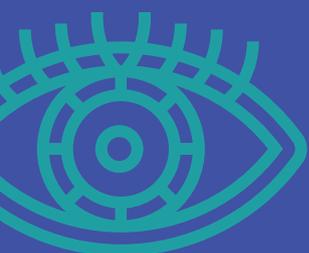
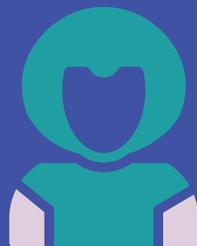
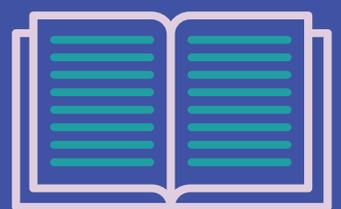
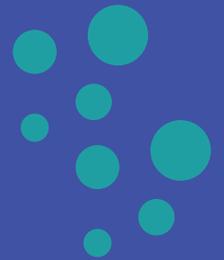


MANUAL DE DIRETRIZES PARA DEFESA EFETIVA EM AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA



FINANCIAMENTO Lafer

REALIZAÇÃO Instituto Pro Bono

DIRETORIA EXECUTIVA Marcos Fuchs

EDITORAS Luísa Plastino e Surrailly Fernandes Youssef

COEDITORIA Rebecca Groterhorst

REVISÃO Alexandre Gonçalves Jr, Gustavo Antonio, Lorraine Carvalho Silva,
Otávio Constantino, Renata Gomes e Renata Oliveira

REVISÃO ORTOGRÁFICA Tatiane Ivo

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO Danilo de Paulo e Débora De Maio **ÍCONES** Noun Project

ISBN 978-65-86444-00-1



— O QUE É O INSTITUTO PRO BONO?

O Instituto Pro Bono foi fundado em 2001 com a missão de promover o acesso de populações vulneráveis e de organizações da sociedade civil à justiça, por meio do estímulo à advocacia voluntária e ao intercâmbio de conhecimentos jurídicos.

Após um longo período de campanha de *advocacy* da causa, a advocacia pro bono foi liberada em nível nacional por meio da aprovação do Novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil e do Provimento 166, de 2015, que regulamentou o exercício dessa prestação de serviços jurídicos a organizações sem fins lucrativos e pessoas físicas.

É importante ressaltar que o Brasil sempre apresentou uma restrição singular em relação à advocacia pro bono, o que acabou por impactar sua institucionalização e a própria prática. Contudo, o novo contexto de liberação dessa atividade passou a permitir a execução e implementação de muitos outros projetos.

Diante disso, o Instituto Pro Bono vem desenvolvendo distintos projetos, em diversas frentes, para a promoção do acesso de populações vulneráveis à justiça, atuando também na defesa dos direitos humanos de pessoas encarceradas ao realizar audiências de custódia por meio de seu corpo de voluntários(as) na Comarca de Itapeçerica da Serra.

— O QUE É O PROJETO AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DO INSTITUTO PRO BONO?

O Projeto Audiência de custódia do Instituto Pro Bono foi idealizado para prestar assistência jurídica voluntária e gratuita a pessoas presas em flagrante, que não contam com recursos financeiros para pagar os custos de um(a) advogado(a).

O Instituto Pro Bono atuou, de dezembro de 2016 a dezembro de 2018, realizando audiências de custódia na Comarca de Itapecerica da Serra, às terças e quintas-feiras, por meio de um Acordo de Cooperação com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Esse projeto não seria possível sem a dedicação de cerca de cem advogados(as) voluntários(as) vinculados(as) que contribuíram com essa ação, realizando audiências e redigindo *habeas corpus*.

Importante mencionar que as audiências de custódia em Itapecerica da Serra foram implementadas em maio de 2016, como parte do projeto de expansão e interiorização das audiências do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

Destaca-se que tais audiências são realizadas pela vara de plantão, com juízes(as) e promotores(as) rotativos(as), e os flagrantes recebidos são encaminhados de diversas cidades da região, como Itapecerica da Serra, Vargem Grande Paulista, Itapevi, Embu-Guaçu, Embu das Artes, Juquitiba, Cotia e Taboão da Serra.

A comarca também não conta com atuação direta da Defensoria Pública. Assim, a assistência jurídica gratuita é prestada majoritariamente por advogados(as) dativos(as) inscritos(as) no Convênio da Ordem dos Advogados do Brasil com a Defensoria Pública do Estado. E agora com os advogados(as) voluntários(as) do Projeto Audiência de custódia.

Até dezembro de 2018, o Instituto Pro Bono realizou a defesa de 1.129 pessoas presas em flagrante.

_ SUMÁRIO

1_	O QUE É AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E POR QUE ESSE MANUAL EXISTE?	6
2_	ATENDIMENTO ÀS PESSOAS PRESAS EM FLAGRANTE E ESTRATÉGIAS PARA UMA DEFESA EFETIVA	17
3_	INDIVIDUALIDADES E DISCRIMINAÇÕES NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	47
	Gênero e audiência de custódia	49
	Pessoas com deficiência e doenças graves	55
	Pessoas idosas	57
	População em situação de rua	58
	Pessoas migrantes	61
	Articulação com redes socioassistenciais	63
4_	AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO ESPAÇO PARA VERIFICAR TORTURA, VIOLÊNCIA E MAUS TRATOS	66
5_	COMPILADO DE JURISPRUDÊNCIA, LEITURA E TESES DE DEFESA DO INSTITUTO PRO BONO	72

O QUE É AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



1_POR QUE ESTE MANUAL EXISTE?

É comum no meio jurídico que advogados(as) considerem a audiência de custódia uma audiência fácil, que não exige um preparo, conhecimento ou uma formação específica.

Acreditar nisso é desconsiderar o fato de essas audiências serem a porta de entrada para o sistema prisional, no qual se pode enfrentar violências e torturas perpetradas por autoridades policiais.

É pela possibilidade de a audiência de custódia ser um instrumento mobilizador na redução do encarceramento provisório no Brasil que o Instituto Pro Bono, ao longo do Projeto Audiência de custódia, buscou repensar o papel do(a) advogado(a) na realização de uma defesa criminal efetiva, norteadas pela perspectiva de direitos humanos, auxiliando, por exemplo, nos encaminhamentos destinados à investigação de casos de violência contra pessoas acusadas e consideradas suspeitas.

Nessa proposta, a assessoria jurídica gratuita, seja ela pro bono, ou realizada por meio de advogados(as) dativos(as) ou de defensores(as) públicos(as), não deve ser entendida como filantropia, mas sim como um direito. Isso implica em uma série de responsabilidades à defesa, como a garantia do direito à informação para pessoas presas e suas famílias, ampliação dos espaços de participação da pessoa atendida na formulação das estratégias jurídicas e mobilização dos conhecimentos técnicos.

Nesse cenário, a defesa técnica é um importante instrumento a ser articulado pelos(as) advogados(as), pois ela abre espaços para uma autodefesa e permite construir orientações jurídicas claras sobre as consequências da prisão.

Ademais, diante de uma política sistemática de encarceramento em massa de pessoas negras e pobres, advogados(as) têm o importante papel de enfrentar o sistema de justiça criminal, marcado não apenas por uma cultura punitivista, mas também de seletividade racista e classista, que igualmente legitima ilegalidades praticadas pelas autoridades policiais no momento das prisões em flagrante.

São esses os pressupostos orientadores da construção do *Manual de diretrizes para uma defesa efetiva nas audiências de custódia*.

Cabe ressaltar que as diretrizes desenvolvidas pelo Instituto Pro Bono são decorrentes de uma atuação prática de advogados(as) voluntários(as) vinculados(as) ao Projeto Audiência de custódia, que possibilitou o desenvolvimento de diferentes estratégias para a garantia da liberdade de pessoas presas em flagrante ou de tensionamento do sistema de justiça criminal. Algumas das reflexões e conhecimentos aqui presentes também são resultado de discussões sobre estratégias jurídicas entre os(as) advogados(as) pro bono, bem como das atividades de formação realizadas com defensores(as) públicos(as), advogados(as) criminalistas, pesquisadores(as), acadêmicos(as) e ativistas da sociedade civil.

As orientações descritas neste manual não pretendem ser um roteiro fixo, mas sim uma contribuição para aprimorar o trabalho de advogados(as) e defensores(as) que atuam em audiências de custódia. Em outras palavras, as estratégias jurídicas aqui expostas não são exaustivas. Desse modo, cabe a cada profissional, com o auxílio dessas estratégias e considerando as diferentes dinâmicas e realidades das audiências de custódia no Brasil, repensar suas práticas e propor novas formas de atuação.

Sabemos do enorme desafio que é garantir direitos das pessoas em contato com a justiça criminal. Assim, esperamos que este manual trace caminhos para o enfrentamento das desigualdades no acesso à justiça.

2_ DEFESA CRIMINAL EFETIVA NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

2.1_CONTEXTO NORMATIVO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA¹

Antes da implementação das audiências de custódia, uma pessoa acusada de um crime era ouvida em audiência pela primeira vez meses após a sua prisão. Nesses longos meses que sucediam à detenção, o(a) acusado(a) permanecia sem contato com o defensor(a) público(a) responsável pela sua defesa, caso dependesse da assistência jurídica gratuita oferecida pelo Estado, e também sem contato com o aparato judicial. Sem informações sobre a situação processual e até mesmo sobre a própria prisão, a pessoa acusada estava privada inclusive do efetivo acesso à justiça.

A audiência de custódia é o instrumento que garante a apresentação sem demora de toda pessoa detida ou retida a um(a) juiz(a). Tal previsão está estabelecida no art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos (OEA), e no art. 9 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da Organização das Nações Unidas (ONU), ambos ratificados pelo Brasil em 1992. A partir desse momento, o Brasil assumiu internacionalmente o compromisso de adequar suas normas internas para que a prisão em flagrante passasse por um controle judicial.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 5º, incisos LXV e LXVI, o relaxamento da prisão ilegal pela autoridade judiciária e a garantia de que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

O Código de Processo Penal, no entanto, limitava os entendimentos internacional e constitucional, uma vez que em seu art. 306 determinava apenas a apresentação do auto de prisão em flagrante a um(a) juiz(a) em até 24 horas após a prisão. Diante dessa incompatibilidade, o Senado Federal propôs, em 2011, o Projeto de Lei (PL) nº 544, que prevê expressamente a apresentação do preso perante o juiz em até 24 horas após a prisão em flagrante para a realização da audiência de custódia.

¹ Fontes utilizadas: Informativo Rede de Justiça Criminal, Edição nº 05, 2013; Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento, Ministério da Justiça e Departamento Penitenciário Nacional, Brasília, 2016; Relatório Um ano de Audiência de Custódia no Rio de Janeiro, Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2016. Site do Conselho Nacional de Justiça; Relatório Liberdade em foco: o fim da liberdade, IDDD, 2019.

Mesmo sem a aprovação do PL nº 544/2011, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou, em fevereiro de 2015, o projeto Audiência de custódia. Anteriormente, apenas o Estado do Maranhão havia adotado as audiências de custódia, em um projeto piloto em outubro de 2014, após recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) na medida provisória referente ao Complexo Prisional de Pedrinhas.

O primeiro estado do País a aderir ao projeto do CNJ foi São Paulo, que por meio do Provimento Conjunto nº 03/2015, publicado pelo Tribunal de Justiça (TJ-SP), iniciou o projeto piloto no Fórum Criminal da Barra Funda. O projeto do CNJ enfrentou grandes resistências, principalmente da Associação Paulista do Ministério Público e da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, os quais ajuizaram ações no Supremo Tribunal Federal (STF) para tentar barrar a implantação das audiências de custódia.

O STF, por sua vez, definiu na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 a adoção das audiências de custódia em todo o País no prazo de 90 dias, contados a partir da publicação da decisão. Diante dessa importante determinação, o CNJ apresentou a Resolução 213/2015, que tem por objetivo regular a apresentação das pessoas presas à autoridade judicial, em consonância com o que estava também determinado em tratados internacionais².

De acordo com essa Resolução, o(a) juiz(a) deve esclarecer à pessoa presa o que é a audiência de custódia, quais são os direitos dela – como, por exemplo, permanecer em silêncio, consultar-se com advogado(a), ser atendida por um médico(a) e comunicar-se com seus familiares –, assegurar que não esteja algemada e indagar sobre as circunstâncias da sua prisão – tratamento recebido e ocorrência de tortura e maus tratos. Além disso, é obrigação do(a) juiz(a) averiguar e motivar suas decisões baseando-se nas condições do(a) preso(a) em flagrante, tais como gravidez, existência de filhos, histórico de doenças, transtornos e dependência química, procedendo, se necessário, o encaminhamento assistencial.

No entanto, importante mencionar que apesar do CNJ ter regulamentado as audiências de custódia em uma Resolução, elas ainda não tinham sido estabelecidas em normativas específicas, aprovadas pelo Legislativo.

Várias discussões de projetos de lei pretendiam transformar o ato de apresentação da pessoa custodiada a um(a) juiz(a) em videoconferência, como ocorreu nos debates acerca da reforma do Código de Processo Penal, no PL nº 8.045/2010. Foi discutida até mesmo a possibilidade de sustar integralmente a Resolução 213/2015 do CNJ, proposta pelo Projeto de Decreto Legislativo (PDC) 317/2016, de autoria do deputado Eduardo Bolsonaro. As audiências de custódia também

2

A ausência de uma lei que regule as audiências de custódia ainda gera insegurança jurídica a respeito de sua institucionalização no Brasil, bem como da uniformização de seu rito.

foram discutidas pelo PL nº 10.372/2018 e o PL nº 882/2019, os quais foram apensados entre si e tramitaram juntos até perderem o objeto em razão da aprovação da Lei 13.964/19.

Como menciona o relatório do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), apesar da importância das audiências de custódia para a redução do encarceramento em massa e para o combate a violações de direitos, as propostas discutidas demonstram que elas são ainda vistas por grande parte dos atores, como Magistratura e Ministério Público, como uma etapa descartável do processo.

A aprovação da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), em 24 de dezembro de 2019, trouxe uma série de inovações em relação à audiência de custódia. Essa lei alterou diversos dispositivos da legislação penal e processual penal, passando a regulamentar a audiência de custódia nos artigos 287 e 310. Apesar da recente regulamentação na legislação processual penal, a audiência de custódia continua a ser objeto de diversas propostas que buscam retirá-la da legislação processual penal ou mesmo alterar a sua forma, prevendo a possibilidade de realização por meio videoconferência.

De acordo com a redação atual do artigo 287 do Código de Processo Penal, aquele que for preso em razão do cumprimento de mandado de prisão, também deverá passar por audiência de custódia, a ser realizada pelo juiz que decretou a prisão.

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.

Como é possível notar, a atual legislação não limita a audiência de custódia à prisão em flagrante, mas permite a sua realização em outros tipos de prisões cautelares. Portanto, em outras prisões cautelares, a pessoa presa terá oportunidade de ser ouvida em juízo, quando então o(a) juiz(a) analisará a necessidade de manutenção ou não da prisão.

Já o art. 310 do Código de Processo Penal, sedimentou e regulamentou a audiência de custódia após a prisão em flagrante, devendo tal audiência ser realizada em até 24 horas após o flagrante. Os parágrafos contidos no art. 310 estabelecem alguns procedimentos a serem realizados nas audiências de custódia.

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente : I - relaxar a prisão ilegal; II - converter a prisão em

flagrante em preventiva (...); III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva." (NR).

É importante observar que a atual legislação prevê que, a autoridade que deu causa à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido, ou seja, em até 24 horas do flagrante, sem que haja justificativa plausível, pode responder administrativa, civil e penalmente pela omissão. O prazo de 24 horas deve ser respeitado tanto na prisão em flagrante quanto na prisão decorrente de mandado (art. 287, CPP).

O art. 310, § 4º prevê o relaxamento da prisão em flagrante se o custodiado for apresentado após as 24 horas. No entanto, pode o juiz imediatamente decretar a prisão preventiva, se assim entender cabível. Neste caso, caberá ao advogado(a) ingressar com os recursos cabível para requerer a liberdade da pessoa presa.

Portanto, como regra, a audiência de custódia deve ser realizada presencialmente. A positivação da audiência de custódia tem trazido alguns questionamentos e necessita de algumas adequações, mas cumpre ressaltar que sua previsão na legislação foi um avanço na consolidação e segurança jurídica do instituto no país.

