo preso em flagrante. É um artifício onde verdadeira armadilha é maquinada com intuito de prender em flagrante aquele que cede a tentação e acaba praticando a infração (TÁVORA, ALENCAR, 2008, p.464). Ocorre quando alguém, de forma insidiosa, provoca o agente à prática de um crime e, em seguida, toma providências para que este não se consuma.

No flagrante preparado, o policial ou terceiro induz o agente a praticar o delito e o prende em flagrante. O STF considera a conduta atípica, e portanto ilícito o flagrante efetuado nestas condições, conforme entendimento manifestado através da Súmula nº 145: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. No entendimento do Supremo e da doutrina majoritária, nos casos de preparação do flagrante, não seria possível a realização da prisão, uma vez que, como não poderá ocorrer a consumação, estaremos diante de um crime impossível. Difere do flagrante que a doutrina classifica como esperado, pois neste não há qualquer induzimento. O policial ou terceiro somente espera o momento em que o delito ocorra para prender o agente em flagrante. Esta hipótese é legalmente válida e aceita, pois não há interferência externa na conduta do suposto autor do crime.

Há, ainda, a figura doutrinária do flagrante postergado, diferido, prorrogado ou retardado, em que o agente policial tem a discricionariedade de deixar de efetuar a prisão no momento da prática delituosa, com vistas a aguardar o momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. Esta modalidade só é admitida em duas situações, quais sejam: i) em se tratando de crimes praticados por organizações criminosas⁶, conforme previsto no artigo 8º, da Lei nº 12.850/13; e ii) quando se tratar de crimes previstos na Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), conforme previsto em seu artigo 53, inciso II⁷.

⁶ A Ação Controlada não depende de ordem judicial nem de oitiva ministerial. Cabe à autoridade policial administrar a conveniência e a oportunidade da postergação e comunicar previamente o fato ao juiz, que estabelecerá os limites da ação e comunicará ao Ministério Público.

⁷ A Lei de Drogas estabelece, em seu art. 53, *caput*, que a postergação do flagrante delito depende de autorização judicial e oitiva do Ministério Público.

Por fim, há de se falar no flagrante forjado, que consiste na hipótese em que agentes policiais ou terceiros criam provas de um crime inexistente com a finalidade única de realizar uma prisão em flagrante. Apesar da dificuldade prática de se provar sua simulação, essa modalidade de flagrante é ilícita, uma vez que o crime é inexistente. Sendo assim, o policial responsável deve responder por crime de abuso de autoridade, à luz da Lei nº 4.898/65, se o fato não constituir crime mais grave.

2.2 Legitimidade

No âmbito das ciências jurídicas, a doutrina frequentemente desenvolve teorias acerca da legitimidade. Tais teorias são criadas ora pelos processualistas, a fim de estabelecer um elo entre o Direito processual e o material, ora pelos publicistas, para demonstrar a conexão entre o cidadão e Estado.

Para os primeiros, a legitimidade é a condição que autoriza alguém a ser parte em uma demanda, de maneira que legítima será aquela a quem a lei autorize a defesa em juízo do alegado direito (legitimidade ativa) ou incumba o ônus de suportar *os efeitos da providência pedida (legitimidade passiva)*.⁸

Em contrapartida, para os publicistas, a legitimidade possui ainda um viés axiológico, ou seja, ela valora a legalidade, assemelhando-se ao que ocorre no Direito processual, onde ela qualifica a parte. Sendo assim, na perspectiva pública, o conceito de legitimidade está recheado pelas “crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência”.⁹

A legitimidade está diretamente ligada a um ato, ainda que omissivo, mas, invariavelmente, a um movimento, a uma ação. Não se pondera a legitimidade de um fato ou de uma entidade, mas, sim, de uma manifestação de vontade produzida por um sujeito, pois esta visa a produzir efeitos na esfera jurídica, que sujeitarão seus destinatários ao cumprimento de suas determinações. Seja como instituto jurídico ou como um fenômeno social, a legitimidade não é qualidade do sujeito em si, mas de sua atuação.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 117.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 121.

2.2.1 Legitimidade Ativa

O dicionário de língua portuguesa aponta a diferença existente entre os verbos poder e dever. O primeiro caracteriza uma possibilidade, uma faculdade de alguém fazer ou não determinada coisa. Já o último é revestido do caráter impositivo, apresenta-se como uma obrigatoriedade de fazer ou deixar de fazer algo. Isso vale para praticamente todos os segmentos da atividade humana, se não para todos. No Direito Penal e Processual Penal, no que tange à prisão do indivíduo apanhado em flagrante delito, não é diferente. Uns podem prender, mas não são obrigados a fazê-lo; outros devem prender, ou seja, são obrigados a fazê-lo, sem nenhuma discricionariedade.

O artigo 301 do Código de Processo Penal prevê que “qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. Deste dispositivo é que se extraiu a existência do flagrante facultativo – aquele efetuado por qualquer pessoa do povo – e do flagrante compulsório – quando realizado por autoridade policial ou seus agentes –, conforme visto anteriormente no item 2.1.

Se alguém é encontrado cometendo um delito que o sujeita à prisão em flagrante e esta é realizada por qualquer pessoa do povo ou por autoridade que não seja policial, esta prisão é plenamente válida, devendo o suposto criminoso ser conduzido imediatamente à presença de quem tenha autoridade para lavrar o auto de prisão em flagrante (APF) e adotar as medidas legais cabíveis ao caso, à luz do artigo 304 do CPP. Trata-se, portanto, de um exercício da cidadania.

Em contrapartida à discricionariedade atribuída a qualquer pessoa do povo, as autoridades policiais têm a obrigação de efetuar a popularmente chamada “voz de prisão” ao surpreenderem ou presenciarem quem quer que se encontre em conduta legalmente definida como infração penal ou, ainda, na sequência desta, em situação reconhecida como estado de flagrância.

Na seara da compulsoriedade, há de se ressaltar a existência de quatro principais modalidades de flagrante, a depender da autoridade que o realiza, do sujeito flagrantado ou, ainda, da espécie do delito. Sendo assim, pode-se chamar de:

- a) flagrante policial aquele realizado pelas autoridades policiais, na maioria das vezes, o delegado de polícia;
- b) flagrante militar quando abarcar crimes tipicamente militares, ou seja, aqueles previstos no Código Penal Militar. Neste caso, o auto de prisão em flagrante é lavrado pela autoridade policial militar encarregada;

c) flagrante parlamentar aquele realizado através do exercício do poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos casos de crimes cometidos nas suas dependências. De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, pacificado através da Súmula nº 397, “o poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito.”;

d) flagrante judicial quando o crime for cometido na presença do Juiz ou contra este, no exercício de suas funções. Neste caso, o próprio magistrado será competente para lavrar o auto de prisão em flagrante, como prevê a parte final do artigo 307 do CPP.

Ante todo o exposto, pode-se verificar que a prisão em flagrante delito é uma exceção à regra que estabelece que a prisão somente será efetuada mediante mandado judicial – ressalvados os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar. Por essa razão, o procedimento desperta atenção desde a sua gênese, através da "voz de prisão", que caracteriza a captura, até o recolhimento do flagranteado ao cárcere, posto que é inteiramente desenvolvido na esfera administrativa de atuação do Estado.

Assim sendo, o controle judicial dar-se-á *a posteriori do fato*, ainda que imediatamente após a custódia, oportunidade em que o Estado-juiz avaliará se estão presentes todas as condições para a manutenção da privação de liberdade sem pena, ou seja, todos os requisitos da prisão provisória, à luz das clássicas expressões latinas *fumus boni juris* e *periculum in mora*, a fim de sustentar a manutenção da prisão ou convertê-la em qualquer outra medida de natureza cautelar prevista no CPP.

2.2.2 Legitimidade Passiva

Em sede de legitimidade passiva, ou seja, aquela atribuída a quem incumbe suportar os efeitos da ação, a regra geral prevista no artigo 301 do CPP preconiza que qualquer cidadão pode ser autuado em estado de flagrante de delito. Entretanto, é importante ressaltar que o ordenamento jurídico prevê algumas exceções.

A primeira delas diz respeito às pessoas que não podem ser presas em estado de flagrante. São elas (TÁVORA, 2011, p.541): i) o menor de 18 anos, de acordo com o artigo 106 do Estatuto da Criança e do Adolescente; ii) os

diplomatas estrangeiros, à luz do Decreto nº 61.078/67; iii) o Presidente da República, conforme previsto no artigo 86, § 3º, da Constituição Federal; iv) o agente que socorre a vítima de trânsito, como preconiza o artigo 301 da Lei nº 9.503/97, a fim de evitar a fuga e estimular o socorro; e v) aquele que se apresenta espontaneamente à autoridade após o cometimento do delito. Nada impede, entretanto, que lhe seja decretada a prisão preventiva, analisando-se os critérios de necessidade e conveniência.

A segunda e última exceção refere-se às pessoas que não podem ser presas em estado de flagrante, salvo quando se tratar de Crimes Inafiançáveis. São elas (ibidem, p.541): i) os Membros do Congresso Nacional, à luz do artigo 53, §2º da Constituição Federal; ii) os Deputados estaduais, conforme o artigo 27, §1º c/c o artigo 53, §1º, da Carta Magna; iii) os Magistrados, de acordo com o previsto no artigo 33, II, da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN); iv) os Membros do Ministério Público, como preconiza o artigo 40, III, da Lei nº 8.625/93 (LONMP); e, por fim, v) os advogados no exercício da profissão, em conformidade com o artigo 7º, da Lei 8.906/94.

2.3 Das fases da prisão em flagrante

Ao contrário do que possa parecer, a prisão em flagrante, não se exaure em um único momento. Para sua perfeita concretização e validade, há um conjunto de etapas necessárias que devem ser respeitadas cronologicamente. Isso significa dizer que a pessoa *capturada* ou *detida* em estado de flagrância não está, de fato, presa. Apesar de existir uma restrição aos seus direitos, a segregação efetiva da sua liberdade de locomoção – que se concretiza com o recolhimento ao cárcere – só acontecerá após decreto fundamentado do delegado de polícia, que é a autoridade com atribuição constitucional e convencional¹⁰ para análise dos fatos.

2.3.1 Prisão-captura

Conforme já consignado no item 2.2.1, esta primeira etapa pode ser realizada por autoridades policiais ou por qualquer pessoa do povo. Trata-se da detenção do indivíduo que acabou de cometer um delito. Neste momento, não importa a natureza da infração, ou seja, seu potencial ofensivo, nem tampouco cabe a análise das qualidades do agente, se imputável ou imputável. A finalidade principal da prisão-captura é proteger o bem jurídico que está sendo lesado

¹⁰ Nos termos do artigo 7º, item 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

com a conduta delituosa, visando, desta forma, impedir a consumação da infração e identificar sua autoria, bem como as fontes iniciais de prova.

