



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL**

Processo de origem nº 0198274-72.2018.8.19.0001

Ato Atacado: AgRg no HABEAS CORPUS nº 483.901/RJ

Autoridade Coatora: Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça

A DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, expressão e instrumento do regime democrático – vem, pelos Defensores Públicos infra-assinados, com fundamento nos arts. 1º, III, e 5º, III, LIV, LVI, LXVIII, LXXIV, e art. 134, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; bem como nos seguintes tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro: Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 5º) e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 7º); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes da ONU; Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5.2); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (art. 6º); também com fulcro nos arts. 647 e 648, II, do Código de Processo Penal, bem assim nos arts. 4º, VII, VIII, IX e X, da Lei Complementar nº. 80/1994; e, finalmente, com espeque na Resolução DPGE nº 932 (de 26 de junho de 2018), que criou, no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, o Protocolo de Prevenção e Combate à Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, impetrar ação constitucional de

HABEAS CORPUS

(com pedido de concessão liminar da ordem)

em favor de **MARCOS VINICIUS DO NASCIMENTO**, brasileiro, mototaxista, nascido em 21/04/1997, portador da cédula de identidade de n. 28229267-1, expedida pelo DETRAN/RJ, residente e domiciliado à Rua Artur Marques, nº 5, casa A, Bela Vista – Duque de Caxias/RJ,



atualmente custodiado na Cadeia Pública Jorge Santana (localizada no Complexo Penitenciário de Gericinó – Bangu) por ordem da 23ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, mantida pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça daquele estado (TJRJ) e pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

I. DA INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PÚBLICO EM ATUAÇÃO JUNTO A ESTA CORTE CONSTITUCIONAL

Preliminarmente, requer a intimação do Defensor Público em exercício junto a esta Egrégia Corte Constitucional de todos os atos processuais que venham a ocorrer no presente feito, nos termos do art. 128, I da Lei Complementar n. 80/1994, inclusive da inclusão do *writ* em pauta para julgamento, a fim de viabilizar a realização de sustentação oral.

II. DOS FATOS

No dia 20/08/2018, por volta de 18h, no Complexo de Favelas da Penha, localizado na cidade do Rio de Janeiro, Marcos Vinicius, ora paciente, foi preso em flagrante, porque, supostamente, seria possuidor de uma mochila que conteria entorpecentes e munições. Assim, teria incorrido nos tipos dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06, bem como no do art. 16 da Lei n. 10.826/03.

Com efeito, consoante narram os agentes estatais que realizaram a prisão em flagrante (doc. 5), durante perseguição e tiroteio, viram “elementos se desfazerem de mochilas pelo caminho, e, *em um outro ponto da comunidade*, perto das pedras, encontraram 3 elementos escondidos sem nada”. Prosseguem, então, afirmando “que conseguiram abordar os elementos,



deram voz de prisão para eles e, logo depois que voltaram pelo caminho de onde vieram, foram encontrando as mochilas e os nacionais identificaram como sendo deles”.

Dentro das mochilas, foram encontrados entorpecentes e munições, embora os depoimentos não indiquem o que havia em cada mochila individualmente – e, portanto, o que exatamente o ora paciente supostamente portaria.

De todo modo, foi capturado, então, por volta de 18h de 20/08/2018, tendo o auto de prisão em flagrante sido lavrado na delegacia apenas por volta de 14h do dia 21/08/2018, tudo conforme o doc. 5, ou seja, cerca de **20h (vinte horas) depois. Não foi fornecida pelos agentes, porém, qualquer explicação para tamanho lapso temporal.**

No dia 22/08/2018, então, Marcos Vinicius foi apresentado em audiência de custódia, onde informou, na entrevista (doc. 2), após ser indagado se sofrera agressões no ato prisional, que fora torturado durante o longo tempo em que ficou em poder dos agentes – “levou uma facada na mão, três tiros de borracha, socos no rosto, nas costas”.

Com efeito, foi constatado, pelo juízo, que “os custodiados se apresentaram em audiência lesionados, com marcas de tiros de balas de borracha e outros ferimentos” (doc. 3). O exame de integridade física realizado pelos médicos da Central de Audiência de Custódia da Capital (doc. 4) também atesta a existência de “hematomas subgaleais em ambas as regiões temporais; escoriações com crosta serohemática nas seguintes regiões: frontal, supercílio dir., mão dir., glúteo dir. e coxa dir., medindo a maior 7cms e a menor 2cms”. Há, ainda, fotografias (doc. 1), bem como foi, posteriormente, realizada reportagem na Revista Época sobre o caso (doc. 8), bem como no Jornal Extra (doc. 9).

Foi, então, pleiteado o relaxamento da prisão em flagrante, em razão de ter Marcos Vinicius sido torturado pelos agentes públicos, o que foi negado pelo juízo da Central de Audiências de Custódia, ainda conforme doc. 3, ao argumento de que o ora paciente seria acusado de cometer crime grave, exigindo o tráfico de drogas uma atuação rigorosa do Poder Judiciário, de modo que a concessão de liberdade a ele poria em risco a paz social. Ademais,



não teria, na ocasião da prisão em flagrante, apresentado comprovante de residência nem de ocupação lícita, de modo que a concessão da liberdade poderia ameaçar a instrução criminal e a regular aplicação da lei penal em caso de condenação.

Impetrado *habeas corpus* perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, foi a ordem denegada pela 7ª Câmara Criminal (doc. 6), que entendeu que “os ferimentos observados às fls.31/37, do anexo 1 [ora doc. 1] são evidentes e constituem concretos indícios de inadmissível constrangimento físico a que foram submetidos os acusados, o que deve ser apurado em sede própria com o devido rigor” (fls. 16 do doc. 6), mas, não obstante, não maculariam a prisão em flagrante. Assim, presente o *fumus comissi delicti* por parte do paciente, deveria ser mantida a custódia cautelar.

Desta decisão, foi impetrado outro *habeas corpus*, agora perante o Superior Tribunal de Justiça, afirmando que a tortura sofrida macularia, sim, a legalidade da prisão e infirmaria o *fumus comissi delicti*.

III. DA DECISÃO PROFERIDA PELA AUTORIDADE COATORA

Não obstante todos os fatos expostos no item anterior, a ordem de *habeas corpus* foi denegada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de agravo regimental em *habeas corpus* (doc. 7), em decisão cuja ementa ora se transcreve:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE MUNIÇÃO. ILEGALIDADE DA PRISÃO E DA AÇÃO PENAL AMPARADAS EM PROVAS OBTIDAS MEDIANTE TORTURA. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. PRISÃO CAUTELAR. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTO VÁLIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A tese defensiva de ilegalidade da prisão cautelar e da ação penal, porque supostamente amparadas em provas obtidas por meio de tortura, demanda, in casu, o exame de matéria probatória dos autos, inadmissível em *habeas corpus*.

2. O decreto preventivo está suficientemente motivado na garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade concreta do delito, conforme autoriza o art. 312 do CPP. Segundo consta, o agravante teria sido preso em flagrante, acompanhado de dois



comparsas, em local apontado como usualmente utilizado para a prática do tráfico de drogas e dominado por facção criminosa, na posse de grande quantidade de entorpecente e material bélico, quais sejam: 3.000g de maconha, 2.100g de cocaína, 3 carregadores de pistola .9mm; 2 carregadores de fuzil .762; 186 munições de fuzil .762; 28 munições de .40; e 90 munições de .9mm.

3. *Agravo não provido.*

(AgRg no HC 483.901/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)

A despeito do brilhantismo dos Ministros que compõem a Colenda Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não merece prosperar a aludida decisão, eis que afrontosa à Constituição Federal e a tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, bem como à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se passará a expor.

IV. DA INEXISTÊNCIA DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA – EXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DA ILEGALIDADE DA PRISÃO E DA INEXISTÊNCIA DE FUMUS COMISSI DELICTI

Alega a autoridade coatora que a análise da ilegalidade da prisão cautelar, porque amparada em elementos indiciários obtidos mediante tortura, demandaria o revolvimento de matéria probatória, de modo que não poderia ocorrer em sede de *habeas corpus*.