Exatamente por isso, deve-se aprimorar e fortalecer as audiências de custódia, demonstrando como esse mecanismo oferece possibilidades para a diminuição do encarceramento provisório, ao proporcionar o contato pessoal e direto da pessoa presa com os atores do sistema de justiça, em especial com a defesa. É dessa forma que é possível visualizar as ilegalidades da prisão em flagrante, assim como as condições individuais que tornam ainda mais desproporcional a aplicação dessa prisão.

2.2_PRERROGATIVAS DE DEFESA

No caso, também não existe nenhuma má consciência: a defesa penal é conflitual – e o acusado só tem o Defensor para enfrentar os recursos humanos e tecnológicos do aparelho repressivo do Estado. Saber disso pode fazer grande diferença na defesa criminal.

Juarez Cirino

O direito à ampla defesa está previsto no rol das garantias constitucionais (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal) e implica nas dimensões de autodefesa do(a) acusado(a) e de defesa técnica do(a) defensor(a). Para que possam atuar de modo a garantir a ampla defesa das pessoas presas em flagrante nas audiências de custódia, é essencial que advogados(as) tenham respeitadas suas prerrogativas, previstas nos artigos 6º e 7º da Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, e que apresentam também matriz constitucional. Somente no exercício das prerrogativas é possível praticar a advocacia de forma autônoma e independente.

O exercício da advocacia, seja ela voluntária, seja ela remunerada, exige responsabilidades por parte da defesa em relação às pessoas atendidas. Tais responsabilidades são derivadas também dos direitos à ampla defesa e ao acesso à justiça.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil prevê uma série de deveres aos(às) advogados(as) com o intuito de contribuir para a solução dos problemas de cidadania e efetivação dos direitos individuais, coletivos e difusos, dando destaque à defesa dos necessitados. Da mesma forma, o documento referente aos Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados da Organização das Nações Unidas³ determina expressamente, em seu artigo 14, que esses profissionais devem

respeitar os direitos do homem e as liberdades fundamentais reconhecidas pelo direito nacional e internacional, e devem, em todo o momento, atuar com liberdade e diligência, em conformidade com a lei e com as normas e regras deontológicas reconhecidas da sua profissão.

No entanto, é comum que, em razão do grande número de audiências a serem realizadas e de uma suposta necessidade de garantir a segurança do fórum, diversas prerrogativas sejam preteridas, como o direito à entrevista prévia e reservada sem limitação prévia do tempo de conversa. Por isso, é essencial que, em caso de violação das prerrogativas profissionais da advocacia, seja requerida pelo(a) advogado(a) a inclusão do acontecido na ata da audiência,

³ O documento completo se encontra disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev23.htm>. Acesso em: 13 set. 2019.

para que seja possível contestar a referida violação em eventuais recursos. Além disso, é importante que, em situações extremas, a Comissão de Direitos e Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil seja contatada para que tome as medidas cabíveis.

Diante do exposto, listamos abaixo algumas prerrogativas que podem e devem ser mobilizadas pela defesa.

Respeito das autoridades judiciais e membros do Ministério Público aos(as) advogados(as) em exercício

O artigo 6º da Lei nº 8.906/1994 prevê que não há hierarquia nem subordinação entre advogados(as), magistrados(as) e membros do Ministério Público, e todos devem ser tratados com consideração e respeito recíprocos.

Direito à entrevista prévia e reservada com a pessoa presa em flagrante

Esse direito deriva não apenas da Lei nº 8.906/1994, mas também da Resolução nº 213/2015 do CNJ. Não há nada na lei que limite um tempo máximo para a entrevista prévia, que deve durar o tempo necessário para garantir os direitos da pessoa presa à ampla defesa e ao acesso à justiça. Além disso, o artigo 7º, III, da Lei nº 8.906/94 prevê que é direito do advogado(a) comunicar-se com seus(suas) clientes, reservadamente, ainda que sem procuração, quando estes(as) se acharem presos(as), detidos(as) ou recolhidos(as) em estabelecimentos civis ou militares, mesmo sendo considerados incomunicáveis.

O artigo 6º da Resolução 213/2015 do CNJ determina que

antes da apresentação pessoal da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado(a) por ela constituído(a) ou defensor(a) público(a), sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário(a) credenciado(a) os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia.

Ademais, o Protocolo II da Resolução 213/2015 do CNJ entende que, para garantir uma adequada oitiva dos casos de tortura, “a pessoa custodiada deve estar sempre acompanhada de advogado ou defensor público, assegurando-lhes entrevista prévia sigilosa, sem a presença de agente policial e em local adequado/reservado, de modo a garantir-lhe a efetiva assistência judiciária”.

Questões de Ordem

De acordo com o artigo 7º, X, da Lei nº 8.906/1994, o(a) advogado(a) poderá “usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influenciam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas”. Isso significa que, em caso de discriminações em relação à pessoa presa durante a audiência, perguntas que entrem excessivamente no mérito ou busquem autoincriminar o(a) custodiado(a) podem ser questionadas pela defesa.

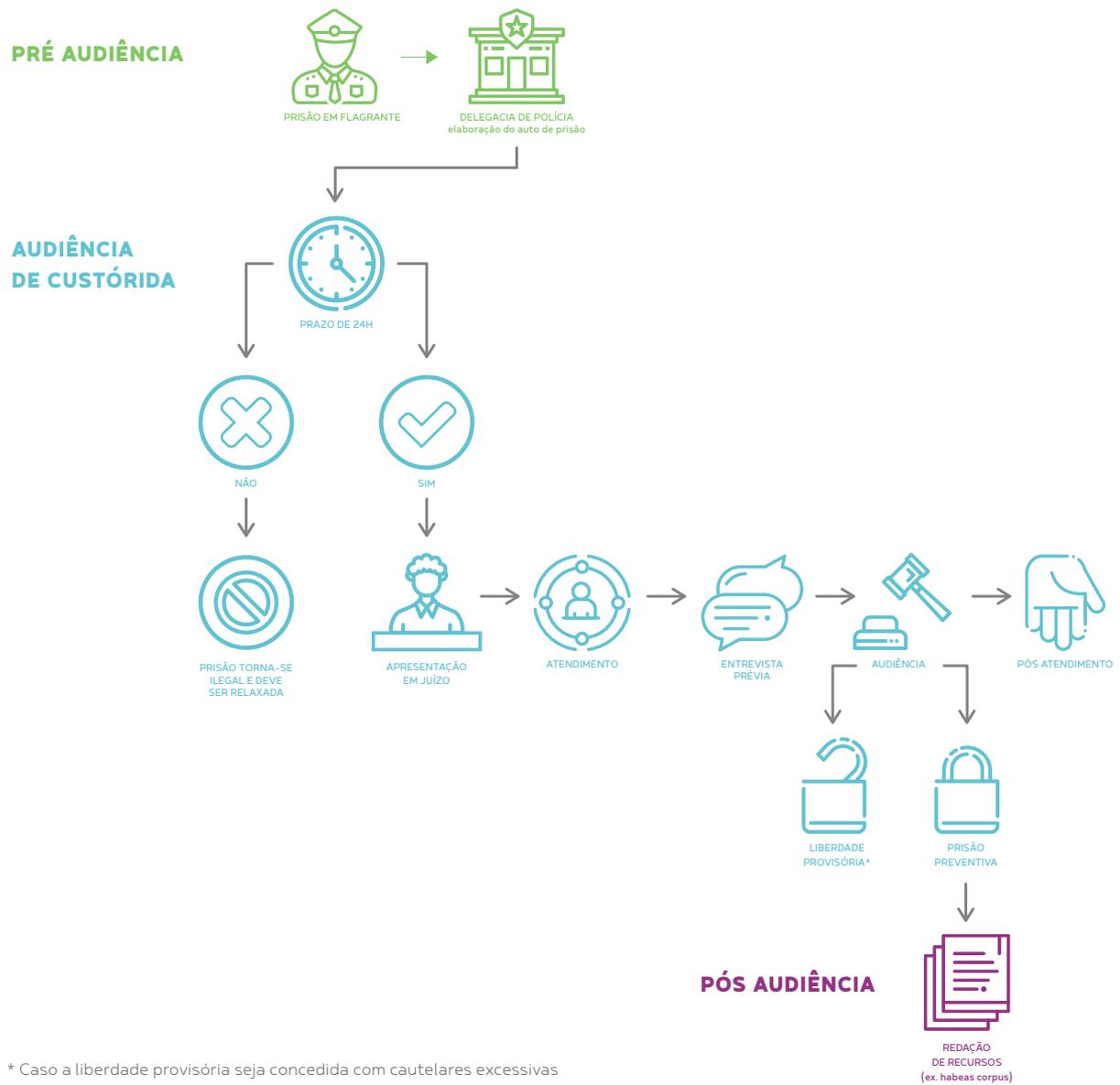
Acesso às folhas de antecedentes criminais, ao auto de prisão em flagrante e à mídia da audiência

Para que possa realizar uma defesa criminal verdadeiramente efetiva, o(a) advogado(a) deve ter acesso a todos os documentos relativos à prisão em flagrante, tanto para realização da audiência como para eventuais recursos. Muitas vezes, a defesa não tem acesso de antemão às folhas de antecedentes criminais, especialmente quando a audiência não é realizada pela Defensoria Pública, sendo importante exigir o direito à consulta antes da realização do ato judicial.

O artigo 7º, XIII, da Lei nº 8.906/1994 estabelece esse direito ao determinar que o(a) advogado(a) pode examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de prisão em flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Igualmente, o princípio 21 dos Princípios Básicos Relativos à Função de Advogado das Nações Unidas determina que as autoridades competentes têm a obrigação de assegurar que os advogados tenham acesso à informação, aos arquivos e documentos pertinentes que estejam em seu poder ou sob o seu controle, com antecedência suficiente para que estes possam prestar uma assistência jurídica eficaz aos seus clientes. Esse acesso deve ser facultado ao(à) advogado(a) o mais rapidamente possível.

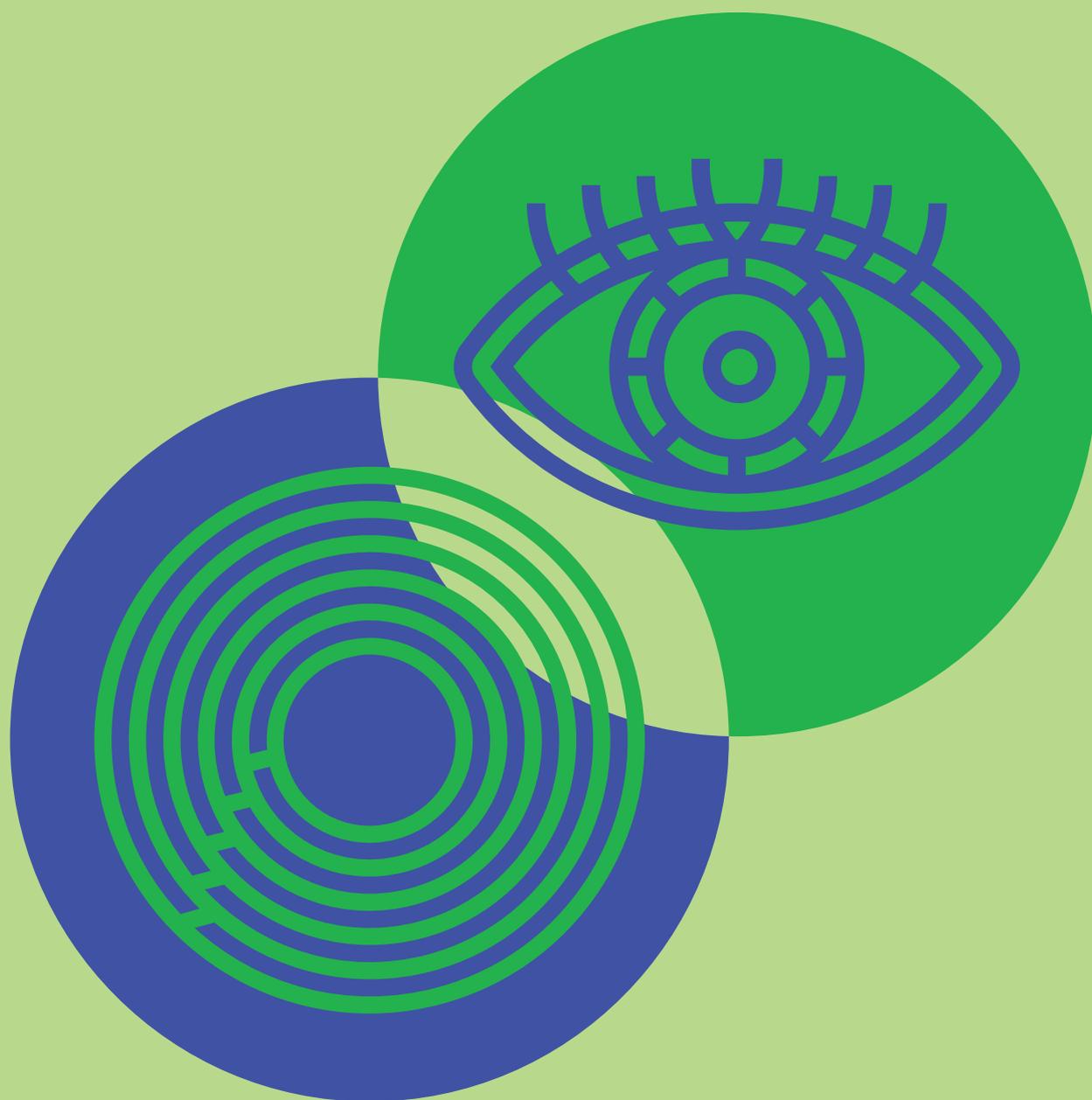
2.3_DINÂMICA DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA



* Caso a liberdade provisória seja concedida com cautelares excessivas ou que não podem ser cumpridas, como, por exemplo, o pagamento de fiança, também caberá recurso com o fim de afastar a cautelar

FONTE: IMAGEM ELABORADA PELO INSTITUTO PRO BONO

ATENDIMENTO ÀS PESSOAS
PRESAS EM FLAGRANTE E
ESTRATÉGIAS DE DEFESA



3_ ATENDIMENTO ÀS PESSOAS PRESAS EM FLAGRANTE: ATIVIDADE ESSENCIAL PARA UMA DEFESA EFETIVA

O acesso à justiça de pessoas privadas de liberdade não se limita a uma defesa técnica adequada, da mesma forma que o respeito às garantias processuais não se restringe aos procedimentos da audiência ou da decisão judicial.

O acesso aos direitos mais básicos, como o direito à informação, o direito ao silêncio e o direito à assistência jurídica gratuita, deve ser garantido desde que uma pessoa é presa ou detida pelo Estado. Por isso, o atendimento não só compõe o processo de construção de uma defesa efetiva, como é parte essencial da coleta de informações pessoais, da valorização da narrativa do(a) detento(a) e da identificação de ilegalidades e violências, tornando-se, assim, o momento principal de formulação das estratégias e teses jurídicas mais adequadas ao caso concreto.

Tendo em vista que o(a) defensor(a) cumpre um papel fundamental de escuta, registro e orientação prévia, produzimos algumas recomendações para o atendimento, o qual dividimos em três fases detalhadas adiante.

3.1 ANTES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

3.1.1 Leitura do auto de prisão em flagrante

O primeiro contato do(a) advogado(a) com o caso se dá por meio da leitura do auto de prisão em flagrante. Nesse documento, poderão ser estudados previamente os fatos que antecederam a prisão e as informações daqueles(as) que serão atendidos(as). Por esse motivo, é necessária uma leitura atenta desse auto para o bom preparo da entrevista que se sucederá. Contudo, é importante ter em mente que o auto de prisão é um documento produzido e redigido pela polícia. Isso implica na necessidade de algumas cautelas, quais sejam: entender que a narrativa predominante nesse auto de prisão é aquela legitimada pela Delegacia e que nem sempre a pessoa presa terá tido a oportunidade de ler aquele material ou nem mesmo concorda com seu conteúdo. Sendo assim, a sua assinatura não pode ser entendida como uma anuência ao que está escrito no auto de prisão em flagrante.

Nesse sentido, é preciso, primeiramente, **analisar os fatos apresentados no Boletim de Ocorrência e no termo de interrogatório, buscando identificar contrariedades e elementos que se destinam a comprovar a autoria e a materialidade do delito.** Para tanto, é necessário atentar-se também para os depoimentos das testemunhas e para sua qualificação, buscando identificar se as elas são apenas policiais; se existe depoimento da suposta vítima; se o flagrante veio acompanhado de nota de culpa assinada; e como todos esses conteúdos se articulam.