Importante ressaltar que, neste momento, o preso deve ser informado sobre os direitos que lhe cabem, dentre os quais, o de permanecer calado, conforme prevê o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição. Sendo assim, o responsável pela prisão-captura deve cientificar o flagranteado acerca de seus direitos constitucionais, especialmente sobre o direito de permanecer em silêncio para não produzir nenhuma prova prejudicial à sua defesa. Entretanto, o agente responsável pela prisão-captura não deve interrogá-lo aleatoriamente, pressionando-o ou intimidando-o, principalmente, por tratar-se o interrogatório de um meio de defesa do acusado, que deve ser realizado, obrigatoriamente, na presença de um advogado, sob pena de nulidade da investigação¹¹. Cabe ao agente efetuar somente a detenção e condução imediata do flagranteado à Delegacia de Polícia. Apenas as diligências essenciais afetas ao contexto criminoso devem ser realizadas, como, por exemplo, a identificação da vítima ou das testemunhas que presenciaram o fato, se houver.

2.3.2 Condução coercitiva

Ato seguinte à prisão-captura é a condução da pessoa detida em situação de flagrância até a Delegacia de Polícia, para que a autoridade policial analise a legalidade da prisão. Cabe ressaltar que, na lavratura do auto de prisão em flagrante, a pessoa responsável pela condução coercitiva do acusado recebe o nome de condutor, entretanto, nem sempre o *condutor* será a mesma pessoa que efetuou a prisão-captura. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que a própria vítima realiza a detenção do criminoso e aciona, posteriormente, a polícia para realizar a sua condução até a Unidade de Polícia Judiciária.

2.3.3 Audiência preliminar de apresentação e garantias

O Pacto de San Jose da Costa Rica, em seu artigo 7º, inciso 5, estabelece que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo”. Pode-se inferir do dispositivo em comento que a outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais faz referência ao delegado de polícia, quando da apresentação do conduzido no Distrito Policial. Este dispositivo consolida uma garantia para o acusado, pois, a prisão-captura pode não ser ratificada pelo delegado quando da análise das circunstâncias atinentes ao fato, seja por não restar demonstrado o estado flagrancial, seja por não haver indícios suficientes de autoria e materialidade. Há, ainda, nos termos do artigo 322 do CPP, a possibilidade do preso ser

¹¹ De acordo com a Lei nº 13.245/16, que alterou o artigo 7º da Lei nº 8.906 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

beneficiado com a liberdade provisória mediante fiança concedida pelo próprio delegado de polícia¹². Neste caso, o capturado terá restituída imediatamente sua liberdade, evitando, desta forma, que seja recolhido ao cárcere.

Mister ressaltar que esta audiência preliminar de apresentação e garantias não se confunde com a Audiência de Custódia objeto do presente estudo. A primeira trata do momento em que o delegado de polícia verifica se a prisão-captura do conduzido foi legal, se se enquadra em alguma das hipóteses flagranciais do artigo 302 do CPP, se houve excesso por parte do responsável pela detenção e, sobretudo, se os fatos que lhe são apresentados constituem ou não crime. Ou seja, é o primeiro filtro de legalidade pelo qual a prisão em flagrante deve passar. Já a última é aquela realizada quando da apresentação do preso ao Juiz, no prazo de até 24 horas – conforme prevê a Resolução 213 do CNJ, que decidirá, ouvido o Ministério Público, acerca do relaxamento da prisão – caso seja manifestamente ilegal –, da sua conversão em prisão preventiva – caso não seja possível a aplicação de outra medida cautelar, dentre as previstas no artigo 319 CPP –, ou ainda da concessão de liberdade provisória, cumulada ou não com a aplicação de outra medida cautelar.

Face ao exposto, pode-se observar que esta etapa é fundamental para a formação do convencimento do delegado de polícia acerca dos fatos que lhe são apresentados, ficando, desta forma, o decreto prisional e a lavratura do auto de prisão em flagrante vinculados às informações coletadas durante a realização da audiência preliminar.

2.3.4 Lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (APF)

Esta etapa da prisão em flagrante configura-se como uma atribuição praticamente¹³ exclusiva do delegado de polícia, que atuará como um defensor da lei, sobretudo dos direitos individuais das pessoas envolvidas na ocorrência. Após a realização a Audiência Preliminar de Apresentação e Garantias, a autoridade policial decidirá fundamentadamente sobre a legalidade da prisão. Se concluir que não é caso de prisão em flagrante, o indivíduo flagranteado será liberado, e haverá somente a lavratura do boletim de ocorrência, que, nesses termos, funcionará como uma espécie de *notitia criminis*.

¹² A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

¹³ Excepcionalmente, o APF será lavrado pelo juiz de Direito, quando a infração for cometida na sua presença e durante o exercício de suas funções.

Faz-se necessário destacar que, nos casos que envolvem infrações de menor potencial ofensivo, não será lavrado auto de prisão em flagrante, mas sim o termo circunstanciado da ocorrência previsto na Lei nº 9.099/95, caso o acusado não se negue a assiná-lo, assumindo os compromissos nele impostos. Sobre o tema, a abalizada doutrina de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar¹⁴, esclarece o seguinte:

Nas infrações de menor potencial ofensivo, que são os crimes com pena máxima de até dois anos, cumulados ou não com multa, e as contravenções penais (art. 61, Lei n.º 9.099/95), ao invés da lavratura do auto de flagrante, teremos a realização do termo circunstanciado, desde que o infrator seja imediatamente encaminhado aos juizados especiais criminais ou assuma o compromisso de comparecer, quando devidamente notificado. Caso contrário, o auto será lavrado, recolhendo-se o agente ao cárcere, salvo se for admitido a prestar fiança.

Na lavratura do auto, faz-se imprescindível que os motivos e as circunstâncias da captura sejam expressas, devendo o delegado de polícia expor os fundamentos fáticos e jurídicos que embasaram sua decisão, haja vista que a prisão em flagrante cumula na restrição da liberdade de locomoção, ou seja, de um direito fundamental indisponível. Da mesma forma, deve constar no APF análise acerca da possibilidade ou não de concessão de liberdade provisória mediante fiança em benefício do preso, nos termos dos artigos 322 e seguinte do CPP, representando, na mesma peça, pela adoção de alguma medida sujeita à cláusula de reserva de jurisdição, como a conversão do flagrante em prisão preventiva, por exemplo.

2.3.5 Recolhimento ao cárcere e comunicação da prisão ao Juiz

Lavrado o auto de prisão em flagrante e não tendo sido concedida fiança pelo delegado de polícia ou, ainda que concedida, o preso não tiver condições de pagá-la, será o indiciado recolhido ao cárcere. Feito isso, o auto deverá ser remetido ao Poder Judiciário no prazo máximo de 24 horas, a fim de que a legalidade de prisão seja novamente analisada, desta vez, sob o crivo da autoridade judicial.

A Lei 12.403/2011 em seu artigo 310 determina que, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz decidirá *fundamentadamente sobre o relaxamento da prisão* (caso esta seja manifestamente ilegal), sua conversão em prisão preventiva (caso presentes os requisitos do artigo 312 do CPP e não seja cabível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão) ou, ainda, conceder liberdade provisória, com ou sem a imposição de outra medida cautelar. Determina ainda a supracitada lei, no bojo de seu artigo 306, que a prisão seja comunicada também ao Ministério Público, à família do autuado ou a qualquer outra pessoa por ele indicada, cabendo remessa de cópia integral do auto à

¹⁴ Curso de Direito Processual Penal. 6. Ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 540.

Defensoria Pública, caso o preso não indique advogado. Por derradeiro, em salvaguarda dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, a lei impõe a entrega de nota de culpa assinada pela autoridade ao preso, no prazo máximo de 24 horas, onde constarão as circunstâncias da prisão, o nome do condutor e das testemunhas do fato.

3. DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Nos últimos anos, a legislação processual penal brasileira vem sendo constantemente modificada e atualizada. Este fato é decorrente de uma necessária adequação do – quase octogenário – Código de Processo Penal aos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, bem como à realidade democrática instituída pela Constituição da República em 1988. Sobre o assunto, entende-se relevante esclarecer brevemente como os tratados internacionais ratificados são incorporados no ordenamento jurídico brasileiro.

Na seara dos direitos humanos, os tratados e convenções internacionais podem ser incorporados na legislação pátria com *status* ordinário ou constitucional. A primeira hipótese encontra previsão legal no bojo artigo 49, I, da CF, que prevê a aprovação dos tratados pelo Congresso Nacional, através da expedição de decreto legislativo, independente de sanção ou promulgação pelo Presidente da República. Através deste decreto, o Congresso expressa sua aprovação à assinatura do tratado e autoriza o Chefe do Executivo a proceder à ratificação por meio da edição de decreto presidencial. Importante destacar que o decreto expedido pelo CN por si só não é suficiente para vincular a executoriedade do tratado no território nacional, uma vez que a ratificação é ato privativo do Presidente da República (artigo 84, inciso VIII, CF), cabendo somente a ele decidir sobre o assunto. Desta forma, a obediência às normas impostas pelo ato internacional celebrado só se reveste de obrigatoriedade a partir da edição do decreto presidencial que determina sua imediata aplicação e cumprimento. Com este procedimento, o pacto internacional é ratificado e incorporado no ordenamento jurídico brasileiro e recebe *status* de norma infraconstitucional.

A segunda hipótese de ratificação encontra respaldo no §3º no artigo 5º da CF, inserido através da EC nº 45, de 2004, que confere *status* de emenda constitucional aos tratados e convenções aprovados em dois turnos por 3/5 dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional. Ou seja, tendo os pactos internacionais seguido o mesmo

processo legislativo das emendas à Constituição, terão atribuídos a si idêntica natureza constitucional. A escolha entre as duas hipóteses de ratificação é critério discricionário do Congresso Nacional.¹⁵

Esclarecidas as maneiras existentes no Brasil para se proceder à ratificação dos pactos internacionais, retome-se o assunto acerca das constantes modificações a que a legislação processual penal brasileira vem se submetendo. A título de exemplo, pode-se citar o princípio da razoável duração do processo, que foi incluído no rol do artigo 5º da Carta Magna – onde figuram os direitos e garantias fundamentais – através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Merecem destaque também a Lei nº 12.403/11, que alterou o Código de Processo Penal no que tange aos procedimentos, à prova e à prisão, medidas cautelares e liberdade provisória, e a Lei nº 13.245/16, que altera o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, assegurando, dentre outros, o direito do acusado ser assistido por advogado no momento do inquérito policial, sob pena de nulidade absoluta do procedimento. Em meio a estas alterações pontuais, houve ainda a apresentação de um projeto de Código de Processo Penal inteiramente novo e reformulado, ainda em tramitação na Câmara dos Deputados como PL nº 8.045/10.