No entanto, inicialmente, há que observar que não é tecnicamente precisa a afirmação de que não há análise de provas em sede de *habeas corpus* – em verdade, neste remédio constitucional, a prova deve ser toda pré-constituída, o que significa dizer que as alegações do impetrante devem ser comprovadas por documentos que acompanhem a petição de impetração. Não há, então, em princípio, instrução *no curso* de um processo de *habeas corpus*, mas a petição deve vir instruída com documentos, e tais documentos são, sim, analisados pelo juízo que apreciará o writ. Leciona Gustavo Badaró:

“Há, portanto, [no habeas corpus] exame de prova: da prova pré-constituída que acompanha a petição inicial, da resposta ao pedido de informação e de qualquer outra



*prova documental juntada aos autos. Se o pedido tiver por finalidade discutir apenas uma questão jurídica, por mais complexa que seja, mesmo assim poderá ser tratada em habeas corpus.*²¹

É precisamente neste sentido a jurisprudência desta Egrégia Corte Constitucional, cabendo transcrever, por todos:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. INOBSERVÂNCIA DE PRESSUPOSTO INDISPENSÁVEL AO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA INICIAL QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Constitui ônus processual do impetrante do habeas corpus produzir elementos documentais consistentes e pré-constituídos, destinados a comprovar as alegações veiculadas no writ, o qual possui rito sumaríssimo e não comporta, portanto, maior dilação probatória.

II – No habeas corpus, assim como no mandado de segurança, não de ser apresentadas provas pré-constituídas do constrangimento ilegal imposto ao paciente. Não cabe ao magistrado proceder à regular instrução do processo, a não ser que, da leitura da documentação juntada com a impetração, resulte dúvida fundada, a justificar a realização de diligência. Precedentes.

III – O presente recurso mostra-se inviável, pois contém apenas a reiteração dos argumentos de defesa anteriormente expostos, sem, no entanto, revelar quaisquer elementos capazes de afastar as razões decisórias por mim proferidas.

IV – Agravo a que se nega provimento.

(HC 164414 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 24/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 14-05-2019 PUBLIC 15-05-2019)

No caso ora em análise, verifica-se que a impetração, tanto perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) quanto perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), aduz que o paciente foi vítima de tortura por ocasião de sua prisão – afirmação esta que ora se reitera –, o que macula sua custódia cautelar. **Ao contrário do que entendeu a autoridade coatora, o reconhecimento de tal situação não importa, na presente hipótese, “exame de matéria probatória inadmissível em sede de habeas corpus”.**

Com efeito, o **fato de ter o paciente sido apresentado em audiência de custódia com lesões corporais é absolutamente incontroverso.** Primeiramente, é demonstrado pelas fotografias dos ferimentos, tiradas por ocasião da audiência (doc. 1), das quais se pode

¹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*, p. 689, 2ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.



verificar, na 3^a, na 4^a, na 9^a e na 10^a fotos, que **Marcos Vinicius apresentava graves ferimentos na coxa e no joelho.**

Apesar de a 3^a, a 4^a e a 9^a fotos não exibirem o rosto, na 10^a foto, é possível ver que Marcos Vinicius é o preso do meio, usando camisa escura com desenhos de listras no centro e calça comprida também escura. Pode-se verificar, ainda, que o preso à sua direita trajava bermuda vermelha lisa e camisa cinza, e o preso à sua esquerda usava bermuda vermelha estampada. Na 3^a foto, então, pode-se verificar que se trata de Marcos Vinicius, eis que se pode ver a calça cinza, e ele é o único que não trajava bermuda vermelha, lisa ou estampada. Na 4^a e na 9^a fotos, mais nitidamente se pode ver a camisa escura com listras no centro e a calça cinza que Marcos Vinicius usava, bem como, ao seu lado, a camisa cinza e bermuda vermelha do outro preso.

Na 1^a, na 2^a, na 5^a, na 6^a, na 8^a e na 12^a fotos, pode-se verificar ferimento na testa de Marcos Vinicius. Na 7^a foto, verifica-se um hematoma na nuca do preso do meio, de camisa listrada. Some-se a isto a 9^a e a 11^a fotos, em que se vê nitidamente que o preso com camisa escura com listras no centro – Marcos Vinicius – apresentava corte na mão.

Não se pleiteia, aqui, que o tribunal revolva provas, mas sim que se limite a olhar fotografias juntadas à presente impetração – das fotografias, pode-se ver que Marcos Vinicius apresentava ferimentos. A conclusão de tais constatações visuais será explicitada adiante.

Da assentada da audiência de custódia (doc. 3), consta expressamente que “os custodiados alegam agressão por parte dos oficiais do Exército que efetuaram a prisão. **Os custodiados se apresentaram em audiência lesionados, com marcas de tiros de balas de borracha e outros ferimentos**”. O próprio juízo, então, constatou a existência das lesões.

As **lesões são atestadas, ainda, pelo exame** de integridade física realizado pelos médicos da Central de Audiência de Custódia da Capital (doc. 4), que indica a existência de “**hematomas subgaleais em ambas as regiões temporais; escoriações** com crosta serohemática



nas seguintes **regiões: frontal, supercílio dir., mão dir., glúteo dir. e coxa dir.**, medindo a maior 7cms e a menor 2cms”.

Noutros termos, assim como se verifica das fotografias, **havia hematomas e escoriações em sua testa (conforme 1ª, 2ª, 5ª, 6ª, 8ª e 12ª fotos), além de escoriações em sua mão (consoante 9ª e 11ª foto), e em seu glúteo e sua coxa (de acordo com 3ª, 4ª, 9ª e 10ª fotos).**

A prova das lesões que Marcos Vinicius apresentava, então, quando da audiência de custódia, é pré-constituída. Não há qualquer controvérsia possível de que existiam.

A única discussão *possível* é sobre por quem teriam sido causadas, isto é, se de fato teriam sido infligidas por agentes estatais, como narrou o paciente ao juízo da audiência de custódia – consoante consta também da assentada (doc. 3), Marcos Vinicius e os corréus no processo de referência “alegam que os oficiais do exército que os levaram para a Delegacia que os agrediram e conseguem reconhecê-los, se for necessário”.

Sendo este o caso, é conveniente observar, caracterizariam tortura, a teor dos arts. 2 e 3 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura² e do art. 1º, I, a e II da Lei n. 9.455/1997:

“ARTIGO 2: Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim.

(...)

ARTIGO 3: Serão responsáveis pelo delito de tortura:

a) Os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam;

b) As pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nela sejam cúmplices.”

“Art. 1º Constitui crime de tortura:

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

² Internalizada no país pelo Decreto n. 98.386/1989.



a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

(...)

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

Observe-se que seria irrelevante a finalidade com que infligidos os maus-tratos aqui para que caracterizassem tortura – a Convenção prevê que resta configurada desde que praticada por agente público, independentemente do fim visado, e a lei estabelece que há tortura se a agressão visar obter informação ou confissão, ou se for praticada contra quem esteja sob autoridade do agressor, como forma de castigo ou correção. Assim, se infligidos pelos agentes públicos que efetuaram a prisão de Marcos Vinicius, haveria tortura.

A autoridade coatora, embora não o afirme expressamente na ementa do acórdão, indica, no voto condutor, que é justamente o fato de não se saber quem causou as lesões a Marcos Vinicius que inviabiliza que se reconheça a ocorrência de tortura. Afirma o Excelentíssimo Ministro Relator, à fls. 03 do acórdão (doc. 7):

“Como visto, embora o Tribunal de Origem [o TJRJ] tenha reconhecido haver indícios concretos de terem sido os réus agredidos fisicamente, possivelmente pelos policiais militares durante a prisão em flagrante, a prática de tortura ou de outro delito pelas forças policiais está sendo apurada em sede própria e, por ora, não há certeza do cometimento de crime algum ou mesmo em que circunstâncias ocorreram os supostos constrangimentos. Neste diapasão, a aventada ilegalidade da prisão cautelar e da ação penal, porque supostamente amparadas em provas obtidas por meio de tortura, trata-se, in casu, de questão de fato, sendo inadmissível, portanto, a sua apreciação diretamente por esta Corte, e na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame de matéria probatória”.

Tais conclusões da autoridade coatora, contudo, a despeito de seu brilhantismo habitual, não são, com a devida vênia, tecnicamente precisas neste caso.

Observa-se, de início, que o acórdão do Colendo Superior Tribunal de Justiça aplica o Princípio da Presunção de Inocência em favor dos agentes estatais que teriam agredido Marcos Vinicius, afirmando que não se sabe se eles de fato o fizeram, esquecendo-se de que este feito *não consiste* em processo criminal *contra os agentes estatais*, e sim contra o paciente, sendo



absolutamente irrelevante para a esfera jurídica daqueles qualquer consideração feita aqui sobre sua conduta.