O segundo ponto **relevante para análise da materialidade é verificar se estão presentes os autos de exibição e apreensão, autos de reconhecimento, bem como os laudos de constatação. Algumas perguntas podem guiar a defesa nessa análise:**



A vítima reconheceu as pessoas acusadas?; O reconhecimento foi formal, seguindo os trâmites do Código de Processo Penal?; Foram apreendidos objetos?; Em caso positivo, os objetos se relacionam de alguma maneira com o crime praticado?; Qual o valor dos objetos?; Qual valor em dinheiro apreendido? Exemplos: objeto declarado como furtado ou roubado, drogas, arma de fogo, dinheiro.

ATENÇÃO

Para os casos de tráfico de drogas, vale observar com cuidado a existência desses documentos, isso porque para a comprovação da apreensão das substâncias é requisito que o auto de prisão seja acompanhado de um laudo pericial que ateste a ilicitude da substância apreendida, a sua qualificação e as quantidades corretas (massa líquida). Muitas vezes, o boletim de ocorrência pode descrever uma grande quantidade de drogas, e o laudo pericial revelar uma massa líquida muito menor. Desse modo, é a quantidade estipulada pelo perito que deve prevalecer nos autos de prisão em flagrante.

Em seguida, recomendamos que o(a) defensor(a) **busque por situações fáticas ilegais**, por exemplo, a invasão de domicílio ou entrada franqueada; a realização de prisão por guarda civil municipal; a constatação de altos níveis de violência (hospitalização do custodiado e audiência fantasma⁴); apresentação para audiência após 24 horas da prisão em flagrante; revista vexatória no caso de mulheres presas; narrativas de abordagens por estereótipos racistas, classistas, machistas, como a figura do movimento/atitude/aparência suspeita; narrativas contraditórias justificadas por “tentativa de resistência/fuga”.

4

As audiências fantasmas são situações em que a pessoa detida não é apresentada em razão de grave ferimento e hospitalização. Nessas ocasiões, a cadeira na sala da audiência fica vazia enquanto os procedimentos formais são levados a cabo até a elaboração de decisão em termo de audiência.

Por fim, o(a) defensor(a) deve identificar as condições pessoais e familiares, as quais serão úteis na comprovação da desnecessidade da prisão preventiva e possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas. Na seção “Informações sobre vida pgressa”, há considerações sobre trabalho, escolaridade, saúde, situação de moradia, existência de filhos e antecedentes. É essencial, ainda, verificar se no Boletim de Ocorrência consta algum telefone de familiar ou alguma informação de que a família foi comunicada da prisão. Em caso positivo, recomenda-se ligar para a pessoa indicada para avisá-la do ocorrido e solicitar documentação que contribua para a defesa na audiência de custódia, por exemplo, certidão de nascimento dos filhos, carteira de trabalho (ou declaração de trabalho), comprovante de residência.

ATENÇÃO

Tecnologias como o WhatsApp, Facebook e Telegram podem ser ferramentas importantes para obter de forma rápida documentos que auxiliem a defesa durante a audiência de custódia.



3.1.2 Entrevista prévia

Após uma leitura atenta do auto de prisão em flagrante, é chegada a hora do contato direto com o(a) custodiado(a). É importante que esse espaço seja utilizado para ouvir o(a) detido(a) e possibilitar que ela apresente sua versão dos fatos. Além disso, deve ser respeitado o direito de acesso à informação plena e clara, bem como a participação na formulação de estratégias de defesa. Nesse momento, o “juridiquês”⁵ deve ser evitado ao máximo. Lembre-se de adotar uma linguagem simples e clara a todo momento, abrindo espaços para dúvidas e colocando-se à disposição para reformular e explicar conceitos⁶.

É muito importante que, nesse momento, o(a) advogado(a) esteja aberto(a) a contribuições do(a) detento(a). Inclusive, quando não concordar, lembrar que o papel do(a) defensor(a) é realizar uma defesa efetiva, o que não se confunde com impor medidas contra a vontade do(a) detento(a), ainda que acredite que seja o “melhor caminho”.

Além disso, o respeito à privacidade da pessoa custodiada é essencial, por isso deve-se observar a existência ou não de salas reservadas para a entrevista a ser realizada antes da audiência de custódia. Em pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), foram observadas

⁵ Uso excessivo do jargão jurídico e de termos técnicos do direito.

⁶ A pesquisa Monitoramento das Audiências de Custódia de São Paulo, realizada pelo IDDD, identificou como um dos desafios a serem vencidos o uso da linguagem técnica por parte dos atores do sistema de justiça que desconsideram a realidade da pessoa sobre avaliação. O esforço em levar as informações de forma clara e pouco rebuscada facilita a comunicação entre acusadas(os) e advogados(os).

entrevistas realizadas nos corredores ou em espaços abertos. A ausência de privacidade representa um problema grave ao exercício da ampla defesa, comprometendo a narrativa do(a) custodiado(a). Por isso, antes de começar a conversa, certifique-se de que os policiais e/ou agentes de segurança que acompanham a entrevista prévia garantam a privacidade exigida pela Resolução nº 213/2015 do CNJ⁷. Caso os policiais e/ou agentes de segurança fiquem dentro do biombo durante a entrevista ou dificultem a comunicação e o sigilo da conversa, solicite que eles se afastem.

Abaixo constam alguns elementos a serem considerados na realização da entrevista prévia.

Direito à informação

Esse é o momento oportuno para o(a) advogado(a) informar de forma clara e precisa os direitos relativos à defesa que serão garantidos ao(à) acusado(a).

O primeiro passo é apresentar-se à pessoa detida, esclarecendo o papel do(a) advogado(a), garantindo o sigilo profissional⁸. É importante explicar também o que é uma audiência de custódia, informando que a decisão que será dada naquele dia não equivale a uma sentença, ou seja, não estabelece penas, não condena e nem absolve. O que será discutido, na verdade, é a necessidade da prisão preventiva e a legalidade do flagrante.

Além disso, devem ser explicadas todas as consequências legais possíveis da audiência de custódia e quais serão as etapas processuais posteriores. Em seguida, devem ser informadas as acusações descritas no auto de prisão em flagrante. A pessoa presa deve ter a oportunidade de acessar essas informações para poder contestá-las e apresentar a própria narrativa.

Participação da pessoa presa na defesa criminal

É essencial que o(a) advogado(a) entenda que o(a) custodiado(a) tem papel fundamental na construção da própria defesa e que defender os interesses dessa pessoa em audiência não é um favor, mas a garantia de um direito.

Deve ser dada a oportunidade para que o(a) preso(a) apresente a versão dos fatos que deu origem à prisão. É importante saber o que aconteceu, onde, em que dia e horário, quem realizou a abordagem e se existiam testemunhas presentes. Além disso, é importante confirmar se as informações do auto de prisão em flagrante são compatíveis com a narrativa dela. Para a defesa, deve ser priorizada a fala do atendido, pois silenciar a versão relatada pela pessoa presa é uma forma de violência que deve ser evitada.

7 A Resolução nº 213/2015 do CNJ é expressa: “a pessoa custodiada deve estar sempre acompanhada de advogado ou defensor público, assegurando-lhes entrevista prévia sigilosa, sem a presença de agente policial e em local adequado/reservado, de modo a garantir-lhe a efetiva assistência judiciária”.

8 O sigilo profissional é determinado nos arts. 25 a 27 do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Por fim, todas informações que forem relatadas durante a entrevista prévia são sigilosas, por isso, o(a) advogado(a) deve questionar ao atendido(a) se autoriza a defensora ou defensor a incorporar as informações que este ou esta considerar relevantes na audiência. Caso a pessoa presa discorde da utilização de alguma das questões tratadas, sua vontade deve ser respeitada. Por exemplo, se ela relatar que foi presa enquanto comprava drogas para seu uso próprio, mas não quiser declarar ser usuária, o(a) defensor(a) não poderá utilizar a tese de desclassificação do tipo penal de tráfico por uso, devendo recorrer a outras estratégias de defesa que estejam de acordo com a vontade do atendido.

Direito ao silêncio

Além de consultar a pessoa sobre a utilização de informações para a defesa, o(a) advogado(a) tem o dever de informar o direito do(a) acusado(a) contra a autoincriminação. Permanecer em silêncio é um direito que tem como escopo proteger o(a) atendido(a) de produzir provas contra si mesmo⁹. Assim, ele(a) deverá ser informada do direito de não responder às perguntas formuladas pelo(a) juiz(a) e promotor(a), especialmente sobre questões de mérito e fatos prejudiciais à defesa técnica.

No caso de a pessoa ter tido contato, quando adolescente, com a vara da infância e juventude, informar que poderá permanecer em silêncio se o(a) magistrado(a) ou promotor(a) perguntar sobre histórico de passagem na justiça criminal. Teoricamente, tanto o(a) juiz(a) quanto o(a) promotor(a) não deveriam ter acesso a tais informações, em razão do segredo de justiça. No entanto, na prática acontecem situações em que essas informações são anexadas às folhas de antecedentes. Nessa hipótese, o(a) advogado(a) deve interferir durante a audiência, por meio de questão de ordem, ou mesmo em sua defesa, reiterando que eventual contato com a justiça criminal durante a juventude não deve ser considerado para fins de antecedentes criminais, especialmente diante das garantias constitucionais de proteção integral de crianças e adolescentes, e solicitar a extração dessas informações dos autos.

STJ entende que atos infracionais pretéritos podem ser usados para fim de decretação da prisão preventiva

A prática de atos infracionais anteriores serve para justificar a decretação ou manutenção da prisão preventiva como garantia da ordem pública, considerando que tais atos indicam que a personalidade do agente é voltada à criminalidade, havendo fundado receio de reiteração (STJ, 3ª Seção. RHC 63.855-MG, Rel. para acórdão Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 11/05/2016).

9

Art. 5º, LXIII, da CF/1988: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado". Art. 186 do CPP: "o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa".

Contudo, não basta qualquer ato infracional¹⁰. O juiz deverá analisar os seguintes critérios para avaliar se o ato infracional praticado pode ser considerado para fins de decretação da prisão preventiva:

 gravidade em concreto do ato infracional;

 comprovação do ato infracional e se a pessoa foi condenada à medida socioeducativa;

 o tempo entre a data do ato infracional e a data do crime supostamente cometido quando adulto(a), com base no princípio da atualidade da medida.

CONDIÇÕES PESSOAIS E SAÚDE

Outro ponto importante durante a entrevista é a realização de perguntas sobre as condições pessoais do(a) atendido(a), com a finalidade de identificar possíveis teses favoráveis à defesa. Além disso, o(a) próprio(a) juiz(a) irá proceder com essa análise¹¹, de modo que a pessoa presa deve estar ciente sobre quais circunstâncias lhe são positivas. Cada um desses tópicos será aprofundado mais adiante, trazendo outras perguntas possíveis que possam ajudar na formulação de argumentos jurídicos.



I_ VULNERABILIDADE SOCIAL

-  Está em situação de rua? Se sim, faz acompanhamento com algum programa assistencial?
-  Tem endereço fixo? Reside com familiares ou companheiro/a? Confirma o endereço do Boletim de Ocorrência?
-  Encontra-se empregado? Apresenta a carteira assinada ou emprego informal? Qual a renda?

10 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 63.855/2016) estabelece critérios que devem ser observados em relação ao ato infracional.

11 A Resolução 213 do CNJ, em seu art. 8, X, determina que o juiz deverá “averiguar, por perguntas e visualmente, 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, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar”.

II_ ESTRUTURA FAMILIAR

- Tem filhos? Se sim, qual idade?
- É responsável pelo sustento e/ou cuidado dos filhos ou de alguém da família?
- Possui algum familiar doente e que precise de cuidado? É o responsável por cuidar dessa pessoa?
- No caso de mulheres: deve-se perguntar se está grávida ou com suspeita de gravidez e se está em período de amamentação (lactantes).

III_ SAÚDE

- Possui alguma demanda de saúde física ou mental?
- Possui alguma deficiência física ou mental? Nesses casos, levantar informações sobre se a pessoa realiza algum tipo de tratamento ambulatorial, de modo a afastar a possibilidade de o Ministério Público solicitar a aplicação de internação provisória (art. 319, VII, do CPP).
- É usuário de alguma substância? Por quanto tempo? Já foi internado?
- Realiza algum tratamento ou acompanhamento médico ou assistencial, por exemplo, em Unidades Básicas de Saúde, CAPS, unidades da rede SUS e SUAS?

ATENÇÃO!

O olhar para as condições pessoais não deve ser neutro! Existem marcadores sociais como raça, gênero, deficiência, sexualidade, classe, geração e muitos outros que tornam a aplicação da prisão ainda mais desproporcional. Isso porque estereótipos construídos historicamente e estruturalmente são naturalizados nos espaços das audiências para justificar comportamentos sociais como reincidência, periculosidade, inaptidão para o trabalho ou para o exercício da maternidade. O(A) defensor(a) tem, assim, o papel de evitar discursos discriminatórios e violências simbólicas. Por exemplo, é importante chamar pessoas trans, travestis e transexuais pelo seu nome social, exigindo o mesmo de outros atores do sistema de justiça, como do(da) juiz(a), promotor(a), agente policial.

VIOLÊNCIA POLICIAL, MAUS TRATOS E TORTURA

O contato direto na entrevista prévia possibilita a averiguação do tratamento dispensado à pessoa custodiada durante a abordagem na delegacia e na própria carceragem do fórum. É importante perguntar se ela recebeu alimentação e água desde que foi presa e se apresenta alguma dor ou desconforto. Vale a pena observar se existem marcas visíveis ou machucados físicos. Deve-se atentar à presença do policial no biombo, garantindo que se afaste. Também é importante ter sensibilidade para realizar perguntas sobre violência policial.

INSTRUÇÕES E COMBINADOS FINAIS

Ao final da conversa, abrir mais uma vez espaço para dúvidas. Repassar, se necessário, as perguntas que serão realizadas pela defesa e instruir sobre a postura esperada no momento da audiência (cuidar para apresentar fala calma e pausada; quando responder às perguntas do magistrado/a, olhar em sua direção e evitar cabeça baixa).



3.2 DURANTE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A dinâmica durante uma audiência de custódia é muito semelhante à das audiências de instrução e julgamento, exceto a oitiva da pessoa custodiada em flagrante, que se dá logo no início da audiência por meio de perguntas formuladas pelo(a) juiz(a). Posteriormente, cabe ao Ministério Público e, em seguida, à defesa formularem perguntas ao(à) custodiado(a).

Nesse momento, o papel primordial da defesa é observar as perguntas já realizadas pelos outros atores e, com base na entrevista prévia, trabalhar na construção conjunta com o(a) acusado(a) da melhor estratégia de defesa, reformulando também perguntas ou complementando as respostas fornecidas com novos questionamentos que possibilitem dar visibilidade às pessoas privadas de liberdade e suas condições.

Exercido o contraditório no que se refere às informações trazidas pelas respostas às perguntas, cabe ao Ministério Público e, em seguida à defesa, realizar cada um a própria manifestação. A Resolução 213/2015 não delimita um tempo para tal manifestação, devendo as partes seguirem ritos do Código de Processo Penal no que se refere a outras modalidades de audiência.

É importante que nesse momento a defesa se atente a algumas possibilidades de pedidos, seguindo orientação do artigo 310 do Código de Processo Penal, iniciando pelo de menor

restrição a direitos para o de maior restrição, excluindo o pedido de prisão preventiva. É importante lembrar que você representa os direitos da **pessoa custodiada em flagrante e que o encarceramento tem impactos no exercício dos direitos mais básicos.**



POSSIBILIDADES DE PEDIDO DURANTE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1_ RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Hipóteses para o pedido de relaxamento da prisão em flagrante: (i) flagrante fora das circunstâncias previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal; (ii) flagrante forjado; (iii) invasão de domicílio; (iv) prisão realizada por guardas municipais; (v) prática de tortura e outras formas de violência; (vi) atipicidade formal e material da conduta.

2_ LIBERDADE PROVISÓRIA PURA E SIMPLES

Nesse caso, o pedido é de liberdade provisória pura, ou seja, a liberdade não vem acompanhada do pedido de medidas cautelares.

3_ LIBERDADE PROVISÓRIA COM CAUTELARES OU MEDIDAS PROTETIVAS

Na audiência de custódia, também deve haver pedido subsidiário de aplicação das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, que devem ser discutidas previamente com a pessoa custodiada. Em caso de violência doméstica, podem ser requeridas durante a audiência medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, atentando-se à adequação e proporcionalidade da medida diante das condições individuais da pessoa presa em flagrante.

4_ SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR

O pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar é possível dentro das hipóteses do artigo 318 e artigo 318-A do Código de Processo Penal.

ATENÇÃO

A depender da decisão do(a) magistrado(a) na audiência, caberá à defesa formular os recursos cabíveis.