Em setembro de 2011, sob a justificativa de uma necessária adequação do Brasil aos tratados e convenções internacionais por ele ratificados, nova alteração foi proposta. Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 554, apresentado pelo Senador Antônio Carlos Valadares, que altera o §1º do artigo 306 do CPP, a fim de fixar o prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão para que o preso seja conduzido à presença do juiz competente, juntamente com o auto de prisão em flagrante e oitivas colhidas, bem como determinar a remessa de cópia integral do auto para a Defensoria Pública, caso o autuado não indique o nome de seu advogado. A proposta teve tríplice justificativa, quais sejam, o resguardo da integridade física e psíquica do preso, diálogos mantidos com o Ministério da Justiça, com a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e organizações de direitos humanos da sociedade civil e, por fim, a necessidade de se adequar a legislação brasileira aos tratados e convenções internacionais ratificados, uma vez que o Brasil é um dos poucos países da América Latina a não ter este direito incorporado em sua legislação.

3.1 Do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011

Originalmente, a proposta do PLS nº 554/2011 era que, em um único momento, houvesse a oitiva do preso, a análise da legalidade da prisão e do respectivo auto, bem como a possibilidade de aplicação de alguma medida cautelar pessoal. Entretanto, da forma como foi apresentado, a audiência de custódia acabaria por não contemplar os princípios

¹⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 712-714.

do contraditório e ampla defesa necessários em momento anterior à decisão judicial acerca da soltura ou manutenção da prisão, uma vez que só estariam presentes na audiência o juiz e o sujeito preso em flagrante.¹⁶

Quando submetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o projeto foi considerado “conveniente e oportuno” pelo relator, o Senador Randolfe Rodrigues, entretanto, houve a apresentação de uma emenda fundamentada em “sugestões encaminhadas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo”¹⁷, que inseria no texto a necessária presença do Ministério Público e da defesa técnica do sujeito conduzido, além de estabelecer o procedimento a ser adotado na audiência de custódia.

Após quase dois anos de tramitação e pareceres emitidos, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, vinculado ao Ministério da Justiça, encaminhou um ofício ao Senado Federal, através do qual solicitou celeridade à tramitação do PLS nº 554/2011.¹⁸ Em decorrência disso, em 26 de novembro de 2013, o projeto foi aprovado.

Entretanto, notável discussão foi gerada entre as instituições envolvidas ou as que serão afetadas com a inclusão da audiência de custódia na realidade brasileira. O argumento central apresentado pelas instituições favoráveis à implementação foi a necessidade de se adequar o Código de Processo Penal ao que dispõe a CADH, como uma maneira de se evitar a ocorrência de prisões ilegais, bem como de coibir a prática de tortura e maus tratos por parte dos órgãos responsáveis pela primeira fase da persecução penal. Complementando o coro favorável à regulamentação, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em editorial publicado em 2013, justificou a necessidade da audiência de custódia ressaltando que o preso somente teria contato direto com o juiz no momento do interrogatório, ou seja, no último ato da instrução. Desta feita, ao se implementar a audiência de custódia, esta seria a oportunidade que o acusado teria para, estando face a face com o juiz, dar sua versão dos fatos.¹⁹

Por outro lado, instituições ligadas à polícia se manifestaram claramente contrárias ao projeto. Em ofício encaminhado à Presidência do Senado Federal²⁰, a Federação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (FENADEPOL) cogitou a possibilidade de adiamento da votação, visando possibilitar maior discussão acerca do tema, em razão dos impactos que seriam gerados aos organismos de segurança pública. Dentre os argumentos utilizados,

¹⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. A Atuação do Ministério Público Frente às Medidas Cautelares Pessoais. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, p. 209-225, 2013.

¹⁷ SENADO FEDERAL. Parecer nº __, de 2011. Relator Senador Randolfe Rodrigues. PLS 554, de 2011, 20 de dezembro de 2011.

¹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹⁹ IBCCRIM. Editorial. O esforço de Sísifo e a audiência de custódia. *Boletim IBCCrim*. São Paulo, nº 252, novembro/2013.

²⁰ FEDERAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL. Ofício 37/14-FENADEPOL. Brasília, 04 de agosto de 2014.

afirmou que a aprovação do projeto nos termos propostos levaria à total “paralisia das Polícias”, uma vez que, sendo ao preso facultado mentir em defesa própria, sem que lhe seja aplicada qualquer penalidade por isso, certo seria que todo indivíduo preso falsearia frente ao juiz, alegando ter sofrido tortura e maus tratos no momento do flagrante, a fim de alcançar o relaxamento de sua prisão. Por conseguinte, os policiais responsáveis pela prisão poderiam responder, “anos a fio”, pelo crime inafiançável de tortura, ainda que baseada a acusação em uma mentira, “numa total e absurda inversão de valores”. Ao final, acabaria por se tornar mais interessante ao policial, diz o ofício, responder pelo crime de prevaricação, por deixar de realizar a prisão em flagrante, do que pelo crime de tortura, culminando, portanto, no aumento da impunidade. O último argumento utilizado foi a insuficiência de policiais e juízes para arcar com o aumento no número de audiências, sobretudo à noite, o que acabaria por gerar a retirada de policiamento das ruas.

No mesmo sentido, manifestaram-se a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) e a Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal, por meio de nota técnica encaminhada ao Senado Federal²¹, alegando, entre outros, que a CADH não limita a apresentação do preso à figura do juiz, ao prever expressamente que outra autoridade pode ser responsável por conduzir a audiência. Desta feita, declararam ser o projeto absolutamente prescindível, uma vez que a Constituição teria optado pela figura do Delegado de Polícia para exercer tal função.

Em meio ao considerável alvoroço gerado, a Associação Nacional dos Defensores Públicos manifestou apoio ao PLS nº 554/2011, afirmando que “a audiência de custódia já se encontra inserida no ordenamento jurídico brasileiro, por força da ratificação, pelo Congresso Nacional, de dois tratados internacionais sobre direitos humanos”²², quais sejam, a CADH e o PIDCP.

Atualmente, o projeto segue em trâmite, tendo sua última movimentação ocorrido em 06 de dezembro de 2016, quando foi remetido à Câmara dos Deputados.²³

3.2 Outros intentos de ordem legislativa

Por volta de dois meses após a apresentação do PLS nº 554/2011, o Deputado Federal Domingos Dutra apresentou a Proposta de Emenda à Constituição nº 112/2011, com o intuito de dar nova redação ao inciso LXII de seu

²¹ ASSOCIAÇÃO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO BRASIL. *Nota Técnica ao Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011*. Brasília, 05 de agosto de 2014. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL. *Nota Técnica ao Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011*. Brasília, 05 de agosto de 2014.

²² ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS. *Ofício ANADEP nº 02/2015*. Brasília, 05 de fevereiro de 2015.

²³ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Disponível em: <<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>> Acesso em 16 nov. 2017.

artigo 5º, que dispõe sobre a prisão de qualquer pessoa, para contemplar a sua imediata apresentação em juízo.²⁴ Entretanto, apesar de ter recebido voto de admissibilidade pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, a proposta foi arquivada em 31 de janeiro de 2015, em razão do fim da legislatura, conforme prevê o artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Já em agosto de 2014, o Deputado Federal Jorginho de Mello apresentou o Projeto de Lei nº 7.871/2014, com a finalidade de inserir a obrigatoriedade da audiência de custódia no bojo do artigo 301 do CPP, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 301 Qualquer pessoa do povo poderá prender e a polícia deverá prender e autuar quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Parágrafo único. Após a lavratura da prisão feita pela polícia, no prazo máximo de vinte e quatro horas, a pessoa deverá ser conduzida à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, deverá ser encaminhada cópia integral para a Defensoria Pública.

Pode-se verificar que o projeto em questão seguiu a mesma linha inicialmente adotada pelo PLS nº 554, ao restringir a audiência somente às figuras do preso e do juiz. Entretanto, se aprovado, o PL nº 7.871/2014 configuraria um retrocesso, uma vez que impediria a manifestação do Ministério Público e a defesa do acusado. Em virtude disso, ou ainda por já haver projeto similar tramitando no Senado, houve um desinteresse por parte dos integrantes de sua Casa Legislativa de origem, que acabou por gerar seu arquivamento em 31 de janeiro de 2015, muito embora seu proponente tenha alcançado seu desarquivamento em 11 de fevereiro do mesmo ano. Atualmente, o projeto encontra-se apensado ao PL nº 8045/2010, que prevê a reformulação completa do Código de Processo Penal vigente.²⁵

Em fevereiro de 2015, sob a premissa de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil preveem a figura de uma “outra autoridade” que poderia exercer as funções judiciais – o que tornava a audiência de custódia prescindível – o Deputado Federal Laerte Bessa apresentou o PL nº 470/2015, numa tentativa de equiparar o Delegado de Polícia ao

²⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Emenda à Constituição nº 112, de 2011. Disponível em: <<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=528162>>> Acesso em: 17 de nov. 2017.

²⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 7.871/2014. Disponível em: <<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621520>>> Acesso em: 17 de nov. 2017

juiz. Como justificativa, dentre outras, alegou que àquele já era conferido parcela do poder jurisdicional cabível aos magistrados, como, por exemplo, o arbitramento de fiança, homologação da prisão em flagrante e determinação do recolhimento à prisão do conduzido, bem como seu indiciamento.

À luz deste projeto, a audiência de custódia seria um instituto facultativo, ou seja, o juiz poderia designá-la e realizá-la por videoconferência, nos casos em que não fosse concedida liberdade mediante arbitramento de fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão pelo Delegado de Polícia. A esse respeito, Andrade (2016) considera que:

O PL nº 470, de 2015, conseguiu a façanha de ser mais retrógrado que o PL nº 7.871, de 2014, pois, além de tornar facultativa a apresentação do sujeito preso, também elevou o Delegado à condição de “outra autoridade” mencionada no PIDCP e na CADH, situações que vêm sendo, há anos, rechaçadas pela CIDH. Em suma, o PL nº 470, de 2015, parte de uma leitura utilitarista dos textos internacionais por ele invocados, sem qualquer preocupação quanto à forma como os institutos nele presentes são compreendidos e definidos pela jurisprudência internacional. (p. 48)

Atualmente, o projeto em questão encontra-se apensado ao PL nº 7.871/2014, por tratarem de matérias correlatas.

Por derradeiro, uma das últimas propostas apresentadas foi a PEC nº 89/2015, que pretende inserir expressamente a audiência de custódia no bojo do artigo 98 da Constituição. A proposta prevê, pura e simplesmente, a apresentação judicial do preso, sem indicar qualquer procedimento a ser seguido.²⁶ Em uma análise crítica, pode-se perceber que o que se pretende alcançar é o regresso do sistema de persecução penal brasileiro ao modelo inquisitivo, a partir da sujeição do preso ao juizado de instrução, pois, de acordo com a proposta, o Delegado de Polícia se tornaria juiz-instrutor e passaria a integrar o Poder Judiciário. A presente proposta se encontra atualmente apensada à PEC nº 430/2009.