Para Marcos Vinicius, porém – que é o réu/paciente, efetivamente parte do processo, que pode ter sua esfera jurídica afetada por considerações que venham a ser feitas –, não parece valer o mesmo Princípio da Presunção de Inocência, eis que, mais adiante no voto (fls. 05-06 do doc. 7), o Eminentíssimo Ministro Relator afirma:

“Como se vê, o decreto preventivo [contra Marcos Vinicius] está suficientemente motivado na garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do agente, evidenciada na gravidade concreta do delito, conforme autoriza o art. 312 do CPP. Segundo consta, o paciente teria sido preso em flagrante, acompanhado de dois comparsas, em local apontado como usualmente utilizado para a prática do tráfico de drogas e dominado por facção criminosa, e na posse de grande quantidade de entorpecente e material bélico”. [grifos nossos]

Veja-se – há tanto lastro probatório da culpa de Marcos Vinicius quanto há dos agentes estatais, vez que, em ambos os casos, há alguma materialidade (de um lado, lesões atestadas por perito; de outro, entorpecentes e munição apreendidos), e alguém os acusa de crime. Em nenhum dos casos, há culpa configurada em definitivo. A autoridade coatora, porém, aplica o Princípio da Presunção de Inocência em favor dos agentes estatais, que sequer são sujeito deste feito criminal, para justificar a prisão cautelar do paciente deste processo, que é quem deveria ter reconhecida a si tal direito fundamental.

Noutros termos, enquanto não se encerra este processo criminal, e enquanto, então, não se demonstre o contrário, presume-se que a acusação contra Marcos Vinicius é verdadeira – “teria sido preso em flagrante”, o que indicaria sua “periculosidade” e justificaria a manutenção da custódia cautelar – e presumem-se, de outro lado, inocentes os agentes estatais, sem qualquer fundamento jurídico a embasá-lo, eis que a presunção de inocência se aplica ao réu do processo criminal, e os agentes sequer são sujeito deste processo.

A presunção de inocência não é aplicada para o réu deste processo – para ele, presume-se a culpa, até que se prove o contrário. Trata-se de discrepância de tratamento não amparada em qualquer norma jurídica.



Ao revés, em casos como o vertente, em que há dúvida sobre se alguém foi de fato ou não vítima de tortura praticada por agentes estatais quando de sua prisão, leciona a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“A Corte estabeleceu que o Estado é responsável, na condição de garante dos direitos consagrados na Convenção, pela observância do direito à integridade pessoal de todo indivíduo que se encontre sob sua custódia³. É possível considerar o Estado responsável pelas torturas, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes sofridos por uma pessoa que esteve sob a custódia de agentes estatais, caso as autoridades não tenham realizado uma investigação séria dos fatos, seguida de indiciamento daqueles que sejam apontados como responsáveis por eles⁴. Recai sobre o Estado a obrigação de apresentar uma explicação satisfatória e convincente do ocorrido, e tornar sem efeito as alegações quanto a sua responsabilidade, mediante elementos probatórios adequados⁵.”

Mais especificamente, afirma o Relator Especial para Tortura da ONU, em sucessivas recomendações gerais:

“Onde for denunciado o uso de tortura ou outras formas de maus-tratos pela defesa durante o julgamento, o ônus da prova deve passar para a acusação, que deve provar de maneira incontestável que a confissão não foi obtida por meios ilegais, incluindo a tortura e maus-tratos similares⁶.”

Dessa forma, é o Estado quem tem de provar que seus agentes não praticaram a tortura a eles imputada, e não a vítima da tortura provar cabalmente que ela ocorreu, e quem a praticou⁷.

³ *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006, par. 138; *Caso Baldeón García vs Peru*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 6 de abril de 2006, par. 120; e *Caso López Álvarez vs Honduras*. Mérito, reparações e custas, Sentença de 1º de fevereiro de 2006, par. 104 a 106. Todas as decisões da Corte Interamericana mencionadas no bojo do presente *habeas corpus* podem ser encontradas em <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=en>.

⁴ Cf. *Caso Baldeón García*, par. 120; e *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999, par. 170. No mesmo sentido, na Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso Yavuz vs Turquia*, Sentença de 10 de janeiro de 2006, par. 38; *Caso Aksoy vs Turquia*, Sentença de 18 de dezembro de 1996, par. 61 e 62; e *Caso Tomasi vs França*, Sentença de 27 de agosto de 1992, par. 108 a 111.

⁵ Cf. *Caso Baldeón García*, par. 120; e *Caso Juan Humberto Sánchez*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7 de junho de 2003, par. 111.

⁶ FOLEY, Conor. *Protegendo os brasileiros contra a tortura. Manual para Juízes, Promotores, Defensores Públicos e Advogados*, p. 98, 2ª edição. Ver também, no âmbito das Nações Unidas, Comitê contra a Tortura, *Caso P.E. vs França* (19 de dezembro de 2002), UN Doc. CAT/C/29/D/193/2001, § 6.3; *Caso CAT, G.K. vs Suíça* (15 de maio de 2003), UN Doc. CAT/C/30/D/219/2002, § 6.10.

⁷ Sobre o dever de investigação de alegadas violações de Direitos Humanos, estabelece a Corte Interamericana: “Ademais, este Tribunal tem assinalado que ‘o dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado,



No caso em análise, o Estado não provou cabalmente que seus agentes não praticaram as agressões contra Marcos Vinicius – em verdade, é difícil mesmo *imaginar* uma explicação para todas as lesões por ele apresentadas que não perpassasse pela culpa ou, ao menos, a conivência⁸ dos agentes do Estado que o mantiveram sob sua custódia; como mais ele sofreria lesões tão variadas e extensas, em diversos segmentos e faces do corpo, se não infligidas por ou com a conivência dos agentes que o prenderam?

Não tendo o Estado – e não Marcos Vinicius, observe-se (reitera-se o teor da nota 7) – provado que seus agentes não foram os autores das lesões, como exigido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode o Estado ser considerado responsável pela tortura – independentemente da culpa dos agentes individualmente considerados, a ser apurada com observância do devido processo legal, direito de que eles, como pessoas, são titulares.

Assim, quando acusado criminal alega que determinada prova deriva de declarações colhidas mediante tortura, não há necessidade de o julgador afirmar com grau de certeza a materialidade e autoria de crime de tortura por determinado agente – certeza essa exigida apenas em eventual processo criminal no qual o agente público venha a figurar como réu.

Não é necessário, portanto, aqui, revolver provas e determinar cabalmente a autoria das lesões que Marcos Vinicius apresentava; não se trata de processo criminal destinado a apurar o crime de tortura. Basta verificar o *fato negativo* consistente em não ter o Estado apresentado prova de que não foram causadas por ou com a conivência de seus agentes, e sim por terceiros, de maneira independente deles.

que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio, e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera, ou como uma mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares, ou de que elementos probatórios sejam buscados por particulares”’. (*Caso Galindo Cárdenas vs Peru*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2 de outubro de 2015, par. 259, tradução livre do original em espanhol).

⁸ Tendo eles o paciente sob sua custódia, ocupariam a posição de garantidores (art. 13, §2º. *a* do Código Penal), de modo que respondem caso tenham se omitido e não evitado que o paciente sofresse as lesões.



Cabia a ele prova-lo, e, enquanto não o faz, presume-se a veracidade da denúncia formulada pelo paciente, que, conquanto acusado criminal, é também vítima de violação de direitos humanos.

Qualquer pessoa que alegasse ter sofrido tortura por agentes estatais, e apresentasse lesões a comprovar a materialidade, seria encarada como vítima de violação, e teria reconhecidos a si os direitos que a Corte Interamericana e os tratados internacionais reconhecem às vítimas – dentre eles, o direito de ter sua denúncia levada a sério⁹, e de ter o Estado de provar que seus agentes não a causaram, e não a vítima de provar a autoria.

No momento em que uma pessoa relata ter sido vítima de tortura, está denunciando a prática de uma violação de direitos humanos e de um ilícito penal por parte de agente estatal. Tem o Estado, então, como decorrência de seu dever de garantia dos direitos humanos, de levar a denúncia a sério – como levaria a sério qualquer denúncia de violação de direitos humanos e de crime – e ele próprio investiga-la e adotar medidas que indiquem que ele não corrobora as práticas.

O fato de ser acusado criminal *não pode* despir Marcos Vinicius destes direitos; não há amparo jurídico algum à ideia de que acusados criminais não tenham direitos. Não pode ser titular de menos direitos pelo mero fato de ser acusado – note-se, sequer condenado com trânsito em julgado, pairando ainda sobre si a presunção de não culpabilidade – de crime.