3.3 PÓS-AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A conversa realizada com a pessoa detida em flagrante após a decisão do juízo na audiência de custódia é essencial para esclarecer dúvidas a respeito da determinação judicial. Lembre-se de que a audiência é um rito realizado em uma linguagem que, na maioria das vezes, não é compreendida por indivíduos sem formação jurídica. Por isso, o(a) advogado(a) tem também o papel de traduzir para seu(sua) cliente, por meio de linguagem simples e acessível, o que aconteceu naquele momento, bem como os termos técnicos e jurídicos utilizados.

Sabemos que o tempo de audiência de custódia e de contato com o custodiado(a) vem sendo cada mais reduzido pelo judiciário, em nome de uma celeridade processual que implica em denegação da ampla defesa. Desse modo, é essencial aproveitar todos os momentos possíveis de contato para esclarecer dúvidas da pessoa e, se não for possível fazê-lo logo após a audiência, realize pedido à autoridade policial para que possa conversar em momento posterior.

Para a pessoa custodiada

Ao término da audiência, ainda na mesa ou preferencialmente em local privado, é importante explicar qual foi a decisão aplicada e o seu significado.

RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

-  Indicar que o flagrante foi ilegal, ou seja, não foi realizado dentro do que é permitido pela lei. Por esse motivo, a prisão em flagrante é considerada injusta.
-  Explicar que o processo não foi necessariamente finalizado, pois ele poderá seguir o seu curso normal na vara de conhecimento.

LIBERDADE COM APLICAÇÃO DE FIANÇA,

-  Perguntar novamente se a pessoa teria condições de pagar e quem contatar.
-  Coletar a assinatura de declaração de hipossuficiência e anotar o número do processo para emitir guia de fiança.

LIBERDADE PROVISÓRIA PURA E SIMPLES

-  Explicar que a decisão não significa que o processo acabou, mas apenas que ela responderá ao processo em liberdade, devendo estar atenta às próximas etapas processuais.

PRISÃO DOMICILIAR

-  Explicar sobre o impedimento de sair de casa e os efeitos do descumprimento.

- ✓ Indicar possíveis estratégias de defesa como pedidos de reconsideração ou habeas corpus em razão da necessidade de trabalhar ou acompanhamento pré-natal no SUS.

PRISÃO PREVENTIVA

- ✓ Em caso de prisão preventiva ou impossibilidade de pagamento de fiança, informar sobre a possibilidade de interposição de recursos.
- ✓ Sempre reiterar que a decisão da audiência de custódia não é terminativa e que o processo de instrução ainda está em andamento.
- ✓ Aproveitar também para coletar assinaturas de documentos, como procuração e declaração de hipossuficiência

LIBERDADE PROVISÓRIA COM APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES

- ✓ Indicar quais foram as medidas e detalhar como deve ocorrer o cumprimento delas, quais as exigências legais.
- ✓ Explicar também as consequências legais do descumprimento, como a aplicação de outras medidas cautelares mais restritivas ou mesmo a prisão preventiva.
- ✓ Em caso de impossibilidade de cumprimento, indicar a possibilidade de pedidos de reconsideração frente ao juiz.
- ✓ Ainda que isso seja possível, é de extrema importância a entrevista prévia para viabilizar manifestações sobre incompatibilidade com as condições pessoais e o cumprimento de determinadas medidas cautelares durante a audiência.

➤ Familiares da pessoa custodiada

Se o(a) custodiado(a) autorizar, é importante estabelecer contato com os seus familiares para informar a decisão da audiência de custódia e, se for o caso, passar o contato telefônico para esclarecimento de eventuais dúvidas. Além disso, é importante informá-los sobre as consequências da decisão e as possíveis estratégias jurídicas a serem adotadas e explicar-lhes como consultar o andamento processual no fórum.

Se for **aplicada fiança**, esclarecê-los dos procedimentos para o seu pagamento, dispostos no item 5.4.8.

Em caso de prisão preventiva, informar sobre as exigências de visitação do Centro de Detenção Provisória (CDP) e passar contatos telefônicos úteis. É importante também coletar documentação que dê suporte à defesa, por exemplo, comprovante de residência, certidão

de nascimento dos filhos, declaração de trabalho etc., além de sempre manter contato com a família para cientificá-la sobre o andamento processual dos recursos.

ATENÇÃO

Informar ao familiar que, para realizar a visita, além de garantir que seu nome esteja na lista de visitantes, é necessário fazer uma carteirinha. Para isso, ele(a) deve ir ao CDP com os documentos listados abaixo.

LISTA DE DOCUMENTOS PARA A VISITA

- RG e CPF - Cópias autenticadas
 - 2 fotos 3/4 - Fotos recentes
 - Comprovante de endereço recente e em nome da visita
 - Atestado de antecedente criminal - Algumas unidades só aceitam atestado emitido pelo Poupatempo
- Para esposa ou esposo:**
- Certidão de Casamento - Cópia autenticada ou Declaração de Amasia - Com duas testemunhas
- Para filhos e irmãos:**
- Certidão de Nascimento - Cópia autenticada

A visita só poderá começar quando:

- 1_ terminar o tempo de inclusão do preso (em geral, a pessoa custodiada fica dez dias em observação antes de ser enviada para um raio e uma cela definitivos)
- 2_ a carteirinha estiver pronta.

4_TEMAS ESSENCIAIS PARA AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: RECONHECIMENTO DE ILEGALIDADES E RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

Segundo a normativa processual penal, o reconhecimento de ilegalidades na prisão em flagrante deve implicar no relaxamento da prisão (artigo 310, I, do Código de Processo Penal). Uma das principais finalidades da audiência de custódia é justamente o reconhecimento de prisões ilegais, de forma a possibilitar uma fiscalização da conduta das autoridades policiais, assim como evitar a perpetuação de violações de direitos de presos(as) em flagrante.

O contato direto da pessoa custodiada com a autoridade judicial e demais atores do sistema de justiça permite colocar em evidência condutas ilegais das autoridades policiais, bem como atipicidades materiais e excludentes de ilicitude que não eram visibilizadas com a análise apenas do auto de prisão em flagrante no papel.

Diversas pesquisas de monitoramento das audiências de custódia destacam relatos de ilegalidade de prisões, que perpassam flagrante forjados, extorsões policiais e práticas de violência na abordagem policial, especialmente em casos de tráfico de drogas. Ocorre que essa narrativa do custodiado(a) é, na maioria das vezes, desconsiderada pela autoridade judicial e pelo Ministério Público.

Desse modo, a defesa deve dar visibilidade a esses relatos formulando perguntas em sede de audiência de custódia que abordem minimamente os fatos para indicar as ilegalidades, atipicidades ou excludentes de ilicitude, sem que isso prejudique ou afete a defesa da pessoa em eventual processo criminal. Não basta mencionar em audiência o que foi relatado em entrevista prévia, é preciso que as perguntas possibilitem ao(à) preso(a) em flagrante narrar as ilegalidades. Destaca-se que é papel da defesa poder mobilizar argumentos fáticos com a finalidade de garantir a liberdade do(a) detento(a), tendo em vista princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Ademais, a defesa técnica deve articular informações dadas pela pessoa em entrevista prévia

com normativas constitucionais e processuais que quando desrespeitadas implicam em ilegalidades da prisão. Ressalta-se que em caso de reconhecimento do relaxamento da prisão, a defesa deve alegar que não cabe decretação de prisão preventiva, mesmo que exista pedido do Ministério Público, pois essa se fundamentaria em auto de prisão ilegal.

Abaixo, listamos algumas das hipóteses de relaxamento da prisão, lembrando que não são os únicos pedidos possíveis, devendo a defesa atentar-se a cada caso individualmente.

4.1 HIPÓTESES LEGAIS PARA PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO

O artigo 302 do Código de Processo Penal prevê que está caracterizado o flagrante delito quando a pessoa:

- A_ Está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la.
- B_ É perseguida, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração.
- C_ É encontrada, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ela autora da infração.

Se não tiver ocorrido nenhuma dessas hipóteses, não é possível dizer que há situação de flagrância, e a prisão deve ser relaxada. A segunda e a terceira hipóteses são as mais frágeis e aumentam a possibilidade de não ser possível identificar alguma ilegalidade na análise do auto de prisão em flagrante. Por exemplo, em caso de perseguição, esta deve iniciar-se após o cometimento do delito e contato visual com a situação de flagrância. Um intervalo de tempo longo não configura mais perseguição. Do mesmo modo, mesmo que a pessoa seja perseguida, conforme descreve o artigo 302 do Código de Processo Penal, durante determinado período de tempo, esse não poderá ser de dias e horas prolongadas. Além disso, a pessoa presa em flagrante deverá ter efetivamente em sua posse objetos, armas ou papéis que possam apontar indícios de autoria e materialidade.

4.2 APRESENTAÇÃO APÓS 24 HORAS DO FLAGRANTE

A Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o artigo 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos determinam a apresentação da pessoa presa ao juiz no prazo de até 24 horas, sob pena de ilegalidade do flagrante. Igualmente, o próprio Supremo

Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347¹², que estabeleceu o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário Brasileiro, previu o comparecimento do(a) detento(a) perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Portanto, é importante se atentar ao horário da ocorrência no auto de prisão em flagrante, bem como questionar em entrevista prévia sobre a data e horário da prisão e o tempo que a pessoa presa em flagrante permaneceu na viatura policial antes de ser encaminhado à delegacia.

4.3 FLAGRANTE FORJADO

Relatos de prisões decorrentes de flagrantes forjados nas entrevistas prévias costumam ser recorrentes. A cultura punitivista e a ausência de controle judicial efetivo das atividades policiais são obstáculos ao reconhecimento de flagrantes forjados em audiência de custódia. Isso se dá, especialmente, pela narrativa policial ter preponderância na avaliação dos fatos relacionados à prisão. Por essa razão, é extremamente importante encontrar elementos contraditórios e ambíguos no auto de prisão em flagrante que gerem dúvidas a respeito da situação fática.

De outro lado, a vedação trazida pela Resolução 213/2015 do CNJ de referências aos elementos fáticos da prisão não deve ser utilizada em prejuízo do(a) acusado(a). Isso porque a comprovação das ilegalidades e da existência de elementos de autoria e materialidade depende de uma análise preliminar fática. Isso não significa que será realizado um juízo probatório na audiência de custódia ou uma antecipação da condenação. Na verdade, o uso dos elementos fáticos só deve ocorrer em favor do(a) acusado(a) e não em seu prejuízo ou para manutenção da prisão.

O contato direto com as autoridades judiciais cria espaço para que o(a) custodiado(a) relate ilegalidades que permearam sua prisão, como o flagrante forjado. Algumas perguntas podem ser mobilizadas pela defesa, como local da prisão, a possibilidade ou impossibilidade de leitura do flagrante pela pessoa presa na delegacia, a forma da abordagem. Inclusive, as respostas às perguntas de violência policial são uma boa oportunidade para que ela narre o flagrante forjado, visto que este não deixa de ser uma violência praticada no momento da prisão, para além das agressões físicas e psicológicas.

4.4 INVASÃO DE DOMICÍLIO

A Constituição Federal (CF) é clara em seu art. 5º, XI, ao estabelecer como regra que o domicílio é inviolável, de forma que a entrada sem autorização judicial é hipótese de relaxamento da prisão em flagrante.

Art. 5º, XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial

Para comprovar a entrada forçada em domicílio, é essencial que a defesa leia atentamente o auto de prisão em flagrante e **busque elementos indicativos de que a entrada foi efetuada sem mandado de busca e apreensão, sem autorização da pessoa presa em flagrante ou familiar, bem como com ausência de qualquer justa causa**. Perguntas relacionadas ao momento da entrada na residência do(a) detento(a) devem ser realizadas em sede de audiência de custódia, por exemplo:



Você autorizou a entrada dos policiais em sua residência ou foi apresentado mandado judicial? Em qual horário foi efetuada a entrada? Havia crianças presentes no momento da entrada? Por onde foi efetuada a entrada (porta, janela, quintal, muro entre, outros)?

Ademais, os Tribunais Superiores consolidaram jurisprudência no sentido de que é necessária a comprovação prévia de justa causa e de que deve haver razões fundadas para entrada na residência sem mandado judicial, a partir de elementos que indiquem a situação de flagrância. Assim, a mera alegação, por exemplo, de que o tráfico é crime permanente não autoriza a entrada em domicílio.

Illegalidade da prisão efetuada por guardas municipais

É comum que as prisões em flagrante em cidades do interior sejam efetuadas pela Guarda Civil Municipal (GCM), a qual exerce claros poderes de polícia, o que é vedado pelo artigo 144, § 8º, da Constituição Federal. Esta determina que os guardas civis municipais têm competência apenas para proteger bens móveis e imóveis do município.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

A atuação da Guarda Municipal como braço policial, especialmente no âmbito da repressão ao crime de tráfico de drogas, vem frequentemente acompanhada de uma série de ilegalidades, para além da incompetência para o exercício da atividade policial, como invasão de domicílios, abordagens pessoais indiscriminadas, violência, agressões, entre outras.

Não se pode aceitar como argumento de sustentação de suposta legalidade da atuação de Guarda Civil Municipal o fato de qualquer pessoa poder efetuar prisão em flagrante, visto que isso requer contato visual com flagrante iminente, o que não ocorre na maioria das prisões decorrentes de abordagens pessoais e invasão de domicílio.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão recente, também determinou ilícita as provas produzidas por guardas civis municipais, em razão de clara vedação do princípio da legalidade e da importância de não se ampliar o aparato da segurança pública em prejuízo aos direitos e liberdades individuais.¹³

4.6 PRÁTICA DE VIOLÊNCIA E TORTURA¹⁴

A prisão também deverá ser relaxada quando é realizada por meio da prática de violência e tortura por parte de agentes policiais e guardas civis municipais. Isso decorre da vedação constitucional de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inc. III, da CF).

O pedido de relaxamento é especialmente importante nos casos de audiência fantasma, no qual a pessoa não é apresentada em juízo em razão de perfurações por arma de fogo ou outras agressões que necessitem de cuidados médicos.

É importante que **a defesa esteja atenta à violência de gênero praticada no momento da prisão, como a revista vexatória¹⁵, o desnudamento forçado e a revista pessoal realizada em mulheres por policiais do sexo masculino.** Essas práticas implicam em ilicitudes na obtenção de provas do cometimento de delitos, sendo que os atores do sistema de justiça devem compreender que a resposta do Estado às violências devem ser

¹³ Jurisprudência em relação à ilegalidade da prisão por Guarda Civil Municipal se encontra na parte de compilado de jurisprudência deste manual.

¹⁴ Algumas diretrizes de como atuar em casos de violência e prática de tortura podem ser obtidas neste manual, no tópico 13.

¹⁵ CAPELLO, N et al. Que audiência de custódia queremos? Justificando, 4 jan. 2018. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/04/que-audiencia-de-custodia-queremos/>. Acesso em: 12 março 2020.

a apuração da atuação ilegal.

A revista vexatória já foi inclusive considerada violência sexual e tortura por organismos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Penitenciária Miguel Castro Castro vs. Peru. Ademais, a Lei Estadual nº 15.552/2014 de São Paulo, bem como outras de outros Estados brasileiros, já proíbe a prática da revista vexatória em estabelecimentos prisionais.

4.7 ATIPICIDADE FORMAL E MATERIAL DO CRIME

A atipicidade formal e material¹⁶ do crime é motivo para relaxamento da prisão em flagrante, não sendo necessário aguardar o curso do processo criminal para reconhecer a ilegalidade da prisão. Entre as hipóteses de atipicidade destacam-se a aplicação do princípio da insignificância e o reconhecimento do crime impossível em casos de furto, assim como a prática de porte de entorpecentes para uso pessoal nos casos de acusação por tráfico de drogas.

Crime impossível

O crime impossível é verificado em casos em que desde o início a pessoa é acompanhada por funcionário do estabelecimento, pelas videocâmaras ou mesmo é abordado antes de passar pelo caixa para efetuar pagamento.

Descabe a imputação pela tentativa de furto se os(as) agentes, objetivando subtrair produtos de supermercado, são impedidos desde o início por funcionário(a) do estabelecimento que, presenciando os movimentos dos(as) réus(rés), esperou sua saída para prendê-los(as). Assim sendo, fica caracterizado o crime impossível do artigo 17 do CP, eis que, permanecendo protegidos os bens durante a ação, tornou-se ineficaz o meio empregado pelos agentes.