3.3 Da Resolução nº 213, do CNJ

²⁶ Artigo 98-A, § 3º. Toda pessoa presa em flagrante deverá ser apresentada sem demora ao juiz de instrução e garantias para a realização de audiência de custódia, com a participação de defesa e do Ministério Público, em que se decidirá sobre a prisão e as medidas cautelares cabíveis.

Em meio a tantos intentos de ordem legislativa, a audiência de custódia encontra-se atualmente regulamentada através da Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça. Enquanto não entra em vigor o Novo CPP que vem sendo discutido ou, ainda, lei específica que regule o procedimento, as diretrizes do CNJ são as luzes que guiam a realização das audiências de custódia.

Durante a 223ª Sessão Ordinária do CNJ, realizada em 15 de dezembro de 2015, o então presidente Ricardo Lewandowski destacou que o texto da Resolução representa “uma síntese da experiência dos 27 tribunais estaduais e de algumas varas federais no que diz respeito à audiência de custódia”.²⁷

Aprovada por unanimidade, a Resolução esmiúça o procedimento de apresentação dos presos em flagrante delito à autoridade judicial competente, trazendo, ainda, dois protocolos de atuação: o primeiro versa sobre a aplicação de medidas cautelares alternativas (artigos 9 e 10) e o outro sobre os procedimentos para apuração das denúncias de tortura feitas pelos presos (artigo 11).

Em todas as unidades federativas, as audiências de custódia estavam sendo realizadas baseando-se em acordos de cooperação firmados entre o CNJ e os órgãos do Judiciário e do Executivo. A partir da aprovação desta resolução, o procedimento passa a ter seu modo de funcionamento uniformizado, lapidando as rotinas anteriormente formuladas pelas experiências dos tribunais. Além dos pactos internacionais que sustentam a realização da audiência de custódia, a diretriz em questão encontra respaldo em duas decisões recentes do Supremo Tribunal Federal (STF), quais sejam, o julgamento da Ação Declaratória de Preceito Fundamental nº 347²⁸ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240²⁹, que confirmaram a legalidade das audiências de custódia.

Importante ressaltar que as resoluções exaradas pelo CNJ possuem natureza jurídica de ato normativo primário (FERNANDES, 2013, p. 843), haja vista encontrarem fundamento diretamente na Constituição Federal, motivo pelo

²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Notícia: Aprovada resolução que regulamenta as audiências de custódia. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192%E2%80%90aprovada%E2%80%90resolucao%E2%80%90que%E2%80%90regulamenta%E2%80%90as%E2%80%90audiencias%E2%80%90de%E2%80%90custodia>>> Acesso em: 18 nov. 2017

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícia: STF determina realização de audiências de custódia e descontingenciamento do Fundo Penitenciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299385> Acesso em: 19 nov. 2017

²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240, de 20 ago. 2015. Disponível em: <<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>> Acesso em: 19 nov. 2017

qual independem de qualquer outra espécie legislativa, seja ela lei federal ou não, à luz do que prevê o artigo 103-B, §4º, inciso I, da CRFB/88, combinado com o artigo 102 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.³⁰

Assim sendo, o Brasil, como signatário de tratados internacionais de direitos humanos, tem o dever de tornar efetiva a referida recomendação. Neste contexto, a Resolução nº 213 do CNJ veio para suprir a lacuna até então existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Visando garantir o respeito aos preceitos fundamentais, no item 2 do Protocolo I da resolução em tela, o CNJ exige que o magistrado observe – para fins de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão – os princípios abaixo relacionados, seguindo a mesma ordem de prioridade em que se encontram no referido texto. São eles:

- a) Princípio da reserva legal (inciso I): preconiza que o magistrado deve se ater às hipóteses de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão previstas na legislação, sendo-lhe vedada a imposição de medidas que extrapolem a legalidade.
- b) Princípio da subsidiariedade e intervenção penal mínima (inciso II): estabelece que a intervenção penal deve ser limitada ao mínimo – uma vez considerada como *ultima ratio* – e que a prisão deve ser utilizada como recurso residual junto ao sistema penal, atendo-se às mais graves violações aos direitos humanos e restringindo-se ao mínimo necessário para fazer cessar a violação, considerando os custos sociais e econômicos envolvidos na aplicação da prisão provisória ou de medidas cautelares que imponham restrições à liberdade.

³⁰ Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

[...]

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; (BRASIL, 1988).

Art. 102. O Plenário poderá, por maioria absoluta, editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações.

§ 1º A edição de ato normativo ou regulamento poderá ser proposta por Conselheiro ou resultar de decisão do Plenário quando apreciar qualquer matéria; ainda, quando o pedido seja considerado improcedente, podendo ser realizada audiência pública ou consulta pública.

§ 2º Decidida pelo Plenário a edição do ato normativo ou da recomendação, a redação do texto respectivo será apreciada em outra sessão plenária, salvo comprovada urgência.

§ 3º A edição de ato normativo poderá, a critério do Plenário ou do Relator, ser precedida de audiência pública ou consulta pública, por prazo não superior a 30 (trinta) dias.

§ 4º Os efeitos do ato serão definidos pelo Plenário.

§ 5º As Resoluções e Enunciados Administrativos terão força vinculante, após sua publicação no Diário da Justiça eletrônico e no sítio eletrônico do CNJ.

§ 6º Os Enunciados serão numerados em ordem crescente de referência, com alíneas, quando necessário, seguidas de menção aos dispositivos legais e aos julgados em que se fundamentam.

§ 7º Nos casos em que a proposta de ato normativo ensejar impacto orçamentário aos órgãos ou Tribunais destinatários, receberá prévio parecer técnico do órgão competente no âmbito do CNJ. (BRASIL, 2009, grifo nosso)

c) Princípio da presunção de inocência (inciso III): expressamente previsto na Constituição Federal, o princípio em tela dispõe como seu limite o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. De igual forma, a Convenção Americana de Direitos Humanos, estabelece que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa” (art. 8º item 2). Neste sentido, a concessão da liberdade provisória, com ou sem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, configura-se como direito do preso, e não como mero benefício a ele concedido, devendo sempre ser considerada a presunção de inocência das pessoas acusadas;

d) Princípio da dignidade e liberdade da pessoa humana (inciso IV): pressupõe que o magistrado, quando da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, deve primar pela dignidade e liberdade das pessoas, assegurando a participação ativa das partes na construção das medidas, bem como a individualização, a reparação, a restauração das relações e a justa medida para todos os envolvidos. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana deve ser reconhecida como representação da singularidade e individualidade de cada pessoa, razão pela qual cada um se torna insubstituível e igualmente importante na sociedade em que se insere. Desta feita, o princípio em epígrafe configura-se como vetor de interpretação para todos os demais direitos fundamentais.

e) Princípio da individualização, respeito às trajetórias individuais e reconhecimento das potencialidades (inciso V): preconiza que o magistrado, na aplicação e no acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, deve observar e considerar as trajetórias individuais das partes, promovendo soluções que as influenciem positivamente, observadas as potencialidades pessoais de cada um. Neste sentido, as medidas aplicadas não devem se basear em atos do passado – o que lhes atribuiria caráter meramente retributivo –, uma vez que isso iria de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência citado anteriormente. A aplicação das medidas cautelares alternativas deve basear-se na emancipação das pessoas envolvidas, incentivando a paz e a redução das diversas formas de violência.

f) Princípio do respeito e promoção das diversidades (inciso VI): estabelece que a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem pautar-se no “respeito às diversidades geracionais, sociais, étnico/raciais, de gênero/sexualidade, de origem e nacionalidade, renda e classe social, de religião, crença, entre outras”, em comunhão com princípio da individualização exposto no item anterior.

g) Princípio da responsabilização (inciso VII): parte do pressuposto que as medidas cautelares diversas da prisão devem ser estabelecidas a partir do compromisso das partes, onde cada um se responsabiliza pelo cumprimento da determinação afeta a si. Entretanto, o magistrado deve assegurar que seu cumprimento seja viável para todos os envolvidos, observando as particularidades de cada um.

h) Princípio da provisoriedade (inciso VIII): determina que, na aplicação das medidas alternativas, o magistrado deve observar seu caráter provisório, ou seja, de breve duração, considerando o impacto dessocializador que as

restrições geram, uma vez que “a morosidade do processo penal poderá significar um tempo de medida indeterminado ou injustificadamente prolongado, o que fere a razoabilidade e o princípio do mínimo penal”. Porém, válido frisar que, nos crimes mais complexos, a decisão judicial navegará sobre o mar do *periculum libertatis*, o que pode ocasionar uma extensão no período de cumprimento das medidas.

i) Princípio da normalidade (inciso IX): prevê que a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão devem ser estabelecidas de forma a não interferir na rotina das pessoas envolvidas ou, ainda que haja interferência, que esta seja mínima, “limitando-se ao mínimo necessário para a tutela pretendida pela medida, sob risco de aprofundar os processos de marginalização e de criminalização das pessoas submetidas às medidas”. Ou seja, o magistrado deve analisar a situação concreta do preso, seus vínculos e relações cotidianas, quaisquer que sejam, para enfim decidir qual medida cautelar melhor se aplica ao caso.

j) Princípio da não penalização da pobreza (inciso X): por fim, este critério tem por objetivo evitar que o magistrado seja influenciado pela situação de vulnerabilidade social do preso, vedando que a hipossuficiência do acusado seja utilizada como critério de seletividade em seu desfavor quando cogitada a possibilidade de concessão da liberdade provisória. O dispositivo ressalta ainda o caso dos moradores de rua, hipótese em que “a conveniência para a instrução criminal ou a dificuldade de intimação para comparecimento a atos processuais não é circunstância apta a justificar a prisão processual ou medida cautelar”.

Observando os princípios expostos acima, o juiz tomará, quando da apresentação da pessoa presa, uma série de providências, partindo da entrevista pessoal com o preso – onde buscará conhecer as circunstâncias em que ocorreram a prisão – e culminando na exarcação de sua decisão acerca da manutenção ou relaxamento da prisão, combinada ou não com medidas cautelares adicionais. Pode-se dizer, portanto, que sua principal atribuição é garantir preliminarmente o devido respeito aos direitos do acusado, evitando abusos e o encarceramento desnecessário.

Cabe ressaltar que, durante a audiência, o preso não deverá permanecer algemado, ressalvados os casos em que oferecer resistência, houver fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia. Entretanto, nestes casos, o juiz deverá justificar a medida por escrito, “sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”³¹.