⁹ Sobre o tema, afirma a Corte: “A Corte estabeleceu que o dever de prevenção inclui todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a proteção dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, bem como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais (Caso González e outras (Campo Algodonero) vs. México. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de novembro de 2009, par. 252). A obrigação do Estado de investigar deve ser cumprida diligentemente para evitar a impunidade e para que este tipo de fatos não volte a se repetir. Nesse sentido, a Corte recorda que a impunidade fomenta a repetição das violações de direitos humanos. (Caso Anzualdo Castro vs. Peru. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de setembro de 2009, par. 179; e Caso Garibaldi vs. Brasil, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009, par. 141.) (...) À luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento do fato, devem iniciar ex officio e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à perseguição, captura, julgamento e eventual castigo de todos os autores dos fatos, em especial quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais (Caso do Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia, Mérito, Reparações, Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2006, par. 143; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações, Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008, par. 144; e Caso Valle Jaramillo e outros vs. Colômbia, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2008, par. 101)”.



A realidade, no entanto, é que o Estado não investiga com celeridade as denúncias de tortura formuladas por acusados criminais, o que permite que não se analise seu impacto sobre suas prisões cautelares e se tenha, eventualmente, de pôr os acusados em liberdade – já que presumidos culpados, e não inocentes. A suposta tortura, então, não “atrapalharia” o processo penal contra acusado de crime.

O direito a não ser torturado é violado por se entender que a vítima tem menor valor (afinal, estava em “local apontado como usualmente utilizado para a prática do tráfico de drogas e dominado por facção criminosa”), a denúncia não é investigada pelo mesmo motivo, não são adotadas condutas que indicam que o Estado as rechaça – pelo contrário –, e os perpetradores, então, têm a certeza de que o comportamento é aceito, o que propicia sua reiteração¹⁰. Forma-se, assim, um ciclo de violação de direitos humanos e fundamentais por parte do Estado, fomentado por sua própria postura de não condená-las. Viola-se o dever de respeito e, após, o dever de garantia, o que retroalimenta a afronta ao primeiro.

Trata-se, como se pode verificar, de inversão das normas de Direito Constitucional, de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Direito Processual Penal – *in dubio contra reo*; ele teria de provar não apenas ter sido torturado, mas de provar cabalmente que foi praticada por agente estatal. Na *dúvida, contra libertate*, isto é, na dúvida, é mantido preso cautelarmente, e não aguarda em liberdade o trânsito em julgado da sentença criminal.

No campo do Direito Constitucional, leciona Canotilho, acerca do ônus da prova quando em jogo o direito fundamental à liberdade:

¹⁰ *Caso González e outras (Campo Algodonero) vs México*, par. 346: “o Tribunal ressalta que a falta de devida investigação e sanção das irregularidades denunciadas propicia a reiteração no uso de tais métodos por parte dos investigadores. Isso afeta a capacidade do Poder Judiciário para identificar e perseguir os responsáveis e alcançar a sanção que corresponda, o que torna inefetivo o acesso à justiça. No presente caso, estas irregularidades geraram o reinício da investigação quatro anos depois de ocorridos os fatos, o qual gerou um impacto grave na eficácia da mesma, mais ainda pelo tipo de crime cometido, onde a apreciação de evidências é ainda mais difícil com o transcurso do tempo.”



“Um limite material restritivo da liberdade de conformação da prova pelo legislador é constituído pela especial dignidade e importância atribuída a determinados bens constitucionais (vida, liberdade, integridade física). Isso justifica que, quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e estas restrições pressuponham a existência de determinados factos acoplados a juízos de prognose, o ónus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições.”¹¹

Em outras palavras, quando se fala em restrição ao direito fundamental à liberdade, o ónus da prova cabe não ao titular do direito fundamental, mas sim a quem decreta a restrição, que deve provar que ela não possui qualquer mácula. Não cabe o ónus da prova ao réu, e sim cabe ao Estado provar que a restrição que decreta é lícita, sob todos os aspectos – nas palavras de Ingo Sarlet, “eventuais limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição”¹². Na mesma linha, leciona Gilmar Mendes, com base no modelo desenvolvido por Pieroth e Schlink¹³, que medidas judiciais que restrinjam direitos fundamentais devem ser, além de fundadas em lei constitucional, compatíveis elas próprias com a Constituição¹⁴. Havendo dúvida sobre tal compatibilidade, o direito não deve ser restringido.

Aqui, a incompatibilidade será desenvolvida adiante. Por ora, há que assentar que, para o Direito Constitucional, o ónus da prova sobre a legitimidade da restrição a um direito fundamental não pode recair sobre o titular do aludido direito. Noutros termos, é quem decreta a restrição à liberdade (o Estado) quem tem de provar que a restrição é, sob todos os aspectos, legítima, e não o titular do direito a ser restringido, ora paciente, de provar que ela é ilegítima.

No âmbito do Direito Processual Penal, por sua vez, leciona Gustavo Badaró:

“[S]e em caso de dúvida fosse decretada a prisão e, uma vez interposto o habeas corpus, tivesse o impetrante que demonstrar, acima de qualquer dúvida, que a prisão era ilegal, o in dubio pro libertate teria se transformado em in dubio contra libertate. (...) E, em caso de contradição entre o que afirma o impetrante e o que

¹¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. O ónus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, p. 173-174. Coimbra: Coimbra, 2004.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, p. 395, 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

¹³ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht*, II, p. 80, 21ª edição. Heidelberg: [s.n.], 2005.

¹⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 392, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.



narra a autoridade coatora nas informações, as provas, em especial as documentais, é que indicarão ao julgador como decidir. Na dúvida, decide-se pela liberdade ou pela prisão? Afirmar que as informações da autoridade coatora gozam de presunção juris tantum significaria concluir que, no habeas corpus, haveria uma regra de julgamento, de caráter doutrinário, que implica uma especial distribuição do ônus da prova, no caso, privilegiando a posição da autoridade em detrimento da liberdade¹⁵.

Assim, o entendimento de que caberia ao paciente *provar* que foi torturado *por agentes estatais* tampouco se coaduna com as diretrizes do Direito Processual Penal – na dúvida, impõe-se que se privilegie a liberdade (Princípio do *Favor Rei*). Não há qualquer amparo normativo para se entender o inverso.

Por fim, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, afirma a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“A liberdade [é] sempre a regra e a limitação ou restrição sempre a exceção¹⁶. Consequentemente, o Estado deve prevenir que a liberdade dos indivíduos seja prejudicada pela atuação de agentes estatais e terceiros particulares, bem como investigar e punir os atos violatórios deste direito.¹⁷”

Sob qualquer prisma que se analise a questão, então, sendo o direito fundamental e humano à liberdade a regra, o que inspira o próprio Princípio da Presunção de Inocência – ainda que encarado sob a forma presunção de não culpabilidade – e os Princípios *In Dubio Pro Reo* e *Favor Rei*, não pode ser restringido quando houver dúvida sobre a licitude da restrição.

Como decorrência disso, esta própria Corte Constitucional afirma que, caso a análise das provas pré-constituídas que instruem uma impetração não permita concluir, com certeza, se a prisão é legítima ou não, impõe-se a concessão de liberdade ao paciente:

“AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Indícios de autoria. Dúvida razoável. Provas contraditórias. Depoimento de testemunha contrariado por documentos oficiais de que o réu, na data do fato, se encontrava preso. Impossibilidade de subsistência da prisão cautelar. HC concedido. Aplicação do art. 312 do CPP.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal, p. 691-692, 2ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

¹⁶ *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. vs. Equador*. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007 par. 53.

¹⁷ *Caso González e outras (Campo Algodonero) vs México*, par. 247.



Se há séria dúvida, resultante de contradição entre provas pré-constituídas, sobre a autoria do fato imputado ao réu, não se lhe justifica decretação ou subsistência de prisão preventiva. (HC 95003, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-03 PP-00579 RTJ VOL-00207-02 PP-00781)

Assim, não *pode* caber ao paciente provar cabalmente que foi torturado por agentes estatais, e não pode o Poder Judiciário afirmar que, para conhecer da alegação, seria necessário que houvesse certeza sobre isso, o que não seria possível por não terem sido concluídas as investigações contra os supostos agressores. Ao contrário, tendo o paciente afirmado ter sido vítima de tortura e tendo apresentado lesões em sede de audiência de custódia – o que está provado pela prova pré-constituída que instrui a impetração –, havendo dúvida sobre se praticada por agentes estatais quando de sua prisão, deve-se presumir que o foi enquanto o *Estado* não provar o contrário.

Dessa forma, diversamente do que entendeu a autoridade coatora, não se faz necessário investigar *quem foi* o autor das lesões infligidas ao paciente por ocasião da análise do *habeas corpus*. Não tendo o Estado provado ainda que não foram seus agentes, presumem-se verdadeiras as afirmações (cuja ocorrência é provada por prova pré-constituída, consistente na entrevista e na assentada da audiência de custódia – docs. 2 e 3) do paciente. Apresentava lesões (comprovadas – docs. 1 e 4) e afirmou terem sido causadas por agente estatal. Não tem de provar que o foram; tem o Estado, isto sim, de provar que não, para comprovar a legitimidade da restrição à liberdade do paciente.