Princípio da insignificância

Conforme preconiza o STF, “o direito penal deve ser moderado e sério: sem excesso de tipificações, que geralmente importam em criminalização da pobreza, e sem exacerbação de penas, que apenas superlotam presídios degradados”.¹⁷

16 A tipicidade penal é composta pela tipicidade formal e material. A primeira diz respeito à perfeita adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, enquanto a segunda está associada aos riscos efetivos de lesividade da conduta ao bem jurídico protegido pelo tipo penal.

17 Brasil. STF. HC 123.533. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data do julgamento: 03 agosto 2015.

Não existe previsão legal que afaste a aplicação da lei penal em casos em que a insignificância da lesão ao bem jurídico é manifesta. Contudo, os Tribunais Superiores têm reconhecido a aplicação do princípio para afastar a justa causa da manutenção da ação penal, em razão da atipicidade material da conduta.

Os critérios estabelecidos pelo STF para configuração da insignificância são:

- conduta é minimamente ofensiva;
- ausência de periculosidade social da ação;
- reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- lesão jurídica inexpressiva.

É importante que cada um desses critérios seja relacionado ao caso concreto, de forma a justificar a sua aplicação. Entre as situações mais recorrentes nas audiências de custódia que possibilitariam a aplicação do princípio da insignificância, destacam-se o furto de alimentos e pequenos valores, o estelionato de pequenos valores, entre outros.

ATENÇÃO

O STF reconhece a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância para pessoas reincidentes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 155.920-MG. Ministro Celso de Mello, 2018).

➤ **Uso de entorpecentes**

O porte de entorpecentes para consumo pessoal descrito no artigo 28 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) não prevê a aplicação de pena privativa de liberdade, mas somente penas restritivas de direito, como a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa como o comparecimento à programa ou curso educativo. Desse modo, não é possível determinar a prisão provisória de pessoas que cometem o delito de uso de entorpecentes.

Para requerer o relaxamento da prisão nesses casos, é importante atentar-se à quantidade de droga encontrada efetivamente na posse da pessoa presa em flagrante e à existência de diversidade das drogas encontradas, bem como ao histórico de acompanhamento de saúde para dependência química.

Além disso, é possível mobilizar dados de pesquisas sobre uso de drogas com enfoque na saúde tanto em audiência como em *habeas corpus* para exemplificar o uso combinado de substâncias

entorpecentes e a existência de uma rede de cuidado para encaminhamento das pessoas usuárias. Esses aspectos são abordados, por exemplo, na *Pesquisa nacional sobre uso de crack*, da Fiocruz.

De outro lado, apesar da adoção de critérios objetivos não ser o melhor caminho para a redução do encarceramento, para exemplificar a ausência completa de proporcionalidade na adequação da conduta ao tráfico de drogas, é possível recorrer na audiência a critérios adotados por outros países para diferenciar *tráfico* de *uso*.

PAÍS	QUANTIDADE DE COCAÍNA
Espanha	7,5 g
Chipre	10 g
Áustria	15 g

PAÍS	QUANTIDADE DE MACONHA
Portugal	20 g
Colômbia, Venezuela e Grécia	25 g
Uruguai	40 g
Suécia	50 g

5_CRITÉRIOS PARA APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E O ENFRENTAMENTO DE OBSTÁCULOS DA CULTURA JUDICIAL PARA GARANTIR A LIBERDADE

5.1 ORDEM PÚBLICA

A expressão *ordem pública* está presente no artigo 312 do Código de Processo Penal como um dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, e apesar de sua característica genérica e imprecisa, ela tem sido amplamente utilizada, transformando-se em uma autorização geral e automática para prisão. Por essa razão, diversos autores têm considerado tal **previsão inconstitucional, uma vez que não serve como instrumento de garantia processual**.

A própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) considerou em seu *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas*: Introdução e recomendações que a prisão preventiva tem caráter estritamente excepcional e apresenta dois fins principais, previstos no artigo 7.5 da Convenção Americana: (a) prevenir o risco que o imputado possa oferecer à ação da justiça e (b) evitar que obstrua o normal desenvolvimento das investigações no processo¹⁸. A Corte Interamericana tem reiterado o entendimento no caso *Andrade Salmón vs. Bolívia*¹⁹. Ela considerou que o Estado boliviano violou os artigos 1.1 e 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) na medida em que ordenou a detenção preventiva sem apresentar fundamentação legal para justificar a necessidade da prisão, a qual deve estar restrita aos critérios de perigo de fuga e obstaculização da justiça no caso concreto.

Da mesma forma, o Superior Tribunal Federal (STF), no HC 95.009-4/SP, de relatoria do

18 CIDH. Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: Introdução e recomendações, 2013, parágrafo 319.

19 CIDH. Caso *Salmón vs. Bolívia*, Série C, n. 330. Parágrafos 86 e 141. A sentença na íntegra pode ser consultada no link <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

Ministro Eros Grau, considerou que a simples utilização do vocábulo *ordem pública* não pode justificar a prisão preventiva. Suposições de que o paciente obstruirá as investigações ou que continuará delinquindo não autorizam a medida excepcional de constrição prematura de liberdade de locomoção. Sendo assim, é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem cabalmente a necessidade da prisão.

A expressão *garantia da ordem pública*, portanto, não contribui para o direito de defesa, uma vez que: i) tem característica genérica; ii) não possui natureza cautelar, ou seja, não é ferramenta de garantia processual; iii) não está prevista como critério autorizador de prisão preventiva para o Sistema Interamericano de Direitos Humanos; e iv) o seu uso corrente não deve ser considerado suficiente para decretar a prisão, conforme entendimento do próprio STF.

5.2 GRAVIDADE DO CRIME

A gravidade do crime em abstrato pode ser considerada como um obstáculo judicial para garantir a liberdade, assim como a descrição genérica e impressiva da conduta criminosa para justificar a decretação de prisão preventiva.

O seguinte trecho de termo de audiência de custódia sobre o crime de tráfico de drogas exemplifica tal prática:

Há fundados indícios de que o averiguado teria praticado o crime, o qual financia outros crimes (inclusive organizações criminosas), gera violência, desestrutura famílias, destrói a vida de usuárias e constitui, em suma, verdadeira chaga do tecido social. Trata-se de conduta tipificada criminalmente e equiparada a delito hediondo. (Termo de audiência de custódia realizada pelo Instituto Pro Bono).

Como é possível observar, foram mobilizados pelo juiz elementos completamente descolados do caso concreto. A suposta gravidade do crime é justificada por critérios genéricos e, muitas vezes, morais, como a desestruturação de famílias e a destruição da vida e do tecido social. Tal prática vai na contramão do que propõem a audiência de custódia e o próprio processo penal, isto é, a individualização das condutas e das condições e circunstâncias pessoais do agente.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, de modo semelhante, indica que independentemente da natureza ou gravidade do crime que se persiga, a investigação dos fatos e eventual julgamento deve se desenvolver dentro dos limites das liberdades e direitos das pessoas e conforme os procedimentos que permitam preservar a segurança pública no marco dos direitos humanos.

A própria jurisprudência dos tribunais superiores rechaça a prisão preventiva decretada somente com base na gravidade em abstrato do delito ou mediante repetição de predicados legais e fórmulas retóricas que, em tese, serviriam para qualquer situação. O magistrado tem o dever de analisar as circunstâncias concretas da conduta praticada.

É importante, portanto, que os(as) advogados(as) estejam atentos(as) à redação das decisões judiciais, pois em caso de fundamentação genérica e inidônea existem grandes chances de disputa nos tribunais superiores e de, conseqüentemente, reversão de prisões preventivas arbitrárias.

5.3 REINCIDÊNCIA

A reincidência é uma das características comumente evocadas como justificativa para aplicação da prisão preventiva ou mesmo para basear suposições futurológicas sobre a possibilidade de reiteração delitiva do agente, nos termos dos artigos 63 e 64 do Código Penal.

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I_ não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II_ não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Importante reiterar, em primeiro lugar, que os antecedentes criminais só podem ser considerados como tal após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória de pessoa maior de 18 anos. Isso significa que:

- ④ eventuais registros de ato infracional não são antecedentes criminais;
- ④ a transação penal não gera reincidência;
- ④ a pessoa que cumpre medidas cautelares em outro processo sem sentença condenatória é primária;
- ④ pessoa que respondeu a processo penal e foi absolvida é primária;
- ④ pena cumprida ou extinta há cinco anos ou mais não pode ser considerada como antecedente criminal;
- ④ outras passagens por audiência de custódia ou inquéritos abertos tampouco podem

ser considerados para fins de maus antecedentes e muito menos reincidência. Isso porque o princípio da presunção da inocência e o *in dubio pro reo* devem nortear toda a análise da vida pregressa da pessoa presa em flagrante.

Isso posto, o segundo ponto a ser observado é que não existe no ordenamento jurídico um mandamento de conversão automática da prisão em flagrante em preventiva para pessoas consideradas reincidentes. Ainda que o artigo 313 do Código de Processo Penal indique que a prisão preventiva poderá ser admitida se o agente tiver sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado, essa não pode ser a única justificativa para adotar a medida mais extrema. É preciso que seja verificada também a legalidade da prisão, o cabimento da substituição por medidas cautelares (artigo 282, § 6º, do CPP) e os critérios de necessidade e proporcionalidade.

Além das considerações assinaladas, é possível mobilizar os conceitos de reincidência não específica para fortalecer o convencimento do juiz. Assim, por exemplo, se uma pessoa presa em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de drogas apresenta processo anterior com sentença condenatória transitada em julgado por um crime patrimonial, como receptação, não é um reincidente específico. Isso significa que em caso de futura condenação poderá ser aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, conforme previsto no art. 44, § 3º, do Código Penal, de modo que a conversão da prisão em flagrante em preventiva seria desproporcional.

Finalmente, vale lembrar que o STF já considerou que, em casos de furto, a reincidência não afasta a aplicação do princípio da insignificância, como ocorreu na decisão do Ministro Celso de Mello no HC 155.920-MG, julgado em 27 de abril de 2018, que considerou que “a situação de reincidência não descaracteriza, por si só, o fato insignificante”.

Portanto, é possível trabalhar para afastar a reincidência como uma característica autorizadora da prisão preventiva e combater uma cultura judicial que fomenta a prisão automática nesses casos.

5.4 MEDIDAS CAUTELARES

A Lei nº 12.403/2011 deu uma nova redação ao artigo 319 do CPP, exigindo que o juiz aplique medidas cautelares diversas da prisão, quando suficientes ao andamento do processo. Essas medidas, assim como a prisão processual cautelar, devem estar submetidas aos princípios da excepcionalidade e da proporcionalidade. Portanto, com esse novo texto e com a consagração de medidas cautelares diferentes da prisão preventiva, deverá o juiz verificar se o risco apontado não pode ser tutelado por alguma delas.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I_** comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II_** proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III_** proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV_** proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V_** recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI_** suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII_** internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII_** fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX_** monitoração eletrônica.

As medidas cautelares previstas pela Lei nº 12.403/2011 têm como objetivo apresentar alternativas ao encarceramento provisório de modo automático. Como mencionado, tais medidas estão previstas no artigo 319 do CPP, porém não são raras as vezes que juízes(as) aplicam cautelares não previstas em lei, revelando uma arbitrariedade judicial, como apontou pesquisa realizada pelo IDDD.²⁰ Caso isso ocorra, o(a) advogado(a) deve alegar violação ao princípio da legalidade, previsto no artigo 5º da Constituição.

A experiência do Instituto Pro Bono nas audiências de custódia mostrou que a concessão da liberdade provisória pura e simples é quase inexistente na prática. Em clara violação do processo penal constitucional, as cautelares são aplicadas de forma cumulativa sem qualquer juízo de adequação e proporcionalidade, inclusive em crimes para os quais não há previsão de aplicação de prisão preventiva.

Ocorre que, muitas vezes, a autoridade judicial desconsidera a excessiva gravidade imposta ao acusado pelas restrições estabelecidas pela lei de cautelares, que podem limitar o direito

20 IDDD. O fim da liberdade. A urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia, 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/09/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 12 março 2020.

à circulação, dificultar o acesso a serviços públicos e lazer, obstaculizar o acesso a trabalhos, implicar em perda de recursos financeiros, entre outros.

Por essa razão, é essencial que a defesa possa dar visibilidade ao impacto das cautelares na vida da pessoa em contato com a justiça criminal, evitando a banalização delas a serviço de uma ampliação da malha penal. Mais do que isso, é preciso ter papel ativo para afastar a aplicação de cautelares não dispostas no rol do artigo 319, por exemplo, o comparecimento periódico a Centros de Atendimento Psicossocial (CAPS) ou Igrejas, a realização de tratamento médico, o acompanhamento obrigatório em serviço social, entre outras.

Esse trabalho começa na entrevista prévia, quando cabe aos advogados(as) questionarem a pessoa presa sobre quais cautelares ela consegue de fato cumprir, de forma a evitar que o descumprimento de alguma delas resulte em decretação de prisão preventiva. Nesse momento, fazer perguntas que esclareçam a dinâmica da sua vida pode ajudar o(a) advogado(a) a definir, com ela, a cautelar menos restritiva de direitos. É possível evitar, por exemplo, o recolhimento noturno para quem trabalha ou estuda à noite; a proibição de ser visto(a) próximo(a) a biqueiras se a pessoa reside em território marcado pelo tráfico de drogas; a determinação de comparecimento mensal em juízo para mulheres que não possuem uma rede para cuidar dos filhos em sua ausência, entre outros.

Questionamentos que podem ser realizados:



Você teria com quem deixar seus filhos enquanto comparece ao fórum para assinar a medida cautelar de comparecimento mensal em juízo? Você perderia um dia de trabalho caso tivesse de ir ao fórum assinar a medida cautelar de comparecimento mensal em juízo? Em que horário você trabalha? Você estuda em qual período do dia? Você reside perto do local dos fatos?

Comparecimento periódico em juízo

Nesse caso, é necessário explicar para a pessoa custodiada que ela deve comparecer ao fórum durante o período determinado pelo(a) juiz(a) para assinar um documento e justificar suas atividades. Ela não receberá notificação após a audiência informando quando ela deve ir ao fórum, sendo, portanto, de sua responsabilidade e autonomia apresentar-se – semanal ou mensalmente – nos períodos fixados pelo(a) juiz(a).

É importante também cientificar o(a) custodiado(a) de que, se esquecer de comparecer em juízo, ele(a) deve procurar urgentemente a Defensoria Pública ou um(a) advogado(a) para apresentar um pedido de justificativa ao juiz(a).

Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares

Nessa situação, explicar que o(a) juiz(a) proibiu a frequência a alguns lugares (como a casa na qual a pessoa residia, bares, restaurantes, ruas, etc.) para evitar o cometimento de novos crimes.

Proibição de manter contato com pessoa determinada

Essa medida cautelar significa que o(a) juiz(a) entendeu que, em razão do suposto crime cometido, o(a) custodiado(a) não poderá entrar em contato ou estar próximo(a) de determinada pessoa. Dentro dessa obrigação, pode estar a proibição de manter contato físico, telefonar ou até mesmo mandar mensagem ao(à) indicado(a) na decisão, por exemplo, esposa, marido ou algum(a) amigo(a) que tenha sido preso(a) juntamente com pessoa custodiada na data do fato.

Proibição de ausentar-se da Comarca

Essa medida significa que a pessoa custodiada **não** pode sair da cidade na qual possui residência fixa. Se ela se mudar, deve informar o novo endereço no processo.

Caso ela tenha de se ausentar ou viajar por mais de dez dias, oriente-a a ir ao fórum para solicitar autorização ao juiz(a) responsável pelo processo.

Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga

Essa medida cautelar restringe o direito de permanecer na rua ou em outros espaços que não sejam a própria casa (ou albergue) entre 20h e 7h. Caso a pessoa consiga algum trabalho no período noturno, é muito importante informar isso ao(à) juiz(a) responsável pelo processo e pedir a autorização dele(a) para exercer a atividade.

Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira

Essa medida cautelar é utilizada em crimes contra a administração pública, ou contra a ordem econômica e financeira, e, ainda, nos delitos praticados contra a ordem tributária, com o intuito de prevenir o cometimento de crimes no exercício de tal função ou atividade.

Internação provisória do acusado

No caso de o(a) preso(a) ser uma pessoa com deficiência mental ou em tratamento por questões

de saúde mental, é preferível que a defesa não levante essa circunstância em audiência, a fim de evitar uma internação, pois além de esta ser pautada por uma suposta futurologia de reiteração criminosa, a lei não impõe uma limitação ao tempo de duração, podendo gerar diversos abusos.

Destaca-se que a cautelar de internação provisória, prevista no artigo 319, VII, do CPP, só poderá ser aplicada quando: a) o crime for cometido com violência ou grave ameaça; b) a inimputabilidade ou semi-imputabilidade for demonstrada por perícia; e c) houver risco de reiteração criminosa.