Caberá ao juiz indagar ao preso se lhe foi oportunizado o exercício dos direitos constitucionais, principalmente o de se consultar com seu defensor em local reservado, o de receber atendimento médico caso julgue necessário, e o de

³¹ BRASIL. Sumula Vinculante nº 11 de 13 de ago. 2011. Dispõe sobre o uso de algemas. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de ago. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>> Acesso em 19 nov. 2017

contatar seus familiares. Nesta oportunidade, deverá questioná-lo, ainda, acerca das condições de sua prisão ou apreensão, bem como sobre o tratamento recebido em todos os locais em que esteve antes da audiência, interpelando-o, sobretudo, acerca da ocorrência de tortura e maus tratos, caso em que deverá adotar as providências previstas no Protocolo II da Resolução em comento, como por exemplo, a realização de exame de corpo de delito – que será discutida posteriormente –, determinando sua realização nas hipóteses previstas no inciso V do item 6, quais sejam:

- (i) quando não houver sido realizado;
- (ii) quando os registros se mostrarem insuficientes,
- (iii) quando a possível prática de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes tiver sido realizada em momento posterior à realização do exame realizado;
- (iv) quando o exame tiver sido realizado na presença de agente de segurança.

Da mesma forma, deve ser assegurado ao preso a presença de seu advogado ou de Defensor Público nomeado para o caso, quando da realização do exame de corpo de delito, à luz do inciso VI do item 6 da Resolução, que prevê, ainda, que sejam tomadas medidas protetivas durante a condução do preso, a fim de garantir sua segurança e integridade.

Durante a realização do exame, caberá ao perito observar a Recomendação nº 49/2014 do CNJ, no que tange à formulação dos quesitos para identificação das práticas de tortura e maus tratos possivelmente sofridos pelo indivíduo preso.

É válido mencionar também que o magistrado não pode se utilizar do momento da inquirição do acusado para produzir quaisquer elementos de prova para subsidiar eventual investigação ou ação penal. Isto porque a finalidade da audiência de custódia, dentre outras, se restringe à análise das circunstâncias em que se deu a prisão, não podendo esta ser utilizada, em hipótese alguma, para a colheita de elementos probatórios a serem utilizados na fase pré-processual ou processual.

Por derradeiro, a Resolução nº 213 do CNJ, em seu artigo 8º, inciso X, estabelece que o juiz deve averiguar, por meio de perguntas e por constatação visual, “hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química”, a fim de analisar a possibilidade de conceder liberdade provisória e a necessidade de encaminhamento assistencial do preso, independentemente da imposição ou não de medida cautelar.

3.4 Objetivos da audiência de custódia

A implementação da audiência de custódia no processo penal brasileiro tem como uma de suas finalidades primordiais a adequação do ordenamento jurídico pátrio aos tratados internacionais que preveem o procedimento dos quais o Brasil é signatário, quais sejam, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Uma vez ratificado voluntariamente um tratado ou convenção internacional, não pode o país deixar de observar suas normas, devendo, para tanto, adequar sua legislação própria àqueles diplomas internacionais.

Resta claro que, além da necessidade de adequação da legislação penal, é propósito da audiência de custódia alcançar a diminuição e prevenção do número de casos de tortura e maus tratos praticados contra os presos em flagrante. Desta forma, o procedimento em tela visa assegurar, dentre outros, o direito fundamental do acusado à integridade física e psíquica tutelado pelo inciso XLIX do artigo 5º da Constituição.

Neste contexto, a obrigatoriedade de apresentação do preso à autoridade judicial no prazo máximo de 24 horas após a prisão configura-se como um efetivo instrumento na busca pela redução da prática de atos de tortura e maus tratos, uma vez que concede ao preso a oportunidade de denunciá-la, bem como ao magistrado a possibilidade de identificá-la.

Em contrapartida, não se deve ter a utópica e ingênua pretensão de que a audiência de custódia eliminará vez por todas a ocorrência desses casos, principalmente porque a prática da tortura e dos maus tratos conta, muitas vezes, com o apoio da sociedade e da mídia, sob a bandeira comumente levantada a favor de que “bandido bom é bandido morto”. Porém, a implementação da audiência de custódia tende a reduzir significativamente os casos de tortura contra os presos no momento em que se encontram sob a custódia policial, uma vez que possibilitará a constatação e investigação de sua ocorrência, e a consequente responsabilização dos agentes que a praticaram.

A implementação das audiências de custódia configurar-se-á, também, como importante instrumento desafogador do – colapsado – sistema penitenciário brasileiro, vez que permitirá identificar prisões ilegais, arbitrárias ou até mesmo desnecessárias, como aquelas que clamam pela aplicação de uma medida cautelar diversa.

Neste contexto, cabe salientar que, segundo dados estatísticos, o Brasil ocupa a quarta posição no ranking de maior população carcerária do mundo, sendo que 40% dos enclausurados são presos provisórios, ou seja, não tiveram suas sentenças condenatórias transitadas em julgado. Atualmente existem, em média, 238 mil presos provisórios no Brasil, aguardando pela primeira audiência ou por uma sentença penal. Dentre estes estão presos com excesso de prazo para fim da instrução criminal, presos com decretos de prisão sem fundamento, presos que poderiam ter o cárcere substituído por medidas alternativas, como as previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.³²

É válido ressaltar que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, quando cabível, não significa que o réu não será punido, haja vista que, caso este deixe de cumprir as determinações a ele impostas, o magistrado poderá decretar sua prisão preventiva a qualquer tempo. Em verdade, este seria um grande passo para desafogar o sistema penitenciário brasileiro. Nesta seara, a implementação das audiências de custódia tem grande valia, pois é o primeiro momento em que o juiz poderá conceder a liberdade provisória ao preso ou relaxar a prisão em casos de flagrante delito.

³² Superlotação carcerária no Brasil. Disponível em <<https://heviof.jusbrasil.com.br/artigos/425861575/superlotacao-carceraria-no-brasil?ref=topic_feed>> Acesso em 27/03/2017.

4. DOS CRIMES DE TORTURA E MAUS TRATOS

O crime de tortura se caracteriza pela exposição de alguém a intenso sofrimento físico ou psicológico, como forma de se obter informações ou conseguir uma confissão, punir ou intimidar determinada pessoa. Desta forma, o delito se consuma com o sofrimento do indivíduo torturado. Em um primeiro momento, quando se fala em tortura, a tendência é logo relacioná-la à ocorrência de lesões corporais, contudo, isto não traduz toda a realidade. Fato é que o crime em comento pode ocorrer de diversas formas, de acordo com o tipo de sofrimento ao qual o indivíduo foi submetido, que pode ser tanto físico quanto psicológico ou, ainda, de cunho sexual. Logo, em se tratando de tortura puramente psicológica ou moral, não há que se falar em marcas físicas, uma vez que as cicatrizes deixadas pelos atos abusivos dos torturadores se escondem no intelecto de quem os sofreu. Por este motivo, à primeira vista, torna-se muito difícil constatar a ocorrência da tortura psicológica. A mesma dificuldade pode ser encontrada em alguns casos de tortura sexual. Entretanto, a ocorrência destes tipos de abusos pode ser constatada através da realização de exame pericial psicológico – como será abordado posteriormente –, tendo em vista que o terror sofrido deixa profundas marcas na personalidade do indivíduo.

A prática da tortura, enraizada em toda a História, durante séculos foi utilizada ao redor do mundo como um meio de vingança contra aqueles que se voltavam contra a figura e o poder do Rei. Por este motivo, os castigos comumente eram impostos à vista de toda a sociedade, constituindo uma espécie de ‘espetáculo público’, para que servisse de exemplo e desencorajasse outras pessoas que por ventura estivessem intencionadas a se voltar contra o Estado.

No Brasil colonial, conhecidas são as histórias que cercam as torturas infligidas contra os escravos e os índios – que não eram considerados humanos mas sim, objetos –, bem como contra os indivíduos considerados perigosos pela Inquisição e os acusados de praticarem crimes de lesa-majestade.

Michel Foucault, em *Vigiar e Punir*, trata brilhantemente do tema, ressaltando que, em todo o mundo, um dos principais objetivos dos suplícios infligidos contra os acusados era conseguir que confessassem seus crimes. Isto porque a confissão era tida como a verdadeira ‘rainha das provas’; sendo uma vez o réu confesso, este se revestiria do papel de “verdade viva”³³. Desta forma, os suplícios levavam à redenção do sujeito criminoso, uma vez que, por meio da confissão, “faziam brilhar a verdade”³⁴.

³³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 38.

³⁴ Ibidem, p. 62.

Segundo o autor, foi entre o final do século XVIII e início do século XIX que a “melancólica festa”³⁵ das punições foi se extinguindo. Os espetáculos punitivos passaram a ter um cunho negativo, pois se igualavam aos crimes praticados pelos acusados – quando não os ultrapassavam em selvageria –, o que aproximava os espectadores de toda a ferocidade de que queriam se distanciar. Com isso, os algozes começaram a ser vistos tais quais os assassinos, e os juízes tais quais os condenados. A sociedade passou a reconhecer que era na fornalha da punição que se inflamava e incitava à violência.

Desta forma, a punição foi se tornando, pouco a pouco, uma parte velada³⁶ do processo penal, transpassando a percepção cotidiana e adentrando no campo da consciência abstrata, quando sua finalidade então deixa de ser castigar o corpo e passa a se voltar aos castigos da alma, buscando alcançar profundamente o coração, o intelecto, a vontade e as disposições do acusado. O fato de ser condenado já era suficiente para marcar o criminoso com um sinal negativo perante a sociedade, uma vez que todo seu processo era debatido publicamente até a sentença, sendo somente a execução efetuada em sigilo. Era a chamada sobriedade punitiva³⁷. Não mais se punia somente o ato delituoso em si, mas também a tendência do sujeito à prática criminosa, como se sua alma fosse a julgamento ao mesmo tempo que o crime que praticou ou, ainda, como já se estivesse sendo julgado por crimes que poderia vir a cometer no futuro.³⁸ Com isso, inaugura-se a era da periculosidade, onde certos segmentos, por sua “alma”, suas predisposições naturais, deveriam estar sob constante vigilância, disciplinados e normatizados pelas instituições, que buscavam adestrar não só o físico, mas sobretudo, os espíritos.

Pode-se dizer que a fase da periculosidade vigiada, permaneceu, no decorrer de todo o século XX e em muitos países além do Brasil, ‘de mãos dadas’ com a tortura, a despeito dos vários mecanismos internacionais criados para criminalizar esta prática. Prova viva deste fato – em âmbito nacional – é que nenhuma outra Constituição republicana brasileira tinha abordado o tema até então, sendo a primeira a criminalizar a tortura e os maus tratos a Constituição de 1988, ou seja, no final do século XX.