O fato de ter ocorrido tortura por ocasião da prisão do paciente, e de ser um imperativo de Direito Constitucional, de Direito Internacional dos Direitos Humanos e de Direito Processual Penal se considerar, na análise da presente impetração, que foi praticada por agentes estatais, pelos motivos já expostos, macula, por sua vez, a decretação da custódia cautelar do paciente.

Com efeito, o ergástulo decorre de conversão da prisão em flagrante do paciente – foi preso em flagrante por agentes estatais; após, teve a prisão em flagrante convertida em preventiva em sede de audiência de custódia (doc. 3), e, desde então, esta



conversão vem sendo mantida por sucessivas autoridades judiciais coatoras, isto é, primeiro pela 7ª Câmara Criminal do TJRJ (doc. 6), e, após, pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (doc. 7). Da decisão do juízo da custódia, foi impetrado *habeas corpus*, com ordem denegada pelo TJRJ; desta decisão, impetrado outro *habeas corpus*, agora ao Superior Tribunal de Justiça, cuja ordem também foi denegada; e contra esta última decisão se insurge a presente impetração.

A origem da custódia do paciente, portanto, é a prisão em flagrante.

Sobre esta, ensina Gustavo Badaró ser ato jurídico administrativo complexo, formado por três atos distintos:

“A prisão em flagrante é uma medida que se inicia com natureza administrativa (...). A prisão em flagrante é um ato complexo, que exige a conjugação de vários atos parciais que redundam na prisão em flagrante delito. Relevante distinguir, pelo menos, três momentos distintos: (1) a prisão-captura; (2) a lavratura do auto de prisão em flagrante; (3) a prisão-detenção”¹⁸.

Como é de conhecimento comum, a existência de ilegalidade ou afronta à Constituição em um dos atos que compõem ato complexo o macula como um todo.

No caso em comento, a tortura ocorreu durante a prisão-captura ou, no máximo, durante a prisão-detenção, após a lavratura do auto – de todo modo, estava o paciente lesionado quando apresentado em audiência de custódia. Não se pode dissociar a captura ou detenção da tortura que se deu durante estes momentos. A forma pela qual o ato é praticado é elemento que o integra¹⁹ e, “para ser considerada válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei (...); urge que o faça nos termos em que a lei estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação”²⁰.

¹⁸ BADARÓ, Gustavo. Op. cit., p. 724.

¹⁹ Ver, por todos, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cap. IV, 23ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁰ Idem, p. 121.



Consoante já salientado, a tortura configura prática proscrita no Brasil, a teor do art. 5º, III da Constituição, bem como do art. 5º, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), do art. 2º da Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e do art. 1º da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, todas ratificadas pelo Brasil e internalizadas, respectivamente, pelos Decretos n. 678/1992, 40/1991 e 98.386/1989. A prática configura, ainda, também como já indicado, crime, tipificado na Lei n. 9.455/1997.

Implicitamente, a vedação à tortura decorre também da proteção aos direitos à vida e à integridade psicofísica, tutelados pelo art. 5º da Constituição e pelo art. 5º da CADH.

Tendo ato inconstitucional, anticonvencional e ilegal sido praticado por ocasião da captura ou da detenção do paciente, tem-se que a forma pela qual estas foram praticadas foi inconstitucional, anticonvencional e ilegal, e, então, a prisão em flagrante (ato complexo) torna-se, ela própria, também inconstitucional, anticonvencional e ilegal.

Independentemente do momento exato em que ocorreu a tortura, certo é que se deu durante a prisão em flagrante, isto é, antes da audiência de custódia, ocasião em que foi ela convertida em preventiva. Assim, havendo vício na forma pela qual se deu a prisão em flagrante, por antijuridicidade ocorrida em um de seus momentos, é a prisão em flagrante antijurídica.

A privação libertaria, seja em que circunstância for, e mesmo a prática de crime, caso efetivamente existente, não autorizam a ocorrência de tortura. Leciona a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“A restrição de outros direitos [de pessoa privada de liberdade], ao contrário – como à vida, à integridade pessoal, à liberdade religiosa e ao devido processo – não somente não tem justificação fundada na privação de liberdade, mas também está proibida pelo Direito Internacional. Estes direitos devem ser efetivamente respeitados e garantidos como os de qualquer pessoa não submetida à privação de liberdade”²¹.

²¹ *Caso do Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 2 de setembro de 2004, par. 155.



Ainda que houvesse guerra declarada – o que não é sequer o caso do Brasil, apesar do discurso de guerra às drogas –, o Estado brasileiro seria obrigado a respeitar o direito dos indivíduos a não submissão a tortura, e a garantir que este direito não fosse objeto de violações em seu território. Afirma a Corte:

*“A Corte reitera sua jurisprudência no sentido de que a tortura e as penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes estão estritamente proibidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. A proibição absoluta da tortura, tanto física como psicológica, pertence hoje em dia ao domínio do jus cogens internacional. Esta proibição subsiste ainda nas circunstâncias mais difíceis, tais como guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo e quaisquer outros delitos, estado de sítio ou de emergência, comção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas. (...) Os tratados de alcance universal e regional consagram esta proibição e o direito inderrogável de não ser torturado. Igualmente, vários instrumentos internacionais consagram esse direito e reiteram a mesma proibição, inclusive o Direito Internacional humanitário”.*²²

Não podem as forças de segurança, então, a pretexto de combater o crime, praticar delito equiparado a hediondo, como é o crime de tortura. Não é admissível a prática de tortura quando de prisão em flagrante.

Tendo ela ocorrido – repise-se; na dúvida, não caberá ao paciente provar ter sido torturado e por quem, mas sim presumir-se-á verdadeira sua afirmação de que o foi por agentes do Estado, enquanto este não provar o contrário –, e estando, então, viciada a prisão em flagrante, por ocorrência de afronta à Constituição, a tratados e à lei durante um dos atos que a compõem, impõe-se o relaxamento da custódia, na forma do art. 5º, LXV da Constituição.

A prisão preventiva ora vigente, que decorre de conversão da prisão em flagrante ilegal, é, então, também ela, maculada de antijuridicidade. Impõe-se, então, que o paciente seja posto em liberdade.

²² *Caso Bueno Alves vs Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007, par. 76-77. No mesmo sentido, *Caso González e Outras vs. México*, par. 244.



A par da ilegalidade, não há sequer, em casos como o vertente, *fumus comissi delicti* a embasar a prisão cautelar. Com efeito, aqui, este se fundamenta nos depoimentos prestados pelos agentes públicos que efetuaram a prisão do paciente (doc. 5), que afirmam que, em operação, teriam abordado três indivíduos, dentre eles o ora paciente, que não portavam consigo bens ilícitos. No entanto, deram voz de prisão a eles e, voltando pelo caminho de onde vieram, encontraram três mochilas, que os três indivíduos teriam confessado lhes pertencer. Dentro das mochilas, havia entorpecentes e munições.

Não se trata, aqui, de revolvimento de matéria fática – a análise dos depoimentos que constam do auto de prisão em flagrante é necessária à verificação de *fumus comissi delicti*, tendo sido efetuada pelo próprio juízo da audiência de custódia (doc. 3) e, após, pelo TJRJ (à fls. 10 do doc. 6, o excelentíssimo desembargador-relator afirma que o *fumus* era consubstanciado pela existência de denúncia criminal contra o paciente, que, por sua vez, se baseou nos depoimentos aludidos acima) e pelo STJ (fls. 6 do doc. 7).

Não se pretende, nesta impetração, questionar se os depoimentos são verdadeiros ou não. São, assim, prova pré-constituída, cujo conteúdo não será objeto de questionamento. Contudo, ainda que sejam verdadeiros, verifica-se que a tortura praticada contra o paciente infirma o *fumus comissi delicti*.

De fato, pelo que afirmam os agentes estatais, foi o paciente quem teria dito que a mochila localizada lhe pertenceria. Assim, de acordo com os agentes estatais, foi esta afirmação do paciente que permitiu ligar a mochila (e seu conteúdo) a ele, imputando-lhe, então, sua propriedade.

O paciente, porém, como já exaustivamente demonstrado, foi torturado, e é possível que o tenha sido justamente para confirmar a propriedade da mochila. Com efeito, é inverossímil que ele tenha *espontaneamente* confirmado possuir mochila localizada, conforme narram os próprios agentes públicos, em ponto da comunidade diverso daquele em que ele foi abordado, sem possuir consigo nada de ilícito.



O *fumus commissi delicti*, como o *fumus boni juris* em geral, pressupõe a verossimilhança da imputação, que, aqui, não está presente.