No que tange à perícia, importante observar a Portaria nº 94/2014²¹, do Ministério da Saúde, que trata da adoção de medidas terapêuticas preferencialmente comunitárias e com base em Projeto Terapêutico Singular para pessoas com transtorno mental em conflito com a lei.

Desse modo, deve-se sempre priorizar medidas de tratamento ambulatorial em liberdade, pois é apenas em liberdade que as pessoas com demandas de saúde mental podem exercer seus direitos a tratamento de qualidade. Por isso, questione em entrevista prévia se o(a) atendido(a) já fez algum acompanhamento em equipamentos de saúde, se passa em consulta com psiquiatra ou psicólogo, entre outros.

Aplicação de fiança

Nos casos em que acusados(as) de crimes patrimoniais tiverem fiança aplicada na delegacia, é essencial que seja traçado o perfil econômico contabilizando os gastos com aluguel, comida, cuidados dos filhos, remédios, etc., de forma a demonstrar que a medida significará, na verdade, uma prisão para o(a) custodiado(a).

A aplicação da fiança deve ser orientada pelo binômio gravidade do crime e condições socioeconômicas do(a) acusado(a) (artigo 350 do CPP), evitando-se, assim, prisões ilegais em decorrência da situação de pobreza das pessoas em contato com a justiça criminal.

Como emitir guia de fiança?

A guia de fiança é normalmente emitida no Portal de Custas (*on-line*) dos Tribunais de Justiça dos Estados. Algumas informações são necessárias para realizar essa emissão: a) número do processo, b) valor da fiança e c) CPF da pessoa presa ou de terceiro responsável pelo pagamento. Após o pagamento, é preciso levar o comprovante no cartório responsável pelas audiências de custódia no fórum para que seja expedido o alvará de soltura.

21 MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria nº 94, de 14 de janeiro de 2014*. Institui o serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis à pessoa com transtorno mental em conflito com a Lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0094_14_01_2014.html. Acesso em: 12 março 2020.

Monitoração eletrônica

O monitoramento por tornozeleira eletrônica faz parte do rol de medidas cautelares e sua determinação pelo(a) juiz(a) depende muito do caso concreto, sendo utilizado na maioria das vezes para evitar evasão ou fuga do(a) acusado(a) ou impedir que ele(a) se aproxime de determinados locais.

Nesse caso, é colocada na pessoa presa uma tornozeleira, que captura, via satélite, informações sobre localização e as envia para uma central em tempo real. Se ela ultrapassar o perímetro determinado pela Justiça ou romper o equipamento, um alarme é disparado. Importante observar que a bateria da tornozeleira deve ser carregada uma vez ao dia, o que pode onerar especialmente as pessoas em situação de rua, e que ela funciona mesmo em locais em que não há sinal de celular.

A monitoração eletrônica deve ser entendida como medida subsidiária e excepcional, uma vez que tem um potencial lesivo e discriminatório, podendo acarretar prejuízos às pessoas submetidas a ela. Além disso, sua possível aplicação deve considerar as individualidades do(a) custodiado(a), como condições de trabalho, saúde, crença, etc. Ademais, deve-se, na medida do possível, priorizar a determinação de cautelares menos gravosas.

ATENÇÃO

O descumprimento das cautelares determinadas em juízo sem justificativa comprovada pode gerar medida mais gravosa. O(A) juiz(a) pode adicionar outras medidas as já postas **ou até mesmo decretar a prisão preventiva**. Essas consequências devem ser informadas à pessoa custodiada.

Desse modo, durante a manifestação em audiência de custódia, deve-se evitar realizar pedidos genéricos de aplicação de cautelares. Além de exemplificar a medida, os requerimentos devem demonstrar a sua adequação à situação do caso concreto e de que forma são suficientes para garantir a instrução e a aplicação da lei penal, sendo desnecessária a aplicação de medidas cautelares privativas de liberdade.

INDIVIDUALIDADES E DISCRIMINAÇÕES NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



6 _ DISCRIMINAÇÃO RACIAL E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Informações coletadas, durante monitoramento das audiências de custódia, por meio de uma pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)²² demonstram que o racismo estrutural opera no sistema de justiça criminal brasileiro de forma substancial, o que leva ao encarceramento massivo de negros(as). Dados desse estudo apontam ainda que, nos casos de audiências de custódia,²³ negros(as) representam 64,1% dos atendidos contra 35,7% de brancos(as), 0,15% de amarelos(as) e 0,05% de vermelhos(as) ou indígenas.

Ao lado disso, relatório de levantamento de dados do Infopen²⁴ revela que 44,8% das pessoas privadas de liberdade são pardas e 16,8% são negras. Ou seja, 63,6% da população carcerária nacional é formada por pardos(as) ou pretos(as).

Cabe lembrar que o racismo estrutural faz parte não só do sistema de justiça criminal, mas dos discursos de muitos operadores do direito.

Em 2010, o Brasil instituiu o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288, de 20 de julho de 2010), cujo objetivo é estabelecer princípios e diretrizes no sentido de garantir à população negra igualdade de oportunidades, defender direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e combater a discriminação e todas as formas de intolerância étnica.

De acordo com o art. 1º, parágrafo único, I, do Estatuto de Igualdade Racial, discriminação racial ou étnico-racial é

toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada.

22 IDDD. O fim da liberdade. 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/09/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

23 IDDD. *O fim da liberdade*. 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/09/OFimDaLiberdade_completo.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

24 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Atualização - Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 12 março 2020.

Já a desigualdade racial é descrita como “toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica”, conforme art. 1º, parágrafo único, II, do referido Estatuto.

A promulgação da Lei nº 12.288/2010 impõe ao Estado o dever de elaborar e adotar políticas públicas para combater toda forma de discriminação racial e desigualdades que atingem os(as) afro-brasileiros(as), de forma a promover maior segurança a esse grupo social e de impedir práticas que reforcem o racismo estrutural.

Portanto, é importante que advogados(as) e operadores do direito em geral estejam atentos para as práticas institucionais que reforçam a seletividade penal e o racismo estrutural, especialmente na tomada de decisão de autoridades policiais, responsáveis pela prisão em flagrante, e de magistrados(as). Caso o(a) advogado(a) verifique no auto de prisão em flagrante indícios de que esta foi realizada e/ou justificada na suposta condição criminosa da pessoa custodiada, sem a diligência ou indícios suficientes, ele(a) deve pedir o relaxamento da prisão, considerada ilegal.

7_ GÊNERO E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento feminino no Brasil chegou a 455%, acompanhando o contexto internacional de crescimento do encarceramento de mulheres.²⁵

Mães, pobres, negras e de baixa escolaridade,²⁶ o perfil das detentas no Brasil evidencia a forma como o sistema de justiça criminal produz discriminações com a intersecção de diversos eixos de desigualdade, que tornam a experiência da prisão ainda mais violenta e produtora de vulnerabilidades. Por essa razão, é essencial que defensores(as) nas audiências de custódia sejam capazes de mobilizar argumentos de gênero para garantir a liberdade de mulheres e dar visibilidade às especificidades do aprisionamento feminino.

25 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. INFOPEN Mulheres. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf. Acesso em: 12 março 2020

26 ITTC. Mulheres sem prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. ITTC, 2017. Disponível em: <http://itcc.org.br/mulheresemprisao/>. Acesso em: 12 março 2020.

Reconhecendo que as discriminações de gênero têm efeitos no âmbito da justiça criminal, foi aprovada em 2010 as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok)²⁷.

Regras de Bangkok

Regra 57: As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado

As Regras de Bangkok devem orientar as estratégias jurídicas adotadas por advogados(as) nas audiências de custódia. Isso significa que desde a entrevista prévia é essencial que o(a) advogado(a) seja capaz de criar um ambiente de escuta para a mulher presa em flagrante para que construa argumentos jurídicos com ela, respeitando a sua autonomia.

Mais do que isso, ouvir a mulher em situação de prisão é essencial para compreender a particularidade de sua trajetória e o histórico de vitimização anterior; qualificar junto a ela a alternativa à prisão mais adequada ao seu caso; e entender os impactos da aplicação da pena privativa de liberdade às pessoas sob seu cuidado, sejam filhos, sejam parentes próximos. Todos esses elementos poderão ser utilizados na manifestação da defesa ou em eventuais recursos para demonstrar a desnecessidade e desproporcionalidade da prisão preventiva.

Importante ressaltar que a maior parte das mulheres apresentadas em audiência de custódia são acusadas de tráfico de drogas (62% segundo o INFOPEN Mulheres de 2018). Por essa razão, é importante que a defesa esteja atenta a argumentos que possam apontar para as vulnerabilidades vivenciadas por mulheres acusadas de tráfico ou usuárias de drogas, conforme recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos²⁸:

No contexto das políticas criminais em matéria de drogas, a CIDH alenta os Estados a adotar medidas integrais que incluam uma perspectiva de gênero, e considerem, pelo menos, os seguintes aspectos: a) baixo nível de participação dentro da cadeia da atividade comercial e do tráfico destas substâncias; b) ausência de violência na prática destas condutas; c) impacto nos vínculos de cuidado e proteção como consequência de seu encarceramento; d) inclusão do enfoque de reinserção social;

27 As Regras foram traduzidas para o português em 2016 e podem ser acessadas neste link: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento-regras-de-bangkok.pdf>. Acesso em 12 março 2020.

28 CIDH. *Medidas para reduzir a prisão preventiva*. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 12 março 2020.

e e) situação de violência e exclusão social e laboral enfrentada na região por esta população. Além disso, na aplicação de medidas alternativas devido a uma acusação relacionada com o uso problemático de drogas, as mulheres devem ter acesso a serviços comunitários que considerem questões de gênero, e ofereçam apoio psicológico. (CIDH, 2017, Recomendação 7)

7.1 MATERNIDADE

A ruptura de laços de proteção originada pelo encarceramento de mulheres expõe sua família à situação de pobreza, marginalidade e abandono, e é importante que o(a) defensor(a) seja capaz de expor esse processo nas audiências e em eventuais recursos.

Nesse sentido, diversas normativas nacionais e internacionais reconhecem que a maternidade impõe aos atores judiciais a necessidade de aplicação de alternativas à prisão por conta dos efeitos gerados na vida de crianças e adolescentes pelo rompimento dos vínculos familiares. Mas não é só, o cárcere também representa um risco à saúde de grávidas e lactantes em privação de liberdade²⁹.

O Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) reconhece o direito social à proteção da maternidade e da infância e estabelece que mulheres com crianças de até 12 anos e gestantes devem ter sua prisão preventiva substituída por domiciliar. Restou clara que a opção do legislador foi privilegiar o contato das mães com seus(suas) filhos(as) em período essencial ao desenvolvimento deles(as), independentemente de a mulher ser ou não a única responsável por cuidar da(s) criança(s).

Além disso, a lei também reconhece que homens com filhos(as) de até 12 anos podem ter sua prisão substituída por domiciliar desde que ele seja o único responsável pelo cuidado da(s) criança(s).

Art. 318 do CPP. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

IV_ gestante

V_ mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI_ homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

29 Ver a pesquisa Dar à luz na sombra, da Série Pensando o Direito, nº 51, do Ministério da Justiça. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longe-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2020.

O *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641 do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou a necessidade de aplicar medidas alternativas à prisão para mulheres, determinando que “para apurar a situação de guardiã dos seus filhos da mulher presa, dever-se-á dar credibilidade à palavra da mãe”. Nessa oportunidade, o STF concedeu o *habeas corpus* para substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (CPP) – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

A decisão do STF norteou a aprovação da Lei nº 13.769/2018, que incluiu, no Código de Processo Penal, o art. 318-A e o art. 318-B, prevendo que a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar à gestante ou mãe ou responsável por crianças ou por pessoas com deficiência só é possível se o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça e também se não foi praticado contra filhos ou dependentes. Dessa forma, a referida lei acabou restringindo a aplicação da prisão domiciliar definida no *habeas corpus* coletivo.

Art. 318-A do CPP. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

- I_ não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
- II_ não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B do CPP. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Mas é importante mencionar que, ainda assim, a decisão do STF e a normativa posterior são importantes instrumentos jurídicos a serem utilizados pela defesa em suas estratégias para garantir a liberdade de mulheres. Aquela deve incorporar como pedido subsidiário a aplicação da prisão domiciliar para mulheres gestantes e mães com filhos de até 12 anos, articulando tal pedido com informações obtidas no diálogo com a custodiada sobre a responsabilidade no sustento e cuidado das crianças (atividades de acompanhamento escolar, consultas médicas, entre outras).



-
- ❖ Você tem filhos(as)? Qual a idade deles(as)?
 - ❖ Você está grávida?
 - ❖ Encontra-se em período de amamentação?
 - ❖ Seus(Suas) filhos(as) estavam com você no momento da prisão?
 - ❖ Com quem seus(suas) filhos(as) estão neste momento? A quem você confiaria o cuidado deles(as)?

- Você e seus(suas) filhos(as) são acompanhados por assistentes sociais ou psicólogos(as)?
 - É possível obter a documentação de seus(suas) filhos(as) com algum familiar ou amigo(a)?
-

É por essa razão que uma defesa com perspectiva de direitos humanos deve incorporar perguntas como as listadas abaixo na entrevista prévia com mulheres.

De fato, a prisão domiciliar se mostra como medida menos invasiva do direito das mulheres e seus(suas) filhos(as). Contudo, ainda se trata de uma privação de liberdade. Sendo assim, deverá o(a) advogado(a) em diálogo com a mulher presa em flagrante encontrar as dinâmicas de cuidado necessárias para essa mulher, formulando perguntas que possam favorecê-la no momento da audiência.



- Quem é responsável por enviar seus(suas) filhos(as) à escola?
 - Você recebe bolsa família?
 - Apenas a senhora é responsável pelo sustento da casa?
 - Seu(sua) filho(a) necessita de cuidados médicos?
 - Você faz acompanhamento médico ou realiza algum tratamento de saúde?
-

Com base nessas perguntas, juntamente com o pedido de prisão domiciliar, deverão ser formulados na audiência pedidos de autorização para que a mulher possa receber a bolsa família no banco, levar o(a) filho(a) para a escola ou mesmo trabalhar.

Em outubro de 2018, em decorrência da não aplicação do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641 por parte de juízes de primeira instância e dos tribunais, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu *habeas corpus* de ofício, indicando que não configuram situação excepcionalíssima: A concepção de que a mãe que trafica põe sua prole em risco e, por este motivo, não é digna da prisão domiciliar, não encontra amparo legal e é dissonante do ideal encampado quando da concessão do *Habeas Corpus* Coletivo.

Não configura situação excepcionalíssima, apta a evitar a concessão da ordem no caso concreto, o fato de o flagrante ter sido realizado pela suposta prática de tráfico de entorpecentes na residência da presa.

Não deverá ser feita exigência de apresentação de certidão de nascimento para apreciação, facultado ao juiz a solicitação direta pelo sistema CRC-Jud, devendo, de qualquer forma, proferir a decisão.

A existência de atos infracionais pretéritos não justifica a excepcionalidade necessária para afastar a aplicação do *Habeas Corpus* Coletivo.

Pedidos de suspensão do poder familiar

A suspensão do poder familiar é uma restrição ao exercício da função da maternidade ou paternidade, prevista no art. 1.637 do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) estabelece que tal procedimento deve ser iniciado pelo Ministério Público ou por parte interessada, por meio de uma petição inicial que informe os fatos e as provas que serão produzidas. À vista disso, em caso de suposta negligência, violência, ou exploração contra a criança, os genitores terão o direito e a oportunidade de apresentar a sua defesa em um processo que será tramitado em vara especializada da infância e da juventude.

O ECA prioriza a manutenção e a recomposição dos laços de afetividade entre pais e filhos frente à possibilidade de suspensão ou perda desse vínculo. O art. 23 do Estatuto é expresso ao determinar que: i) a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar; ii) a presença de transtornos mentais ou deficiências tampouco é impeditivo ao convívio familiar; iii) a condenação criminal não implica a destituição do poder familiar.

Assim, eventual decisão judicial, em sede de audiência de custódia, que determine a suspensão do poder familiar é ilegal e representa antecipação da punição. Afinal, as medidas cautelares têm como finalidade assegurar o andamento processual e devem ser restritas ao rol taxativo da lei, de modo que a hipótese de aplicação da suspensão do poder familiar é totalmente desproporcional, inadequada e sem qualquer fundamentação legal.