No início do século XXI, esta questão se viu novamente no centro das discussões sobre direitos humanos, após ser descoberto que soldados americanos estavam fazendo uso da tortura nas prisões de Guantánamo e Abu Ghraib – localizadas em Cuba e no Iraque, respectivamente –, o que gerou um polêmico debate acerca de sua eficácia no combate ao terrorismo e à criminalidade³⁹.

³⁵ Ibidem, p. 12.

³⁶ Ibidem, p. 13.

³⁷ Ibidem, p. 18.

³⁸ Ibidem, p. 22.

³⁹ Argumento utilizado pelo então Presidente dos Estados Unidos, George W. Bush, para justificar a prática da tortura nas ações do exército americano.

Entretanto, no Brasil, certo é que a tortura não é utilizada como meio oficial no combate ao terrorismo – mesmo que considerada uma tortura light, como assumiu o governo de Bush –, mas como um método clandestino e socialmente aceito quando praticado contra criminosos, a despeito contrária às leis e princípios fundamentais. Isto porque o medo e a insegurança, cada vez mais inflamados, tendem a fazer com que a população anseie por segurança a qualquer custo, mesmo que este custo seja a violação dos direitos humanos.⁴⁰

4.1 A tortura e os maus-tratos no Brasil

De acordo com Luciano Mariz Maia, a tortura segue ocorrendo no Brasil, mesmo em momentos ditos democráticos, por se tratar de uma prática “invisível, indizível, insindicável e impunível”⁴¹. Diz-se invisível por ocorrer longe das vistas da sociedade, ‘por debaixo dos panos’, em sua maioria dentro de instituições, como as Delegacias de Polícia e as penitenciárias. Indizível pois poucas vítimas de tortura – e até mesmo testemunhas – têm coragem de denunciá-la, com medo de sofrerem represálias advindas dos próprios torturadores. Ou, ainda, porque as práticas abusivas a que são submetidos os suspeitos ou os presos nunca serão reconhecidas como tortura por quem as praticou, sob a alegação de que se tratavam de mera pressão inerente ao interrogatório ou, ainda, um castigo por mau comportamento. Insindicável no sentido de que poucos são os casos denunciados que realmente são apurados, uma vez que as autoridades responsáveis pela investigação são justamente os policiais. Por fim, impunível, tendo em vista o número irrisório de casos que foram devidamente processados pela Justiça e que resultaram na responsabilização do agente torturador. Na maioria das vezes, quando a apuração ocorre, a conclusão tanto da polícia quanto do Ministério Público tende a descaracterizar a prática da tortura, realocando-a em outro delito de natureza diversa, como abuso de autoridade ou lesão corporal, por exemplo. Isto derivaria do fato de se tratar a tortura de crime inafiançável e não passível de graça ou anistia.

O processo penal brasileiro é reconhecido pela doutrina majoritária como um sistema misto, uma vez que vários dispositivos legais presentes no CPP apontam vestígios inquisitivos que vão de encontro ao caráter democrático da Constituição. Como exemplo, pode-se citar a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício (art. 156, CPP) no curso

⁴⁰ OLIVEIRA, Luciano. “Violência Brasileira e Direitos Humanos: a Razão Iluminista contra a Parede”. In: BITTAR, Eduardo; TOSI, Giuseppe (Org). *Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança*. Brasília: SEDH/Presidência da República, 2008, p. 215.

⁴¹ MAIA, Luciano Mariz. *Do controle judicial da tortura institucional no Brasil hoje: à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Recife: Tese (Doutorado), Universidade Federal de Pernambuco, 2006.

da ação penal ou mesmo antes dela, assumindo o papel de investigador ao mesmo tempo em que é julgador, a despeito do princípio da imparcialidade que rege os magistrados. Outra questão que remonta à inquisitorialidade é o ato do inquérito policial ou investigatório, tendo em vista as sequelas que o próprio procedimento pode acarretar ao patrimônio e à liberdade do indivíduo. A forma como as investigações são conduzidas geram um ambiente propício para a aplicação da tortura – pois ocorrem longe das vistas do povo ou das autoridades judiciais –, uma vez que se trata de um crime de oportunidade comumente utilizado para a obtenção de informações ou confissão do acusado, que posteriormente se transformarão em peças de informação a serem utilizadas pelo Ministério Público e pelo Judiciário. Para mitigar o caráter inquisitivo de que se reveste o procedimento, deve haver um sopesamento entre a garantia da eficácia da investigação e a não violação de direitos fundamentais do acusado

Além da ocorrência na fase pré-processual, há de se falar naquela praticada quando o indivíduo já está sob a custódia do Estado, ou seja, a tortura presente nas instituições carcerárias e socioeducativas, quando os presos ou detidos são submetidos a tratamentos cruéis e desumanos. Cerca este tipo de comportamento a ideia de que os maus tratos são parte integrante da pena a ser cumprida pelo preso, irrelevante se comparada ao delito que motivou sua prisão. Infelizmente, estes casos raramente chegam ao conhecimento público, ocorrendo, na maioria das vezes, quando há visitas das entidades de direitos humanos ou das corregedorias, ou quando atingem parcelas sociais de grande visibilidade, como, por exemplo, o que aconteceu em uma unidade da Fundação Casa (antiga FEBEM) no dia 15 de novembro de 2017⁴².

Foi denunciado às autoridades da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH – órgão vinculado à OEA) que os menores infratores detidos na supramencionada instituição socioeducativa eram diariamente torturados e maltratados pelos agentes de custódia. De acordo com funcionários do instituto, a violência é utilizada como forma de controle e disciplina e a tortura é constante, o que provocado um “silenciamento dos adolescentes e das famílias”. Conforme relatos, a tortura aplicada contra os menores é tanto física quanto psicológica, o que acaba por incitar cada vez mais violência em vez de cumprir o papel socioeducativo atribuído à Fundação. Outro funcionário relatou ainda que qualquer que tente impedir os maus tratos contra os menores é atacado pela instituição e sofre imensa pressão.

Por conta das denúncias recebidas serem potencialmente graves, dois membros da CIDH, James Cavallaro e Esmeralda Arosemena Troitiño, vieram ao Brasil a fim de realizar vistorias nas instituições carcerárias de São Paulo, Rio de Janeiro, Ceará, Brasília e Espírito Santo e produzir relatórios acerca da real situação das unidades de internação, o que servirá como meio de pressionar o Brasil a seguir as regras internacionais às quais está submetido.

⁴² FUJITA, Gabriela. Funcionários da Fundação Casa denunciam tortura e maus tratos a órgão internacional. *Uol Notícias*, São Paulo, 15 nov. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/11/15/funcionarios-da-fundacao-casa-denunciam-tortura-e-maus-tratos-a-orgao-internacional>> Acesso em: 22 nov. 2017

Este é um exemplo claro da realidade brasileira, onde se pode perceber que a utilização do sofrimento físico ou psíquico como forma de se atingir a disciplina está diretamente ligada à relação de poder e submissão, quando o corpo do acusado se transforma no local onde a autoridade se afirma por meio da imposição da dor.

Outro fator que pode contribuir para a continuidade da tortura no Brasil é o fato de as pessoas estarem desacreditadas da eficácia da Justiça oficial e, por isso, buscarem fazer a justiça com as próprias mãos, como uma espécie de “sistema de vingança privada”⁴³, que utiliza a dor infligida ao corpo como meio para se alcançar a ordem. Ou seja, o que move este tipo de atitude é o pensamento de que se a pena não for cruel, não produzirá os efeitos desejados ou simplesmente não funcionará, como se a ausência de castigos físicos significasse a ausência de punição ou a incapacidade de recuperação do criminoso, equiparando-se ao pensamento retrógrado de que as crianças devem apanhar para serem educadas.

No Brasil, onde a violência é institucionalizada, justifica-se a tortura e os maus tratos como sendo métodos eficazes de investigação, ou ainda uma estratégia de operação, que consiste em partir do criminoso para o crime, quando, na verdade, deveria ser feito o caminho inverso. Desta forma, este método corriqueiro de investigação se mantém vivo há séculos sob a máscara da funcionalidade, sendo sua principal justificativa o propósito de maximizar a eficácia dos interrogatórios. Como bem aponta Élio Gaspari, “o torna a tortura atraente é o fato de que ela funciona”⁴⁴.

Sobre o assunto, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso III, prevê expressamente que ninguém deve ser submetido a tortura nem a tratamentos desumanos ou degradantes, e ainda no inciso XLIII do mesmo dispositivo, classifica a prática como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. A Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, ratificada pelo Brasil em 1989, define a tortura como:

qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou 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.

⁴³ CALDEIRA, Teresa Pires. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 34. ed. São Paulo: Edusp, 2000. p. 360

⁴⁴ GASPARI, Élio. *A ditadura escancarada*, volume 1. Coleção As Ilusões Armadas, São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 37

Conforme abordado no item 3.1 do presente estudo, na justificativa utilizada para a proposta do PLS nº 554/2011, o Senador Antônio Carlos Valadares apontou como objetivo da audiência de custódia a salvaguarda da integridade física e psíquica do preso e a prevenção da tortura, uma vez que permitiria ao Poder Judiciário efetuar o controle da legalidade da prisão, a partir da análise das circunstâncias em que ocorreu e do laudo médico pericial sobre as condições físicas do preso.

Entretanto, o judiciário apresenta grande dificuldade em controlar e coibir a prática dos crimes de tortura e maus tratos pelas autoridades responsáveis pela custódia do preso, haja vista que, muitas das vezes, tais delitos são tidos como métodos de investigação aceitáveis⁴⁵, e muitos deles não deixam vestígios constatáveis em exames clínicos, como é o caso da tortura psicológica ou moral. Nestes casos, inexistindo testemunhas, o depoimento do indivíduo preso constituiria o único meio de prova da ocorrência dos delitos, o que muitas vezes é desconsiderado pelos magistrados por ir de encontro ao relatado no laudo técnico pericial. Todavia, conforme será abordado no próximo capítulo, poderá ser determinada a realização de exame pericial psicológico, a fim de se detectar possíveis traumas e alterações na personalidade do indivíduo que foi submetido à tortura ou maus tratos.

⁴⁵ Conforme abordado no item 3.1 do presente trabalho.

5. DA MEDICINA LEGAL E PERÍCIA FORENSE

O Direito Civil conceitua o *dano* como sendo toda e qualquer lesão a um bem jurídico tutelado, que resulta em um prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial a outrem. Para que se possa imputar a alguém a responsabilidade de reparação, é necessário que se comprove a ocorrência do dano. Traduzindo esta ideia para a esfera penal, a perícia médico-legal, por meio dos exames de corpo de delito, cumpriria o papel de investigar, esclarecer e comprovar a ocorrência de possíveis danos aos bens jurídicos *vida e integridade física e psíquica* tutelados pela Constituição e pelo Direito Penal.