O fato de ter havido tortura, então, é suficiente para pôr em dúvida se esta assunção de propriedade da mochila pelo paciente foi voluntária ou, ao revés, obtida mediante tortura, sendo, assim, confissão informal nula. Contrastando duas provas pré-constituídas – de um lado, os documentos que atestam a tortura (doc. 1, 2, 3 e 4) e, de outro, os depoimentos dos agentes estatais (doc. 5) –, se restarem sérias dúvidas da autoria do fato imputado ao paciente (não se sabe se a mochila e seu conteúdo podem ser validamente imputados a ele), não pode subsistir a prisão preventiva. Repita-se:

“AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Indícios de autoria. Dúvida razoável. Provas contraditórias. Depoimento de testemunha contrariado por documentos oficiais de que o réu, na data do fato, se encontrava preso. Impossibilidade de subsistência da prisão cautelar. HC concedido. Aplicação do art. 312 do CPP.

Se há séria dúvida, resultante de contradição entre provas pré-constituídas, sobre a autoria do fato imputado ao réu, não se lhe justifica decretação ou subsistência de prisão preventiva. (HC 95003, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-03 PP-00579 RTJ VOL-00207-02 PP-00781)”

Novamente, in dubio pro libertate.

A Corte Interamericana ensina que, havendo, por parte do Estado, afronta a direitos humanos, tem ele o dever de, imediatamente, fazer cessarem as consequências desta violação²³. Tendo a tortura gerado a prisão do paciente, deve ele ser posto em liberdade. Apenas assim se fazem cessar (minimamente, afora o dano psicológico e físico) as consequências da tortura sofrida.

²³ Tal como a Corte indicou, o artigo 63.1 da Convenção Americana reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Desta maneira, ao ocorrer um fato ilícito imputável a um Estado surge de imediato sua responsabilidade internacional pela violação da norma internacional em questão, com o consequente dever de reparação e de fazer cessar as consequências da violação. (*Caso do Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai*, par. 258).



Há que salientar, ainda, que o ora paciente é **primário e de bons antecedentes**, consoante indica sua folha de antecedentes criminais (doc. 12), tendo respondido **apenas ao feito ora em tela**.

Por todos estes motivos, **no julgamento do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, ora autoridade coatora, o Ministério Público Federal, em parecer lavrado pelo excelentíssimo Subprocurador-Geral da República Mario Luiz Bonsaglia (doc. 10), opinou pela revogação da prisão preventiva do ora paciente**, afirmando:

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33, CAPUT, E 35 DA LEI 11.343/06) E PORTE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO (ART. 16, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/2003). (...) PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS DE QUE O PACIENTE SOFREU AGRESSÕES. TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA. CIRCUNSTÂNCIAS APTAS A RECOMENDAR A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ART. 580 DO CPP. EXTENSÃO DO BENEFÍCIO AOS CORRÉUS NA MESMA SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL. PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, A FIM DE QUE O PACIENTE POSSA RESPONDER AO PROCESSO EM LIBERDADE, SALVO SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVER PRESO, DETERMINANDO-SE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE, EM CONTRAPARTIDA, DECRETE A(S) MEDIDA(S) CAUTELAR(ES) QUE SE MOSTRAR(EM) PERTINENTE(S), EX VIDO ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, DEVENDO, NOS TERMOS DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SER ESTENDIDA A ORDEM AOS CORRÉUS JEFFERSON LUIZ RANGEL MARCONI E RICARDO DA CONCEIÇÃO GLÓRIA.”

Mais especificamente, afirma o douto Subprocurador-Geral da República, à fls. 07 do doc. 10:

“Diante dos fortes indícios de que o paciente e demais autuados teriam sido agredidos pelos militares no momento da prisão em flagrante e, ainda, levando-se em conta a tese de negativa de autoria, além da ausência de notícia de envolvimento com delitos anteriores, tem-se que seria prudente aguardar a apuração da responsabilidade penal, com a eventual superveniência de sentença condenatória transitada em julgado ou confirmada em segundo grau, para recolhimento dos réus à prisão”.

Em verdade, em casos tais, não pode o juízo, na ordem constitucional vigente – ainda que a legislação infraconstitucional preveja diversamente – afastar-se desta conclusão.



Em primeiro lugar, se o próprio *Parquet* entende que as circunstâncias recomendam a revogação da prisão preventiva, há, no mínimo, dúvida razoável sobre o cabimento da prisão. Assim, por incidência do Princípio *In Dubio Pro Reo*, não pode ser ele mantido preso – *in dubio pro libertate*.

Além disso, pelo sistema acusatório, previsto no art. 129, I da Constituição, é o Ministério Público quem deve, de maneira independente, livre de pressões jurisdicionais, decidir se irá ao final sustentar ou não a acusação, e, conseqüentemente, quais medidas cautelares (que se destinam a assegurar sua eficácia) são necessárias ou não. **Trata-se, em verdade, além de prerrogativa ministerial, de direito do réu – o sistema acusatório é criado justamente para assegurar a imparcialidade, evitando que um órgão concentre as funções de acusar e julgar.** Assim, se a acusação se manifesta pela desnecessidade de prisão cautelar, o juízo não pode decidir diversamente, sob pena de prejudicar o direito do próprio acusado à imparcialidade.

É neste sentido a lição de Paulo Rangel:

“O artigo de lei citado deve ser confrontado com o sistema acusatório e, nesse sentido, se, efetivamente, o adotarmos em toda sua inteireza, o juiz, hodiernamente, está impedido de investigar a prova em desconformidade com o que quer o autor, sob pena de descer do ápice da pirâmide do tripé da relação jurídico-processual e se misturar com as partes, quebrando sua imparcialidade.

A investigação probatória, em nome do famigerado princípio da verdade processual, decidindo contrário ao que quer o autor, somente é válida para dar ao acusado uma sentença absolutória e livrá-lo das grades que a justiça quer lhe impor.

(...)

Não está mais autorizado o juiz a decidir, em desfavor do acusado, havendo pedido do Ministério Público em sentido contrário. O titular exclusivo da ação penal é o Ministério Público, e não o juiz. A busca da verdade, pelo juiz, compromete sua imparcialidade, na medida em que deseja decidir de forma mais severa para o acusado em desconformidade com o órgão acusador, que é quem exerce a pretensão condenatória.²⁴

Não há, portanto, no presente caso, fundamento jurídico para denegar a concessão da ordem no presente caso. O único fundamento possível perpassaria por

²⁴ *Direito Processual Penal*, pp. 67-69, 18ª edição.



desqualificar a denúncia de tortura realizada por Marcos Vinicius, como se não fosse digna de crédito, o que só poderia, por sua vez, ter por fundamento o fato de ser ele acusado de crime, de modo que sua palavra teria menor valor. Qualquer outra pessoa afirmasse, diante de um juiz, de um promotor de justiça e de um defensor público, ter sido torturada por agentes estatais, apresentando marcas de lesões variadas e comprovadas por fotos e laudos médicos, teria sua denúncia levada a sério, e não desqualificada.

Tratar-se-ia, porém, de um ciclo de afrontas aos direitos fundamentais e humanos do paciente. As forças de segurança suspeitam que o indivíduo possa ter praticado crime, então, o encaram como inimigo; conseqüentemente, como subumano; e o torturam para obter informações que corroborem a acusação. O Estado atribui valor ao suposto depoimento, como se fosse válido. O perpetrador da tortura tem a certeza de que agiu corretamente, e tornará a fazê-lo, em casos análogos.

Colha-se, novamente, a lição da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

*“No direito de gentes, uma norma consuetudinária universalmente aceita prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção, para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica em que as medidas de direito interno devem ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isto significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção.”²⁵*

Por todo o exposto, não pode prosperar a decisão da autoridade coatora, que manteve a prisão do ora paciente, ao argumento de que não fora comprovado que a tortura fora praticada por agentes estatais e, havendo dúvida quanto a isto, deveria o paciente permanecer preso.

Primeiramente, não cabe a ele provar quem foi o autor da tortura, e sim ao

²⁵ *Caso do Instituto de Reeducação do Menor vs. Paraguai*, par. 205.



Estado provar que as lesões não foram praticadas por agentes seus. Havendo dúvida, privilegia-se a liberdade e a presunção de inocência de que são titulares o paciente, e não presunção de inocência dos agentes públicos, que sequer são julgados aqui e sequer são sujeito deste processo, não podendo seus direitos serem invocados para obstar o exercício dos direitos de titularidades do acusado.