Não cabe ao juiz criminal assumir a competência da jurisdição civil sob o argumento de proteção dos direitos das crianças. Mulheres grávidas e/ou com filhos menores de 12 anos, incluindo as detidas e presas, têm direito de exercer a maternidade com o amparo do Estado. Isso significa que fazem jus aos serviços de saúde e atenção assistencial e ao rol de direitos previstos no Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), os quais asseguram o fortalecimento dos vínculos familiares e impedem a suspensão do poder familiar sem acesso ao procedimento processual adequado e à ampla defesa.

7.2 MULHERES TRANSGÊNERO

No caso de mulheres transgênero encaminhadas à audiência de custódia, por exemplo, é essencial que os(as) defensores(as) e outros atores do sistema de justiça respeitem o nome social delas. Conforme determinado pelo STF na ADI 4275, transexuais têm direito à alteração do gênero no registro civil, mesmo sem ter feito a cirurgia de mudança de sexo. No mesmo

sentido, o Decreto nº 8.727/2016, em seu artigo 2º, determina que órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, em seus atos e procedimentos, deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual, de acordo com sua reivindicação.

Ademais, no caso de decretação da prisão preventiva, é importante que a defesa requeira a decisão sobre o local da prisão seja tomada com participação da mulher transgênero, para que ela possa escolher a unidade feminina ou masculina³⁰.

8_PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DOENÇAS GRAVES

É essencial que a defesa esteja atenta às particularidades de pessoas presas em flagrante, abordando em juízo as condições individuais que tornam a prisão preventiva ainda mais violadora do direito à integridade física e pessoal.

Pessoas com deficiência ou portadoras de doença grave presas em flagrante exigem especial atenção dos(as) defensores(as). Por essa razão, mais uma vez a entrevista prévia se mostra como ferramenta para que em diálogo com o(a) custodiado(a) seja possível obter as informações necessárias para fundamentar pedidos de liberdade. É importante, então, formular perguntas sobre a dinâmica da vida dessas pessoas, assim como suas demandas de saúde:



- ❖ Quais são as suas dificuldades de acessibilidade?
- ❖ Você necessita de ajuda de outras pessoas para realizar atividades diárias?
- ❖ Quantas vezes por semana (ou por mês) precisa ir a um médico?
- ❖ Faz algum acompanhamento na rede de saúde do SUS?
- ❖ Faz algum acompanhamento em CAPs ou psiquiatra?
- ❖ Depende de algum medicamento? Esse medicamento está disponível no SUS?

30 CIDH, Medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.163, 3 de julio 2017, págs. 146-147. Disponível em: <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Medidas%20dirigidas%20a%20reducir%20el%20uso%20de%20la%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20en%20las%20Am%C3%A9ricas.pdf>

Algumas normativas podem e devem ser mobilizadas pela defesa na audiência de custódia e em eventuais recursos para afastar a aplicação da prisão preventiva, seja para a concessão de liberdade provisória ou, como prevê o artigo 318, I e II, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar para pessoas maiores de 80 anos ou debilitadas por motivo de doença grave.

No que tange às pessoas com deficiência, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece um modelo social para abordar a deficiência, segundo o qual esta se relaciona com as barreiras e limitações sociais que impossibilitam os indivíduos de exercer seus direitos de maneira efetiva. Essa concepção é também adotada pela Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) e deve ser, portanto, aplicada por defensores(as).

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Art. 14(2). Os Estados Partes assegurarão que, se pessoas com deficiência forem privadas de liberdade mediante algum processo, elas, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, façam jus a garantias de acordo com o direito internacional dos direitos humanos e sejam tratadas em conformidade com os objetivos e princípios da presente Convenção, inclusive mediante a provisão de adaptação razoável.

Deve ser levado à audiência o fato de a prisão ser um espaço de violência e intensificação de vulnerabilidades, reforçando ainda mais as barreiras criadas para o acesso a direitos de pessoas com deficiência: dificuldades de locomoção (como ausência de cadeiras de rodas), ausência de postos de trabalho adequados para remição de pena, inexistência de atividades voltadas para inclusão, entre outras. Na prática, a prisão é em si um obstáculo à acessibilidade, de forma que é apenas em liberdade que essas pessoas podem acessar seus direitos.

Importante mencionar que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*³¹ responsabilizou internacionalmente a Guatemala em razão da ausência de cuidados de saúde durante a permanência da Sra. Chinchilla na prisão. No mais reconheceu que era inadequada a manutenção de pessoa com deficiência em cárcere, entendendo que, nesses casos, é essencial que atores do sistema de justiça apliquem medidas alternativas à prisão.

Já pessoas com saúde debilitada ou enfermidades graves não devem permanecer presas não apenas pelo fato de o cárcere não permitir o acesso a um tratamento adequado e de qualidade, mas também em razão de a própria privação de liberdade intensificar problemas de saúde anteriores ou gerar novos, até porque, apesar de a Portaria Interministerial nº 1/2014 ter instituído a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do SUS, muitas unidades não contam com equipe médica mínima.

31

CtIDH. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. Sentença de 29 de fevereiro de 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf. Acesso em 12 março 2020.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que excepcionalmente é possível substituir a prisão preventiva pela domiciliar em casos de doença grave, desde que se cumpra com dois critérios: *i) comprovação da doença por meio de documentação médica e ii) impossibilidade de tratamento nos estabelecimentos prisionais*. (HC 415.508/RJ, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma. Julgado em 12 dez. 2017. Publicado no DJe 19 dez. 2017)

**COMO PROVAR
A IMPOSSIBILIDADE
DE TRATAMENTO
NAS UNIDADES
PRISIONAIS?**



Oficiar a unidade prisional para obter informações sobre o número de médicos e enfermeiros.



Pesquisar se o município, em que está a referida unidade prisional, aderiu à Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade (PNAISP).

9_PESSOAS IDOSAS

De algum modo, muitas vezes, idosos(as) vivenciam experiências de violência na prisão que articulam discriminações referentes à idade, deficiência e a condições de saúde. Além de se apropriar das argumentações expostas anteriormente, o Código de Processo Penal também traz a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar para pessoas com mais de 80 anos.

Contudo, indivíduos em situação de prisão tendem a ter um envelhecimento precoce em razão da junção de diversas vulnerabilidades sociais e econômica, de forma que poucos(as) presos(as) chegam a essa idade. Por essa razão, deve-se requerer em audiência de custódia que a legislação processual penal seja adequada à normativa mais protetiva aos idosos, qual seja, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que determina em seu art. 1º que as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos são as destinatárias da proteção dessa lei.

10_POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Como já foi apresentado, algumas circunstâncias podem favorecer o convencimento do(a) juiz(a) sobre a desnecessidade da aplicação da prisão preventiva, como trabalho, endereço fixo e vínculos familiares e com a comarca. Isso não significa que deva ser aplicada automaticamente a privação de liberdade às pessoas que não apresentem as circunstâncias supramencionadas.

O papel do(a) defensor(a), cuja perspectiva se norteia pelos direitos humanos, é, justamente, encontrar e aplicar estratégias para combater a criminalização das pessoas em situação de pobreza e outras vulnerabilidades sociais.

10.1 CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

Até 2009, “mendigar por ociosidade ou cupidez” era tipificado como uma contravenção penal com previsão de prisão entre quinze dias e três meses, conforme previa o artigo 60 do Decreto nº 3.688/1941.³² Apesar desse artigo no referido decreto ter sido revogado, ele continua a determinar em seu artigo 59 idêntica sanção para aquele(a) que se entrega “habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover a própria subsistência mediante ocupação ilícita”. Importante destacar que a atual redação é bastante semelhante com a criminalização da “vadiagem”, prevista no Código Criminal Brasileiro de 1891. É de maneira explícita, portanto, que o Estado historicamente condena o trabalho informal e os meios de subsistência da população negra e pobre.

É de forma explícita também que os atores do sistema de justiça utilizam-se desses mesmos elementos – ocupação laboral, moradia e família – para embasar suas decisões e justificar a prisão. Veja, por exemplo, a seguinte decisão em audiência de custódia:

Assim, restou evidenciada a gravidade concreta da conduta da investigada, abordado ocultando estupefacientes de alto poder viciante e vulnerante. Finalmente, a averiguada ostenta condenação depurada pela prática do mesmo

delito, bem como recente passagem por tráfico de drogas, em janeiro do corrente ano, havendo processo em curso, a indicar que faz da mercancia de drogas sua forma de vida e que, em liberdade, não conseguiu se afastar da seara criminosa, sendo de rigor a decretação da prisão para garantia da ordem pública. Ademais, trata-se de moradora de rua, de maneira que sua prisão também se mostra necessária para garantir a aplicação da lei penal. Desse modo, presentes os requisitos e fundamentos legais, de rigor a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

A Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no entanto, é direta em seu Protocolo nº 1, inciso X, ao determinar a não penalização da pobreza:

A situação de vulnerabilidade social das pessoas autuadas e conduzidas à audiência de custódia não pode ser critério de seletividade em seu desfavor na consideração sobre a conversão prisão em flagrante em preventiva. Especialmente no caso de moradores de rua, a conveniência para instrução criminal ou a dificuldade de intimação para o comparecimento a atos processuais não é circunstância apta a justificar a prisão processual ou medida cautelar, devendo-se garantir, ainda, os encaminhamentos sociais de forma não obrigatória sempre que necessários, preservada a liberdade e autonomia dos sujeitos.

Por isso, no *Habeas Corpus 391159/2017-SP*, impetrado pela Defensoria Pública ao STJ, o Ministro Sebastião Jr. considerou que: “O simples fato de a paciente ser moradora de rua, por si só, não consubstancia a fundamentação idônea para a imposição de medida mais severa”.

De maneira igualmente positiva, o Instituto Pro Bono já teve reconhecido em audiência de custódia que a situação de rua não é motivo razoável para o encarceramento humano.

Neste aspecto, é bom lembrar que a pobreza e a situação de rua não são motivos razoáveis para o encarceramento humano. Medidas de inclusão social devem ser aplicadas em outras esferas. Não é a punição e a suposta ressocialização pretendidas pela Justiça Criminal que irão colaborar para a reinserção social de pessoa que vive em condição de miserabilidade. Mostra-se absolutamente desproporcional a decretação de prisão preventiva unicamente porque a pessoa, na condição de moradora de rua, não possui endereço fixo. **Trata-se de forma abjeta de se punir a pobreza, retirando da sociedade, pela força, aquilo que a incomoda. Se o Estado, por seus meios, não é capaz de garantir a participação dessa população no processo penal, não pode transferir esse ônus a ela, decretando a sua prisão preventiva somente para “assegurar” a persecução penal.** Outros meios que não a prisão preventiva devem ser buscados pelos interessados na aplicação da Lei Penal. (Termo de audiência de custódia, outubro de 2017)

DESAFIOS NO ATENDIMENTO À POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

A pessoa em situação de rua é a que menos tem acesso a direitos, seja por ser excluída dos serviços públicos, por não conseguir acessar fisicamente um atendimento que, em geral, é centralizado, seja pela constante violência e discriminação institucional que sofre, resultando numa desconfiança em relação aos atores do sistema de justiça. Além disso, geralmente tem dificuldade em apresentar documentos, sendo muitas vezes criminalizada por isso, por exemplo, quando a apresentação de documentação falsa é descrita como um dos crimes no boletim de ocorrência.

É comum que indivíduos nessa situação não mantenham residência ou local fixo por longos períodos de tempo, por serem pobres economicamente, o que faz com que, em várias ocasiões, estejam associadas a crimes patrimoniais como furto, podendo, inclusive, apresentar antecedentes criminais nesse sentido. Em muitos casos, elas têm demandas de saúde e são dependentes químicas, e o estigma moral de algumas drogas como crack é, em diversos momentos, mobilizado para justificar a prisão ou a medicalização forçada dos usuários e usuárias.

Com isso em vista, é importante que os(as) defensores(as) redobrem os cuidados no atendimento, de modo a compreender quais as demandas que o Estado tem o dever de suprir, quais as hipóteses de relaxamento da prisão, quais medidas cautelares são mais adequadas e quais os encaminhamentos à rede socioassistencial são possíveis, sempre respeitando e preservando a autonomia de escolha do(a) atendido(a). Ademais, no momento da entrevista prévia é importante compreender com quais serviços públicos a pessoa apresenta algum vínculo (CREAS, CAPS, Centro Pop ou CRAS), pois isso pode contribuir na formulação da defesa.

Em relação aos casos de relaxamento da prisão em flagrante, **o(a) defensor(a) deve ficar atento(a) às teses de insignificância (ex.: furto de alimentos, roupas, valores baixos) e à desclassificação de tráfico de drogas para uso, desenvolvidas no tópico “Antes da Audiência de custódia”.**

No que tange à aplicação de medidas cautelares à população em situação de rua, a Resolução 213, de 2015, do CNJ e a jurisprudência dos tribunais superiores têm considerado que a situação de rua não é motivo idôneo para aplicação da prisão processual. Medidas como o comparecimento periódico já suprem a garantia de não obstrução das investigações e da persecução penal. Mas outras cautelares como fiança e recolhimento domiciliar noturno são totalmente descoladas da realidade dessas pessoas e sua determinação seria

excessivamente onerosa, ou até mesmo impossível de cumprir³³.

É importante lembrar que o cárcere é um espaço de violência institucional que contribui para a ruptura de vínculos familiares e com a comunidade, aspectos que já representam um problema *a priori* para moradores e moradoras em situação de rua. Além disso, a prisão cria um estigma social profundo a ponto de dificultar e até mesmo impossibilitar o acesso formal ao mercado de trabalho e a fontes de renda consideradas legais, obstáculos que também se apresentam *a priori* para populações vulneráveis.

Por isso, é papel da defesa garantir que as cautelares aplicadas à população em situação de rua se restrinjam àquelas previstas em lei e sejam proporcionais e adequadas. Isso significa dizer que, durante a defesa e na elaboração dos pedidos, devem ser respeitadas as trajetórias individuais da pessoa atendida e as possibilidades reais de cumprimento das medidas.

11_PESSOAS MIGRANTES

Migrantes também apresentam questões no que se refere a endereço fixo, trabalho formal e documentação. Além disso, o já revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) deixa como resquícios entendimentos não mais aplicáveis, tal como a possibilidade de deportação. Veja, por exemplo, a seguinte decisão de audiência de custódia realizada em 2018:

De fato, a atuação do(a)s encarcerado(a)s espelha periculosidade concreta, visto que (i) os presos são colombianos e estão no Brasil com visto de turistas; (ii) não foi indicado residência permanente, tampouco qualquer elemento que permita que irão comparecer aos atos do processo e permitir a adequada persecução penal, já que não possuem qualquer vínculo com o distrito da culpa, sobretudo pela afirmação deles de que estão em São Paulo há apenas 10 dias; (iii) como se não bastasse, sua custódia cautelar é imperiosa para garantir a aplicação do Estatuto do Estrangeiro, com possível aplicação de expulsão dos indiciados do país, após o devido processo legal; (iv) assim, a sua manutenção no cárcere, ao menos por ora, mostra-se imperiosa para assegurar a aplicação da Lei Penal; (v) por fim, destaque-se que o delito foi praticado com destreza e ousadia, em shopping vigiado, com petrechos para fins de subtrair, de vitrine, aparelho celular de elevado valor; (vi) isso indica também que os custodiados podem não ser furtadores ocasionais, mas pessoas com conhecimento de prática de

33 O relatório O impacto da lei das cautelares nas prisões em flagrante na cidade de São Paulo, publicado pela organização Sou da Paz em 2014, observou que na cidade de São Paulo a fiança é aplicada em 69,7% no universo das demais medidas previstas em lei. Disponível em: https://rejusticacriminal.files.wordpress.com/2014/09/lei_das_cautelares_2014_digital.pdf.

delitos, representando assim, risco à ordem pública. (Termo de audiência de custódia realizada pelo Instituto Pro Bono, 2018).

O QUE PREVIA O ESTATUTO DO ESTRANGEIRO?

O Estatuto do Estrangeiro foi elaborado em 1980 sob uma perspectiva de segurança nacional durante o período político do regime militar. Assim, a migração não era entendida como direito, mas como potencial ameaça. Por isso, não autorizava, por exemplo, a participação política de imigrantes e criminalizava sua entrada ou estadia irregular por meio de deportação compulsória.

O QUE PREVÊ A NOVA LEI DA MIGRAÇÃO?

A Lei nº 13.445/2017 é pautada por princípios e diretrizes como a universalidade, os direitos humanos, a não discriminação, a não criminalização, a acolhida humanitária, a igualdade de tratamento e a inclusão social. Por isso, o tratamento de imigrantes em audiência deve observar tais pressupostos. Ademais, a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) prevê: i) acesso consular à pessoa estrangeira e ii) assistência de intérprete durante a audiência.