Neste contexto, o professor Helio Gomes⁴⁶ conceitua a Medicina Legal como sendo um “conjunto de conhecimentos médicos e paramédicos destinados a servir ao Direito, cooperando na elaboração, auxiliando a interpretação e colaborando na execução dos dispositivos legais atinentes ao seu campo de ação de Medicina aplicada.” Em sentido mais amplo, pode-se dizer ainda que a Medicina Legal se relaciona aos exames de vestígios intrínsecos ao corpo humano.⁴⁷

Para fins didáticos, pode-se dizer que, tal qual a Medicina geral, a Medicina Legal se subdivide em especialidades, quais sejam:

a) Antropologia Forense: permite a determinação médico-legal de informações atinentes ao indivíduo, tais como sexo, idade e altura aproximadas, raça e etc, bem como relativas ao modo de vida que levava, como, por exemplo, hábitos alimentares, doenças, lesões. É a área da Medicina Legal que se dedica ao estudo das ossadas, tendo seus conhecimentos voltados à identificação de restos cadavéricos para responder questões jurídicas.

b) Psiquiatria Forense⁴⁸: responsável por estudar e detectar os problemas relacionados ao intelecto que sejam de interesse da Justiça, como, por exemplo, os que envolvem a determinação da (in)capacidade do sujeito da ação penal, através da detecção de possíveis doenças mentais ou outras características temporárias, como a passionalidade e o estado puerperal.

⁴⁶ GOMES, Hélio. Medicina Legal. 5. ed., vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos s/a, 1958. p. 21

⁴⁷ GARRIDO, R.G. RODRIGUES, E. L. Ciência Forense: da Cena do Crime ao Laboratório de DNA. 1.ed. Rio de Janeiro: Projeto Cultural/FAPERJ, 2014. v.1. 256p.

⁴⁸ Ibidem.

- c) Psicologia Judiciária⁴⁹: aquela utilizada para se analisar depoimentos de pessoas cuja credibilidade seja questionável, como por exemplo, os menores, os idosos – em relação ao binômio *idade-capacidade* –, os psicopatas etc. Aplicável à inquirição, aos depoimentos, dentre outros.
- d) Sexologia Forense: voltada ao estudo das questões relacionadas ao sexo, como as perversões, compulsividades, detecção de doenças sexualmente transmissíveis, gestação (ou a falsa gestação) etc. Geralmente aplicada na instrução probatória relativa aos crimes sexuais.
- e) Traumatologia Forense: área da Medicina Legal que se volta ao estudo das lesões corporais, possibilitando determinar a data aproximada em que se deu a lesão, o objeto que a causou, dentre outros. Muito utilizada na investigação de crimes que atentam contra a vida, bem como em acidentes de trabalho. É a área de maior interesse da presente pesquisa e será melhor abordada em subcapítulo específico.
- f) Asfíxiologia: como o próprio nome sugere, estuda as asfíxias em geral e suas consequências jurídicas.
- g) Toxicologia: volta seus olhares ao estudo dos efeitos adversos de produtos tóxicos no organismo. Frequentemente utilizada para se detectar possível envenenamento, mortes causadas por *overdose*, ou ainda para se analisar, quando possível, a redução momentânea da capacidade do acusado à época do crime, ou seja, verificar se estava sob efeito de drogas ou álcool.
- h) Tanatologia: é o ramo das Medicina Legal que estuda as circunstâncias da morte, tomando por base o exame de necrópsia, a fim de estabelecer a *causa mortis*, bem como a identificação do sujeito. É de suma relevância para o Direito, uma vez que permite estabelecer se a morte se deu de forma natural ou acidental ou, ainda, se decorreu de homicídio, suicídio, eutanásia, aborto provocado etc.

Para servir ao Direito, a Medicina Legal se utiliza de todas as suas especialidades para, através da realização da perícia médico-legal (ou perícia médica forense), buscar esclarecer fatos juridicamente relevantes.

Apesar de estar presente no Código de Processo Penal (artigos 158 a 184), a perícia médico-legal não possui um conceito definido em lei, ficando a cargo da doutrina estabelecer sua definição. O nome perícia tem origem no verbete em latim *peritia*, que pode ser traduzido para o português como habilidade, conhecimento, sabedoria, experiência. Daí então se justifica chamar de *perito* o profissional com notável habilidade e experiência em determinada matéria. No contexto jurídico, o termo perícia refere-se à diligência executada pelos peritos, no intuito de esclarecer, evidenciar ou

⁴⁹ GOMES, Hélio. Medicina Legal. 5. ed., vol. 1. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos s/a, 1958. p. 36

confirmar determinados fatos considerados relevantes para a Justiça. Estreitando-se um pouco mais o conceito, atribui-se a denominação de médico-legal à perícia realizada através de um conjunto de procedimentos técnicos e científicos, bem como exames médicos, com a finalidade de esclarecer a ocorrência ou não de determinados fatos ligados à vida e à saúde da pessoa em questão.

Pode-se dizer, portanto, que o objetivo da perícia forense é a produção de conteúdo probatório, que, por sua vez, é o instrumento que se utiliza para buscar o conhecimento acerca de um fato juridicamente relevante. Desta forma, é possível afirmar que a perícia médico-legal, quando cabível, configura-se como elemento fundamental para a formação do convencimento do juiz.

5.1 Da perícia médico-legal realizada para apurar a ocorrência dos crimes de tortura e maus tratos

De acordo com o professor Dr. Genival Veloso de França⁵⁰, a perícia em casos de tortura ou maus tratos é de difícil realização, principalmente quando se trata de vítimas que se encontram sob custódia policial ou judicial, considerando-se que a “sofisticação dos meios utilizados” e a “esperteza dos agentes” são eficazes em esconder vestígios ou evidências de sua ocorrência.

Os profissionais designados para participar deste tipo de perícia devem ser escolhidos levando-se em conta, além da reconhecida competência acerca do tema, a imparcialidade que mantém diante de tais situações. Deve-se ressaltar, ainda, a importância de se seguir um padrão quando da realização dos exames periciais, conforme determina o Protocolo Brasileiro de Perícia Forense no Crime de Tortura⁵¹, uma vez que tal regulamento não admite a realização de práticas periciais desorganizadas, mas sim estabelece que seja seguido um rígido itinerário capaz de fornecer aos analistas do caso a segurança de que todas as etapas foram cumpridas de maneira completa e sequencial.

Ainda no texto do Protocolo supracitado há uma constatação feita no ano de 2000 pelo Relator Especial da ONU, Nigel Rodley, quando em visita oficial ao Brasil, que apresenta significativa relevância para o presente estudo. Segundo o relato, as autoridades policiais, ao conduzirem vítimas de tortura ao Instituto Médico-Legal (IML), não raras vezes

⁵⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. Temas avançados em Medicina Legal, Ética Profissional, Bioética e Biodireito, 21 mar. 2010. Disponível em: <<<http://www.coweb.com.br/arq/arq3179.pdf>>> Acesso em: 23 nov. 2017

⁵¹ O Protocolo Brasileiro de Perícia Forense no Crime de Tortura foi redigido com base no Manual para Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Protocolo de Istambul), apresentado pela ONU em 9 de agosto de 1999..

tentaram induzir os peritos médico-legistas quando da realização dos exames periciais. Os detentos, ao serem indagados sobre o assunto, informaram ao Relator que não se queixavam dos maus-tratos sofridos durante a realização dos exames, temendo possível represália por parte dos torturadores, uma vez que a perícia era realizada na presença destes.

Visando evitar este tipo de situação, que acabava por diminuir a veracidade do laudo médico pericial, a Resolução nº 213/15 do CNJ expressamente determina, em seu artigo 8º, inciso VII, alínea “d”, que seja realizado novo exame de corpo de delito quando este tiver sido realizado na presença de agentes policiais.

Sobre a realização da perícia médico-legal em casos de suspeita de tortura, diz Genival Veloso de França⁵² que esta deve ser realizada de maneira objetiva e imparcial, baseando-se nos “fundamentos médico-legais e na experiência profissional do perito”. O autor ressalta, ainda, a importância de ser estabelecido um “clima de confiança, paciência e cortesia”, haja vista que as vítimas de tortura comumente se mostram arredias e abaladas pelas situações vexatórias e agressivas a que foram submetidas.

É mister que o perito mantenha o sigilo profissional acerca dos relatos efetuados pelas vítimas e que realize todos os exames em particular, respeitando sua intimidade e suas vontades acerca dos procedimentos. Para isso, devem-lhe ser esclarecidos todos os objetivos e o modo de realização de cada exame, para que a pessoa possa manifestar seu consentimento ou não acerca de sua realização. É facultado também às vítimas indicar o perito ou optar pelo sexo do examinador, conforme se sintam mais à vontade.

É importante ressaltar, ainda, que, além dos exames clínicos, cabe ao perito levantar um histórico detalhado do paciente, a fim de descobrir seu real estado de saúde antes da prisão ou dos maus tratos, sendo de suma importância que se colha o máximo de informações acerca de possíveis traumas antigos e atuais, que embasarão sua conclusão.

O Manual para Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e de outras Formas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de Castigo ou Punição da ONU, também conhecido como Protocolo de Istambul, é o documento oficial mais completo no que diz respeito aos procedimentos a serem adotados pelos peritos forenses, guiando-lhes sobre como

⁵² Retirado da Palestra proferida no Seminário Nacional da Campanha Contra a Tortura, sob os auspícios do Movimento Nacional de Direitos Humanos, Brasília, 20 a 22 de novembro de 2003.

proceder para a perfeita identificação, caracterização e elucidação dos crimes de tortura e maus tratos. Dentre outras orientações, o presente documento estabelece os termos que devem ser utilizados pelos examinadores quando da emissão do laudo pericial conclusivo, a saber: i) *inconsistente*, quando se concluir que a lesão não poderia de forma alguma ter sido causada pelo trauma descrito; ii) *consistente*, quando houver a possibilidade de a lesão ter sido causada pelo trauma descrito, porém, existam outras causas possíveis; iii) *altamente consistente*, quando muito provavelmente a lesão tenha sido causada pelo trauma descrito e existam poucas outras causas cabíveis; iv) *típica de*, quando o tipo de lesão é geralmente ocasionada por esse tipo de trauma, mas, ainda assim, existam outras causas possíveis; v) *diagnóstico de*, quando a única possibilidade de ocorrência da lesão seja o trauma descrito, não sendo possível nenhuma outra circunstância originadora a não ser a descrita.

Para se chegar a essas conclusões, o examinador não pode deixar de observar a existência de alterações ou perturbações de ordem psicossomática no indivíduo, pois isto pode significar ou até mesmo levar à confirmação da ocorrência da tortura. Em contrapartida, o caminho inverso não pode ser feito, ou seja, a ausência deste tipo de manifestação não pode ser entendida como uma confirmação de que a tortura não tenha ocorrido, uma vez que há muitas formas sutis de violência que não produzem sequelas aparentes.