Tendo havido tortura durante a prisão em flagrante, é esta, como ato complexo, viciada, eis que ocorreu inconstitucionalidade e anticonvencionalidade na forma pela qual foi realizada. Esta antijuridicidade macula a prisão preventiva, que resulta de conversão do ato inválido.

Some-se a tudo isto o fato de que a tortura infirma o próprio *fumus comissi delicti*, eis que é inverossímil que a confissão informal que, segundo o depoimento dos agentes públicos, liga o ora paciente ao material ilícito apreendido não tenha sido obtida mediante tortura.

Sendo, assim, inconstitucional, anticonvencional e ilegal a prisão, e falecendo, ainda, *fumus comissi delicti* a sustenta-la, impõe-se o relaxamento da custódia cautelar, ou, no mínimo, sua revogação. Pugna, então, que esta Corte Constitucional conceda a ordem, para relaxar ou, ao menos, revogar a prisão cautelar do paciente.

V. DA NECESSIDADE DE VEDAÇÃO A ALUSÕES À SUPOSTA CONFISSÃO INFORMAL DO PACIENTE

Além da concessão da ordem para determinar a soltura do paciente, deve, ainda, esta Corte Suprema vedar que, no julgamento dos fatos imputados a Marcos Vinicius, venha a ser dado qualquer valor probatório a sua suposta confissão informal, aludida pelos agentes públicos, no sentido de que seria o proprietário dos entorpecentes e munições apreendidos.



Com efeito, como já indicado, existe expressiva possibilidade de que tenha sido proferida – se é que existiu – mediante tortura. Deve-se, assim, **desqualificar não a denúncia de tortura feita pelo ora paciente, mas sim desqualificar o depoimento que teria sido prestado mediante tortura, não lhe atribuindo nenhum valor**, por ter sido obtido em afronta a direitos fundamentais e humanos. É o que indicam o art. 15 da Convenção da ONU e o art. 10 da Convenção Interamericana, que preveem a chamada *regra de exclusão*:

“Artigo 15: Cada Estado Parte assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada.

Artigo 10: Nenhuma declaração que se comprove haver sido obtida mediante tortura poderá ser admitida como prova num processo, salvo em processo instaurado contra a pessoa ou pessoas acusadas de havê-la obtido mediante atos de tortura e unicamente como prova de que, por esse meio, o acusado obteve tal declaração.”

A postura contrária – atribuindo algum valor jurídico ao depoimento, para considerar verídicas as afirmações nele contidas, a despeito da forma pela qual foi obtido – acaba por enviar aos perpetradores da tortura a mensagem de que sua conduta é válida, e, mesmo, necessária à persecução penal, afinal, a confissão obtida foi empregada em processo para incriminar o réu torturado. A finalidade que motivou a prática da tortura – incriminar a vítima dos maus-tratos – foi atingida.

Com isso, viola o Estado brasileiro, não apenas sua obrigação de respeitar o direito de não ser torturado e o dever de investigar denúncias de tortura, mas também o dever de prevenir violações deste direito. Assevera a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“A Comissão [Interamericana de Direitos Humanos] concluiu que, dado que a violação faz parte de um ‘padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado’, não somente havia sido violada a obrigação de processar e condenar, mas também a de prevenir estas práticas degradantes²⁶”²⁷.

²⁶ CIDH, *Caso Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Relatório de 4 de abril de 2001, par. 56.

²⁷ *Caso González e Outras vs México*, par. 255.



É precisamente o caso do Brasil – segundo constatou a própria Corte, “de acordo com informações de órgãos estatais, a violência policial representa um problema de direitos humanos no Brasil, em especial no Rio de Janeiro”²⁸. Assim, a conduta de dar algum valor a depoimentos prestados em tais circunstâncias constitui, também, violação do dever do Estado de prevenir tais agressões.

Acrescenta, ainda, a Corte:

“A Corte tem indicado que aceitar ou dar valor probatório a declarações ou confissões obtidas mediante coação, que afetem a pessoa que a presta ou a um terceiro, constitui, por sua vez, infração a um julgamento justo”²⁹.³⁰

A Corte Europeia de Direitos Humanos, por sua vez, no julgamento de Gäfgen vs Alemanha, afirmou que, em um caso de tratamento desumano – na hipótese, ameaça de tortura, que resultou em confissão –, a mera utilização da prova tinha tornando o processo injusto, “independentemente da admissão ou não da centralidade de tal evidência para a condenação”³¹.

A conduta consentânea com a jurisprudência internacional, ao revés, é, no mínimo, considerar que o depoimento foi – se é que existiu – obtido de maneira ilícita, porque em afronta a normas internacionais e internas de proteção aos direitos humanos em geral e, em particular, do direito a não ser submetido a torturas. **Como depoimento com origem ilícita, não pode ter nenhum valor processual penal**, a teor da Constituição Federal:

“Art. 5º: (...)

LVII - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

²⁸ *Caso Favela Nova Brasília vs Brasil*. Exceções Preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017, par. 102.

²⁹ *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de novembro de 2010, par. 167.

³⁰ *Caso Juan García Cruz e Santiago Sánchez Silvestre vs. México*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 26 de novembro de 2013, par. 58. No mesmo sentido, na Corte Europeia de Direitos Humanos, *Caso El Haski vs. Bélgica*, App N°649/08 (25 de setembro de 2012), § 85.

³¹ FOLEY, Conor. Op. cit., p. 99.



Noutros termos, tendo o suposto depoimento do ora paciente, em que confessaria a posse das mochilas e dos bens ilícitos nelas contidos, sido obtido após tortura sofrida por ele, não pode ser considerado como prova válida a incriminá-lo, sob pena de afronta à Constituição, à dignidade humana e às convenções internacionais de que o Brasil é signatário.

A cada vez que se ignora denúncia de tortura, e se considera válido um depoimento obtido mediante tortura, se vulnera o direito à justiça, se retroalimenta a prática ilícita, e se revitimiza a pessoa que sofreu a tortura. Explica a Corte:

“Com efeito, a Comissão argumentou que ‘o dano psicológico causado pelas torturas se viu exacerbado pela rejeição de suas denúncias perante o Poder Judiciário.’ (...) Em vista disso, a Corte considera que a falta de resposta judicial afetou a integridade pessoal do senhor Bueno Alves, o que torna o Estado responsável pela violação do direito contemplado no artigo 5.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento da vítima.”³²

Ainda que, desconsiderando todos estes argumentos, se entendesse que poderia a tortura – que é inconteste – ter ocorrido após a confissão, como castigo, verifica-se que, ainda assim, a suposta confissão é nula.

Com efeito, dispõe o art. 5º, LXIII da Constituição que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Assim, ainda sem as agressões comprovadamente sofridas pelo paciente, ou ainda que tivessem ocorrido após a suposta confissão, como castigo, esta já seria inválida, porque obtida em afronta ao direito ao silêncio e ao direito a entrevista prévia e reservada com um defensor ou advogado. Explica a Corte Interamericana:

“Por outro lado, [a Corte] estabeleceu que ‘o direito à defesa deve poder exercer-se desde que se aponta uma pessoa como possível autor ou partícipe de um fato punível, e só se encerra quando finalizado o processo. (...) O direito à defesa obriga o Estado a tratar o indivíduo, a todo momento, como um verdadeiro sujeito do processo, no mais amplo sentido deste conceito, e não simplesmente como um objeto

³² Caso *Bueno Alves Vs Argentina*, par. 92-95.



*do mesmo*³³. Da mesma forma, também determinou este Tribunal que ‘impedir que a pessoa exerça seu direito de defesa desde que se inicia a investigação contra si e a autoridade determina ou executa atos que implicam a afetação de direitos seus significa potencializar os poderes investigativos do Estado em prejuízo dos direitos fundamentais da pessoa investigada’³⁴. Analogamente, a Corte expressou que o artigo 8.2.b da CADH se aplica inclusive antes de ser formulada uma ‘acusação’ em sentido estrito. Para que o aludido artigo satisfaça os fins que lhe são inerentes, é necessário que a notificação ocorra previamente a que o acusado dê sua primeira declaração³⁵ perante qualquer autoridade pública³⁶’.

Dessa forma, mesmo que não houvesse ainda o processo, no momento em que foi *abordado* pelos agentes estatais, o ora paciente já tinha direito à defesa, e deveria ter sido alertado imediatamente de que não era obrigado a prestar *quaisquer* declarações, nem fazê-lo sem um advogado ou defensor público presente – isto não seria admissível num processo penal instaurado, e não deve sê-lo na fase pré-processual, em que não há, ainda, acusação formal, mas já há, de todo modo, acusação de prática de crime

Noutros termos, então, assim que revistado – antes de passar pelo local em que as mochilas supostamente estariam –, Marcos Vinicius tinha de ter sido alertado de que tinha o direito de não se manifestar sobre nada, e de só fazer qualquer afirmação na presença de advogado ou defensor público. Sem isso, eventual confissão realizada é nula.

É neste sentido, evidentemente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. (...) II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III.

³³ *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17 de novembro de 2009, par. 29; *Caso J. vs. Peru*. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 27 de novembro de 2013, par. 194.

³⁴ *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, par. 29; e *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, par.154.

³⁵ *Caso Tibi vs. Ecuador*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 7 de setembro de 2004, par. 187, e *Caso J. vs. Peru*, par. 195.

³⁶ *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, par. 30, e *Caso J. vs. Peru*, par. 195.



Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub- reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. O privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. (...) V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). (...) HC 80949, Relator(a): Min. SEPULVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/10/2001, DJ 14-12-2001

Sem questionar o conteúdo do depoimento dos agentes públicos (doc. 5), é evidente que tal alerta, aqui, não foi realizado por eles – primeiramente, não narram tê-lo feito, e, além disso, Marcos Vinicius não tinha qualquer motivo para confessar a propriedade de bens supostamente contidos em mochilas que teriam sido localizadas longe – segundo os próprios agentes – do local em que foi abordado. Se é que as mochilas foram mesmo encontradas da forma narrada, é evidente que o paciente não afirmou, *do nada*, “é minha” – isto seria inverossímil –, e sim que, no mínimo, os agentes públicos lhe indagaram se era sua, e ele, sem alerta do direito ao silêncio, respondeu afirmativamente.

O prejuízo ao paciente decorrente de tal afronta é evidente, eis que denunciado por três crimes em razão disto, considerando que o único *indicativo* de que seria o proprietário das drogas e munições é este, já que não apreendidos em seu poder.

Não se pode, então, atribuir qualquer valor probatório contra o ora paciente a esta suposta confissão informal – ou foi obtida mediante tortura, ou, no mínimo, com afronta ao direito ao silêncio.

Impõe-se, então, a concessão da ordem, para vedar aos órgãos *ad quem* que



considerem a suposta confissão informal como argumento – mesmo que *obiter dictum* – a embasar sentença contra o paciente. O julgamento contra ele deverá se dar ignorando completamente esta suposta confissão, com base apenas nas provas que existirem para além dela.

VI. DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO LIMINAR DA ORDEM

A concessão de liminar em *habeas corpus* exige a presença de plausibilidade jurídica do pedido e risco na demora em sua apreciação.

O pedido de relaxamento ou, ao menos, revogação da custódia cautelar possui largo amparo jurídico, já explicitado – a prisão é inconstitucional, anticonvencional e ilegal, eis que ocorreu tortura em um dos momentos da prisão em flagrante, o que macula a forma de sua realização, tornando-a nula (a forma não observou o ordenamento). Isto macula a prisão preventiva, que decorreu de conversão daquela. Além disso, a tortura retira o *fumus comissi delicti*. O paciente é, ainda, **primário e de bons antecedentes**.

Saliente-se que as lesões são provadas por prova pré-constituída, e o fato de não terem seus perpetradores ainda sido cabalmente condenados com trânsito em julgado não pode ser usado para obstar a concessão da ordem – tratar-se-ia de fazer prevalecer o direito à presunção de inocência dos agressores, que sequer são parte deste processo, sobre o direito à presunção de inocência e a não ser vítima de tortura do ora paciente. Havendo dúvida, deve-se decidir em favor de sua liberdade.

Por fim, impende consignar que **o próprio Ministério Público em atuação junto ao Superior Tribunal de Justiça, ora autoridade coatora, entendeu que, em virtude das circunstâncias supra-aludidas, deveria a ordem ser concedida**, para pôr o paciente em liberdade, até o trânsito em julgado da sentença.



O risco na demora, por outro lado, é evidenciado pelo fato de o paciente encontrar-se preso – cada minuto em que um indivíduo permanece recluso nas masmorras que são as prisões do Estado, e indevidamente, o expõe a estado de coisas inconstitucional, conforme já reconhecido por esta Corte Constitucional. Torna-o, ainda, vulnerável ao poder dos integrantes de organizações criminosas reclusos em tais estabelecimentos e, em troca de proteção, podem fazer um indivíduo parte da organização criminosa, que até então não integrava. Mais seguro não apenas para o indivíduo, mas para a própria sociedade é que ele aguarde sua sentença em liberdade, cumprindo ou não cautelares alternativas à prisão.

Dessa forma, pelo exposto, deve ser concedida medida liminar para que o paciente aguarde o julgamento final do presente *writ* em liberdade, com ou sem a imposição de cautelares alternativas à prisão.

VII. CONCLUSÃO

Em face do exposto, requer, liminarmente e sem prévia oitiva da autoridade coatora, consubstanciado o constrangimento ilegal e a urgência manifesta, **seja o paciente posto em liberdade, impondo-se ou não cautelares alternativas à prisão, conforme o que se entenda mais apropriado, permitindo-lhe que aguarde em liberdade o julgamento do mérito da presente impetração – conforme, inclusive, se manifestou a acusação, pelo Ministério Público em atuação perante o Superior Tribunal de Justiça.**

No mérito, pugna seja **confirmada a medida liminar pleiteada e seja reconhecido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença** no processo criminal de origem, **além de se conceder a ordem para vedar que a suposta confissão informal, que teria sido realizada por ele por ocasião de sua prisão, seja utilizada para fundamentar, mesmo que de maneira *obiter dictum*, sentença contra si, impondo-se que o julgamento seja realizado sem qualquer consideração a isto.**



Nestes termos, pede-se deferimento.

Rio de Janeiro, 09 de julho de 2019.

FABIO AMADO DE SOUZA BARRETTO

Defensor Público

Mat. 877395-4

MARIANA CASTRO DE MATOS

Defensora Pública

Mat. 3089313-5

CARLA VIANNA LIMA

Defensora Pública

Mat. 836298-0

DANIEL LOZOYA CONSTANT LOPES

Defensor Público

Mat. 949550-8

LÍVIA MIRANDA MÜLLER DRUMMOND

CÁSSERES

Defensora Pública

Mat. 3032140-2

PEDRO PAULO LOURIVAL CARRIELLO

Defensor Público

Mat. 820959-5

Impresso por: 032.286.417-83 HC 173456
Em: 16/07/2019 - 15:12:03



ÍNDICE DE DOCUMENTOS QUE INSTRUEM A IMPETRAÇÃO

- 1) **Fotografias do paciente tiradas em sua apresentação em audiência de custódia:**
 - a) 1ª, 2ª, 5ª, 6ª, 8ª e 12ª fotos estampam ferimentos na testa de Marcos Vinicius;
 - b) 3ª, 4ª, 9ª e 10ª fotos revelam ferimentos na coxa e no joelho de Marcos Vinicius;
 - c) 7ª foto revela hematoma na nuca de Marcos Vinicius;
 - d) 9ª e 11ª fotos indicam corte na mão de Marcos Vinicius;
- 2) **Termo de Entrevista de Marcos Vinicius, prestada na audiência de custódia;**
- 3) **Assentada da audiência de custódia**, ocorrida na Central de Audiências de Custódia da Capital – Estado do Rio de Janeiro;
- 4) **Exame de Integridade Física** de Marcos Vinicius, realizado pelos médicos da Central de Audiências de Custódia;
- 5) **Termos de declarações dos agentes públicos** que efetuaram a prisão em flagrante de Marcos Vinicius, prestados no auto de prisão em flagrante (APF) lavrado pela Central de Garantias Norte, delegacia da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro;
- 6) **Acórdão da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, proferido no julgamento do *Habeas Corpus* 0047314-10.2018.8.19.0000;
- 7) **Acórdão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça**, proferido no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.483.901-RJ (2018/0333168-0);
- 8) **Matéria jornalística publicada na Revista Época** n. 1064, de 19/11/2018 (fls.48/56), intitulada “*De Mãos Atadas – Relatos de Tortura na Intervenção do Rio*”;
- 9) **Matéria jornalística publicada no Jornal Extra** em 06/02/2019, disponível em <https://extra.globo.com/casos-de-policia/mais-presos-denunciam-justica-tortura-na-sala-vermelha-de-quartel-no-rio-23431372.html> (acesso em 08/07/2019);
- 10) **Parecer do Ministério Público Federal** perante o Superior Tribunal de Justiça, apresentado nos autos do julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* n.483.901-RJ (2018/0333168-0), pugnando pela concessão parcial da ordem;
- 11) **Denúncia** ofertada perante a 23ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro;
- 12) **Folha de Antecedentes Criminais (FAC) de Marcos Vinicius.**