5.2 Traumatologia Forense

A Traumatologia Forense é o ramo da Medicina Legal responsável por estudar as lesões e estados patológicos decorrentes dos variados tipos de violência sobre o corpo humano, sendo mais aplicada nas áreas penais e trabalhistas e, em menor escala, na cível. De acordo com França (2008), consiste no ramo da medicina forense que “estuda a ação de uma energia externa sobre o organismo do indivíduo.”⁵³ Já para Gomes (1968), é o estudo das “infrações consistentes no dano ao corpo ou à saúde, física ou mental, e resultantes de traumatismos, tanto materiais como morais”⁵⁴.

A traumatologia permite determinar detalhes sobre a lesão, como por exemplo, a data aproximada em que ocorreu, o instrumento utilizado para provocá-la – analisados o tipo e o formato da lesão –, bem como se houve ou não resistência por parte da vítima – a partir da constatação de indícios de luta corporal –, dentre outros. É responsável por fornecer elementos essenciais para a identificação das causas produtoras das lesões, permitindo a determinação objetiva

⁵³ FRANÇA, G. V. Traumatologia Médico-Legal. Em: Medicina Legal. 8.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

⁵⁴ GOMES, Hélio. Medicina legal, 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1968.

dos fatores ligados ao fato (normalmente, criminoso), a partir da análise das características do dano sofrido e do grau da lesão, permitindo-se estabelecer, desta forma, os meios e instrumentos utilizados para isso.

Para fins do presente estudo, será considerada lesão tudo aquilo que compromete a integridade física ou psíquica de outrem, podendo ser classificada quanto à sua intensidade como leve, grave ou gravíssima, conforme determina o artigo 129 do Código Penal. Assim sendo, será considerada:

a) *leve* a lesão para a qual o CP atribui pena de detenção de 3 meses a 1 ano. A determinação de que a lesão é leve se dá por exclusão, ou seja, será assim considerada se não se enquadrar em nenhuma das hipóteses previstas no rol de lesões graves ou gravíssimas apresentado pelo CP. As lesões leves abrangem cerca de 80% do total das lesões corporais relatadas, apresentando-se, normalmente, por meio de equimoses, escoriações e feridas contusas;

b) *grave* a lesão cuja pena cominada em abstrato varia de 1 a 5 anos, da qual decorre incapacidade da vítima para as ocupações habituais por mais de trinta dias; perigo de vida; debilidade permanente de membro, sentido ou função; ou aceleração de parto. No que tange à incapacidade para exercer atividades rotineiras, esta não deve ser entendida observando-se o critério puramente econômico, mas sim deve abarcar toda e qualquer atividade que integre o cotidiano da vítima. Nestes casos, a perícia deve ser realizada logo após o conhecimento da lesão e ser repetida em momento posterior, após transcorrido determinado tempo, a fim de se constatar eventual necessidade de um período maior que os trinta dias para a completa recuperação e retorno da vítima às suas ocupações cotidianas. Neste sentido, a doutrina majoritária afirma que a incapacidade se encerra quando a vítima se apresenta apta a retomar suas atividades, sem que haja risco de agravamento da lesão. Quanto ao perigo de vida, as lesões que representam maiores riscos à vida da vítima são as feridas penetrantes no abdômen e tórax, que podem ocasionar hemorragias severas, fraturas no crânio e coluna vertebral e queimaduras generalizadas.⁵⁵ Neste caso, caberá ao perito determinar a existência e a gravidade do risco;

c) *gravíssima* a lesão punida com pena de reclusão de 2 a 8 anos, que resulta em incapacidade permanente da vítima para o trabalho; enfermidade incurável; perda ou inutilização de membro, sentido ou função; deformidade permanente; ou aborto. Cabe destacar que a doutrina considera que a deformidade permanente abrange também os danos estéticos que possam gerar transtornos à subjetividade da vítima, bem como afetar sua autoestima e autoafirmação perante a sociedade. Merece destaque também o aborto decorrente de lesão, uma vez que, para ser enquadrado na situação prevista no artigo 129, § 2o, V, CP, o agente não pode ter a intenção de provocar o aborto, mas somente de lesionar a vítima, e ainda é mister que tenha conhecimento acerca do estado gestacional da mulher.

⁵⁵ MONTEIRO, Marcelo de Souza. A traumatologia médico-legal e o estudo das lesões corporais. Boletim Jurídico, Uberaba, a. 1, no 1. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=94>> Acesso em: 24 nov. 2017.

d) *lesão corporal seguida de morte* quando, conforme o próprio nome sugere, acarretar a morte da vítima. É a forma mais grave de lesão, para a qual o CP atribui pena de 4 a 12 anos. Apesar de não ter sido o objetivo final do agressor, o óbito da vítima agrava a pena, uma vez que se trata de ação dolosa com resultado culposos.

Os conhecimentos da Traumatologia desempenham um papel valioso quando da realização da perícia médico-legal para se apurar a ocorrência de tortura, uma vez que são comumente encontradas no corpo das vítimas lesões de variados tipos, que podem indicar a qual tipo de sofrimento foi submetida. Escoriações, hematomas, ferimentos contusos, marcas de choques elétricos ou queimaduras, indícios de esganaduras, fraturas de ossos, dentre outros, constituem as lesões mais frequentemente encontradas em vítimas de tortura física.

Diante disso, a Traumatologia Forense mostra-se de grande valia para a Justiça, uma vez que oferece ao juízo subsídios técnicos e científicos acerca das lesões corporais, além de estabelecer sua natureza e gravidade. Fica, portanto, a cargo da perícia médica a emissão do laudo pericial detalhado contendo as conclusões a que se chegou a partir dos estudos das lesões encontradas.

6. CONCLUSÃO

Após apresentado todo o conceito teórico que circunda o tema do presente trabalho, deve-se finalizar com a análise da importância da realização perícia médico-legal quando da apresentação do preso em flagrante delito para a audiência de custódia.

Conforme colocado anteriormente, a obrigatoriedade da implementação das audiência de custódia no território brasileiro decorre das normas de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, quais sejam, a CADH e o PIDCP, que versam sobre os direitos humanos fundamentais, e expressamente preveem a imediata apresentação da pessoa presa ao juiz.

Por ocasião da prisão em flagrante, em virtude da posição de submissão em que o preso se encontra em relação à autoridade policial, cria-se o ambiente propício para a imposição de métodos torturadores a fim de se esclarecer a veracidade dos fatos relacionados ao delito. Ou ainda, a prática de maus tratos se revela como forma de vingança privada contra o criminoso, a fim de fazê-lo sentir o sofrimento que ele mesmo causou quando da prática da atividade criminosa. É sabido, porém, que qualquer ato atentatório contra a vida ou a integridade física e psicológica do ser humano é vedado constitucional e penalmente, a partir da regência do princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorrem todos os outros princípios constitucionais.

A despeito disso, a prática da tortura e dos maus tratos contra os presos – seja por ocasião da prisão em flagrante, seja a que acontece no próprio ambiente carcerário – é muito comum de ser encontrada. Entretanto, para isso, é preciso procurá-la. Ou seja, tais práticas ocorrem por ‘debaixo dos panos’, longe das vistas das autoridades e da sociedade, no íntimo das instituições, vindo à tona somente quando ocorrem visitas e inspeções das corregedorias ou das entidades de direitos humanos.

Desta forma, com a implementação das audiências de custódia, tal ocorrência tende a diminuir. A partir da obrigatoriedade de apresentação do preso ao juiz em até 24 horas, será possível ao magistrado indagar ao flagranteado acerca das circunstâncias em que se efetuou a prisão e se foi submetido a tortura ou maus tratos, e sobretudo, permitirá ao juiz o contato visual com o preso. Caso o acusado denuncie que foi submetido a sofrimentos físicos ou psicológicos, ou na hipótese de o juiz detectar eventuais lesões no corpo do acusado, será determinada a realização de novo exame de corpo de delito para confirmar as suspeitas.

A partir desta possibilidade que a audiência de custódia oferece, a de realizar perícia médica no corpo do acusado que supostamente foi vítima de tortura, será possível confirmar a veracidade da denúncia. Neste momento, o perito se utiliza dos conhecimentos de Traumatologia e Psiquiatria Forense para realização dos exames periciais, a fim de se obter maiores informações sobre a ocorrência ou não da tortura e dos danos físicos e psicológicos por ela ocasionados.

Uma vez confirmada a denúncia pelo exame pericial, há a possibilidade de identificação dos agentes agressores e sua consequente responsabilização penal. Cabe-se ressaltar que a prática da tortura constitui crime inafiançável e não suscetível de graça ou anistia, conforme previsto no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim sendo, em virtude da possibilidade de se restarem penalmente responsabilizados os agentes torturadores, os crimes de tortura e maus tratos tendem a ter sua execução diminuída, revelando, portanto, o resultado garantidor que a realização da perícia médico-legal passa a ter, a partir da implementação das audiências de custódia em todo o território nacional.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E LEGISLAÇÃO CONSULTADA

ALVES, Dary; Xavier, Sofia; Hugo, Victor. Sinopse de medicina legal, Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 de nov. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 18 de nov. de 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 de nov. de 2016.

COELHO, Bruna Fernandes. A importância da perícia médico-legal para o processo penal na persecução da verdade real. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9789#_ftnref73>. Acesso em: 20 de nov. 2016.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. A eficácia da Lei de Tortura: Tortura no Brasil como herança cultural dos períodos autoritários. R. CEJ, Brasília, n. 14, p. 5-13, mai./ago. 2001. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/denunciar/tortura/a_pdf/cecilia_coimbra_tortura_br_cultural.pdf>. Acesso em: 20 de nov. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 15 de nov. 2016.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. 22 de nov. de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 de nov. 2016.

FÁVERO, Flamínio. Medicina legal: introdução ao estudo da medicina legal, 11a ed. Belo Horizonte, Editora Itataia Ltda, 1980.

GARRIDO, R.G. RODRIGUES, E. L. Ciência Forense: da Cena do Crime ao Laboratório de DNA. 1.ed. Rio de Janeiro: Projeto Cultural/FAPERJ, 2014. v.1. 256p.

GOMES, Hélio. Medicina Legal. Atualizador Hygino Hercules. 33. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 11.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do Processo Penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Rio Grande do Sul, ago. 2014. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/11/Revista_da_Defensoria_P_blica_Ano_V_N_9_mai_ago_2014_v4.pdf#page=161> Acesso em: 20 de nov. 2016.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia conforme a resolução nº 213/2015 do CNJ. 04 de maio de 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-audiencia-de-custodia-conforme-a-resolucao-no-2132015-do-cnj/>>. Acesso em: 21 de nov. 2016.

MIRABETE, JÚLIO FABBRINI. Manual de direito penal, 16a ed. São Paulo: Atlas, 2000.