Em relação ao direito à tradução, este também é assegurado pelo Código de Processo Penal, art. 193, e pelo artigo 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário desde 1996.

Veja a normativa internacional

Opinião Consultiva nº 16/99 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre O DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE A ASSISTÊNCIA CONSULAR NO ÂMBITO DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.³⁴

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, conforme art. 36 da Convenção de Viena, os direitos individuais ao estrangeiro detido, entre eles o direito à informação consular, o qual deve ser prestado sem demora, isto é, antes de prestar sua declaração perante autoridade judicial. Reconheceu ainda que o direito individual à informação, estabelecido no artigo 36.1.b, da Convenção de Viena

34

CIDH. Opinião Consultiva nº 16/99, de 1º de outubro de 1999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/21210opiniao.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

sobre as Relações Consulares, permite que tenha eficácia, nos casos concretos, o direito ao devido processo legal mencionado no artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Concluiu, por fim, que a não-observância do direito à informação do estrangeiro detido, reconhecido no artigo 36.1.b, da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, afeta as garantias do devido processo legal e, nestas circunstâncias [...].

12 _ ARTICULAÇÃO COM REDES SOCIOASSISTENCIAIS

A Rede Socioassistencial engloba todos os programas de atores governamentais, não governamentais e comunitários voltados para o atendimento de pessoas e famílias em situação de vulnerabilidade e faz parte da política pública denominada Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Portanto, assim como a saúde, a assistência social é um direito ao qual faz jus qualquer cidadão.

PRINCIPAIS ATENDIMENTOS / ACOMPANHAMENTOS

Cada município possui serviços de referência que se dividem em: i) proteção básica (CRAS), ii) proteção especial (CREAS, Centro POP, CDCM) e iii) transferência de renda (Bolsa Família, BPC, Renda Cidadã).

Centro de Referência de Assistência Social (CRAS)

O CRAS é a porta de entrada para a Rede Socioassistencial. Nele, há espaços de convivência para indivíduos e famílias e é possível realizar cadastros para programas sociais, como o Bolsa Família.

Esse equipamento promove, por exemplo, a articulação de outras unidades da rede socioassistencial.

Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS)

O CREAS engloba os serviços de maior complexidade e, por isso, conta com equipes

especializadas e multidisciplinares que atuam de forma continuada nos casos de indivíduos e famílias que vivenciam diversas violações de direitos. É nesse Centro, por exemplo, que se desenvolvem os programas de atendimento psicológico para adultos e crianças em situação de violência e de redução de danos sociais e à saúde decorrentes do uso de substâncias que causam dependência química.

Centros de Acolhida Especial

Existem ainda centros de acolhida voltados para o atendimento de grupo específicos, como: população em situação de rua (Centros Pop), mulheres em situação de violência (Centros de Defesa e Convivência da Mulher – CDCMs), imigrantes (Centro de Referência e Atendimento para Imigrantes – CRAI), idosos (Núcleo de Convivência do Idoso – NCI), pessoas com deficiência (Núcleos de Apoio à inclusão social para pessoas com deficiência) e população LGBTQIAP+ (Centro de Referência e Defesa da Diversidade – CRD). Vale ressaltar que em cada município do Estado de São Paulo existe uma Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS) e uma rede de serviços mais ou menos especializada e capilarizada. Em outros Estados há também Secretarias responsáveis pela assistência social.

COMO ACIONAR A REDE

Para acionar a Rede, basta realizar uma busca por meio dos guias de serviços disponibilizados nos sites das prefeituras. Eles apresentam os equipamentos existentes, seus endereços e telefones para contato.

Em geral, o serviço frequentado pela pessoa atendida é o mais próximo ao de sua residência ou o condizente com a especialidade de que necessita, quando ela não tem endereço fixo. O ideal é acionar os funcionários da Rede tanto anterior quanto posteriormente à audiência de custódia, pois relatórios de assistentes sociais e psicólogos(as) podem contribuir na construção dos *habeas corpus* e no convencimento de desembargadores e ministros.

Em casos de usuários(as) de drogas ou indivíduos em situação de rua que são assistidos(as) pelo CRAS ou CREAS, vale coletar nesses centros informações que demonstrem ao(à) juiz(a) que a pessoa faz acompanhamento pelo Estado, de modo que a prisão implicaria em um rompimento prejudicial e inadequado ao cuidado assistencial prestado.

Se a pessoa não for acompanhada pela Rede, faz-se importante explicar para ela em entrevista prévia as possibilidades de acolhimento e acompanhamento e perguntar sobre seu interesse em frequentar os programas disponíveis na localidade. Em caso positivo, apresentar tal hipótese ao(à) juiz(a) como alternativa não obrigatória e mais adequada ao endereçamento

de violações de direitos e vulnerabilidades do que o cárcere.

ENCAMINHAMENTO SOCIOASSISTENCIAL PELO(A) JUIZ(A)

A Resolução nº 213/2015 do CNJ descreve as medidas de inclusão e proteção social como complementares às medidas cautelares diversas da prisão. Assim, o(a) juiz(a) está apto(a) a realizar encaminhamentos necessários às Redes de Atenção à Saúde e de Assistência Social de modo não obrigatório. Ou seja, a pessoa detida tem liberdade e autonomia para aderir e comparecer ou não aos programas sugeridos. Além disso, diferentemente das medidas cautelares, o descumprimento das recomendações de inclusão e proteção social não resulta em prisão e nem deve ser punido.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO ESPAÇO PARA VERIFICAR TORTURA E MAUS TRATOS



13_AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO ESPAÇO PARA VERIFICAR TORTURA, VIOLÊNCIA E MAUS TRATOS

As audiências de custódia são um importante espaço para prevenção e combate das práticas de tortura e violência, pois permite o contato da pessoa presa em até 24 horas com o(a) juiz(a), possibilitando que sejam colhidas mais provas, que vão desde a descrição narrativa do(a) custodiado(a) até a elaboração de exame de corpo e delito.

O QUE É DEFINIDO COMO TORTURA?

A **Convenção das Nações Unidas contra Tortura de 1948** define tortura como

qualquer ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.

Os(as) advogados(as) e defensores(as) têm o dever de atuar com devida diligência para proteger o direito de seus(suas) assistidos(as), respeitando os direitos humanos e suas liberdades fundamentais, conforme disposto no Princípio 14 dos Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados. Sendo assim, ao se deparar com um relato de tortura ou tratamento cruel desumano e degradante por parte da pessoa apresentada em audiência de custódia, advogados(as) devem agir de modo a buscar a reparação dessa violência.

A primeira oportunidade para que a pessoa presa em flagrante relate as agressões e violências sofridas é a entrevista prévia com seu(sua) defensor(a). Ao fazer perguntas a esse respeito, é

essencial que o(a) advogado(a) informe sobre suas responsabilidades de guardar sigilo das informações coletadas, assim como demonstre sensibilidade perante a vítima de tortura, buscando evitar revitimizações. Por isso, nesse momento, é essencial que o defensor(a) crie um espaço de escuta. Além disso, os questionamentos feitos devem ser orientados pelo Protocolo de Istambul, documento elaborado pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas com diretrizes para investigações eficazes de tortura.

Em um primeiro momento, deve-se realizar perguntas abertas, que possibilitem o(a) custodiado(a) produzir um relato sobre o instante da prisão e sobre a atuação dos agentes públicos responsáveis por ela. Identificando-se que houve algum tipo de violência, é possível reconstruir juntamente com a pessoa presa em flagrante os fatos e detalhes dos casos.

A todo momento, os(as) advogados(as) devem se atentar para as diversas formas de agressão (física, psicológica, moral, sexual), bem como para os marcadores de gênero, idade, raça e saúde que podem intensificar as violências e vulnerabilidades. Devem também exigir da autoridade judicial que a entrevista prévia seja realizada privadamente, isto é, sem a presença de autoridades policiais e carcereiros, a fim de evitar que as pessoas presas se sintam desconfortáveis para falar sobre os atos de violência, conforme Resolução nº 213/2015 do CNJ.

Apesar de o momento da entrevista ser breve, para reconstrução dos fatos podem ser formuladas perguntas como:



Identificação do local da tortura

- ❖ Que horas eram?
- ❖ Onde estava?
- ❖ Quem estava no local? Havia testemunhas?
- ❖ A pessoa foi levada diretamente à delegacia após a prisão ou ficaram rodando com o carro pela cidade?
- ❖ Havia câmeras de filmagem no local?
- ❖ Quantas pessoas estavam em sua cela no momento da prisão?
- ❖ Recebeu água e alimentação após a prisão em flagrante?
- ❖ Foi obrigado a assinar algum papel sem ter a oportunidade de ler?
- ❖ Houve alguma invasão de domicílio? Se sim, havia crianças presentes no momento da sua prisão na residência?
- ❖ Para mulheres: foi conduzida por policial do sexo feminino? Permaneceu em cela separada de homens?
- ❖ Para pessoas trans: foi chamada pelo nome social e foi respeitada a sua decisão sobre em a qual cela permanecer?

Identificação dos responsáveis

- As pessoas que efetuaram a prisão usavam algum tipo de identificação?
 - Estavam fardadas? Eram militares? Guarda Civil Municipal?
 - Foi o(a) mesmo(a) policial que o conduziu à delegacia?
 - O que foi dito pelos agentes?
-

Nesse ponto, é importante lembrar que policiais civis e militares, guarda civil municipal e carcereiros, todos estes podem praticar tortura e atos de violência no momento da prisão. É recorrente também que pessoas acusadas de furto presas em estabelecimentos comerciais sofram agressões de seguranças privados ou mesmo de populares. Desse modo, é importante que a defesa se atente a esses casos, atuando tanto para prevenir essas práticas quanto para responsabilizar aqueles que as cometeram.



Sobre as lesões:

- Qual tipo de lesão corporal? Em qual local?
 - Você sente algum tipo de dor?
 - Você foi ameaçado ou houve tortura psicológica?
 - Houve xingamentos verbais? Quais?
 - Houve algum tipo de extorsão?
 - Foi submetida à revista vexatória?
 - Para mulheres: foi revistada por policial do sexo feminino? Houve ameaças de violência sexual ou exigências de desnudamento? Ou alguma exigência de favorecimento sexual em troca da liberdade?
 - Seus filhos estavam presentes no momento da prisão? Houve algum tipo de agressão a seus filhos e familiares?
-

Diante dos relatos colhidos, cabe à defesa questionar sobre o real interesse do(a) custodiado(a) em denunciar as violências sofridas para que as mesmas perguntas sejam repetidas em juízo. Deve existir um consentimento esclarecido para que a defesa aborde em audiência de custódia os fatos narrados durante a entrevista prévia e reivindique encaminhamentos processuais para os fatos.

O consentimento informado requer que o(a) defensor(a) esteja atento(a) ao direito à informação e à autodefesa da pessoa presa em flagrante. Para isso, deverá informar ao(à) custodiado(a) sobre a possibilidade de o(a) juiz(a) questionar em audiência como foi a abordagem policial e se houve algum tipo de violência e abuso, assim como sobre as consequências de uma denúncia de violência e tortura e seus consequentes trâmites legais.

Obtendo a permissão para tratar em audiência do relato da pessoa presa e solicitar encaminhamentos, a defesa deverá cientificá-la do exame de corpo de delito que será feito após o procedimento judicial, incluindo sua função, quem o realiza e como este pode contribuir para o registro da violência.

Da mesma forma, **deverá orientar a vítima de tortura sobre como narrar os atos de agressão durante o exame médico, para que ela mencione também as violências psicológicas e mostre as lesões sofridas.**

Recomenda-se também que os(as) advogados(as) orientem o(a) atendido(a) a mostrar as lesões para a câmara durante a audiência de custódia e que requeiram à autoridade judicial permissão para tirar fotos dos ferimentos após a audiência, desde que também haja concordância da pessoa assistida. Esses documentos comprobatórios serão de extrema valia na elaboração de recursos e pedidos de liberdade e nos encaminhamentos dos casos de violência.

Após o relato de agressão aos atores do sistema de justiça nas audiências de custódia, a defesa deverá formular pedidos para a real apuração da violência e tortura. Entre os que podem ser realizados, destacam-se:

-
- ✓ Vedação da presença de policiais, soldados e guardas prisionais e outros funcionários do fórum na sala de exame médico. Se estiverem presentes, isso deverá constar no laudo médico final.
 - ✓ Formulação de quesitos específicos para elaboração do laudo de corpo e delito, a ser encaminhado ao médico que realizará o exame. Nesse documento deve constar o tipo de violência que a pessoa narrou ter sofrido, de modo a contribuir para a qualidade do exame.
 - ✓ Pedido de instauração de inquérito policial para apurar a violência ou solicitação para que a agressão seja oficiada ao Ministério Público a fim de que este tome as medidas cabíveis.
 - ✓ No caso de violência praticada por Guarda Civil Municipal, requerimento de notificação à Prefeitura da comarca para que tome encaminhamentos cabíveis para investigar os fatos.
 - ✓ Petição ao juízo para a realização de diligências que possam contribuir para a comprovação da violência, por exemplo, imagens de via pública, trajeto de GPS da viatura, nome dos policiais de plantão na delegacia no dia da ocorrência, entre outras.
-

Revista vexatória, violência contra mulher e prova ilícita

Em muitos casos, mulheres são presas com substâncias ilícitas quando ingressam no presídio para realização de visitas, passando pela realização de revista vexatória. Por ser considerada uma prática de tortura pelos organismos internacionais, a prova deve ser considerada ilícita, conforme já entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Assim, o(a) defensor(a) deve relatar isso em audiência, garantindo o direito da custodiada.

COMPILADO DE
JURISPRUDÊNCIA, LEITURA E
TESES DE DEFESA
DO INSTITUTO PRO BONO



14_JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEL³⁵

INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO

A **entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões**, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados **(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 603.616. Ministro Relator Gilmar Mendes. Julgado em 05 nov. 2015).**

Na hipótese, **verifica-se ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5º, inc. XI, da Constituição da República, pois, não há referência à prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas**, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância naquele local. Ainda que o tráfico ilícito de drogas seja um tipo penal com vários verbos nucleares, e de caráter permanente em alguns destes verbos, como por exemplo “ter em depósito”, não se pode ignorar o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal e esta garantia constitucional não pode ser banalizada, em face de tentativas policiais aleatórias de encontrar algum ilícito em residências. Conforme entendimento da Suprema Corte e da Sexta Turma deste STJ, a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária, e não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida, pois os agentes estatais devem demonstrar que havia elemento mínimo a caracterizar fundadas razões (justa causa). **(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 83.501-SP. Ministro Relator Nefi Cordeiro. Decisão por unanimidade 06 mar. 2018. Publicado no DJe 05 abr. 2018)**

O ministro Ricardo Lewandowski lembrou que **um dos princípios mais sagrados da Constituição Federal (artigo 5º, inciso XI) estabelece a casa como asilo inviolável do cidadão**. Em casos como esse, salientou, os policiais costumam dizer que foram “convidados” a entrar na casa. “Evidentemente que ninguém vai convidar a polícia a penetrar numa casa para que ela seja vasculhada”, afirmou.

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 138.565. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 18 abr. 2017)

PRISÃO REALIZADA POR GUARDA CIVIL MUNICIPAL

A admissão de investigação criminal por órgãos outros, v.g. guarda municipal, implica grave subversão da previsão constitucional (com inegáveis prejuízos à eficiência da persecução), em prejuízo das liberdades individuais, com o agigantamento estatal, que tem seu poder de punir cada vez mais ampliado e livre de amarras, ao passo que o indivíduo sequer tem mais referência e previsão dos agentes estatais com legitimidade e idoneidade para a apuração de um suposto ilícito criminal (com todas as consequências e implicações notoriamente ínsitas). Por expressa previsão constitucional, às forças policiais civil e federal fora reservada atribuição para a investigação de fatos delituosos, ao passo que à guarda municipal não fora prevista qualquer atuação em matéria de segurança pública. E, enquanto agentes administrativos, regidos pelo princípio da legalidade, só podendo atuar aonde a lei autoriza, essa falta de previsão implica verdadeira vedação de agir (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação 000111892.2017.8.26.0526. Julgada em 16 abr. 2018).

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE DENUNCIADO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 155, CAPUT, COMBINADO COM O ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

- I_ O paciente foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 155, § 4º, II, combinado com o art. 14, II, ambos do Código Penal, pela tentativa de subtrair 12 barras de chocolate de um supermercado, avaliadas num total de R\$ 54,28 (cinquenta e quatro reais e vinte e oito centavos).
- II_ Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, a aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a ação atípica, exige a satisfação de certos requisitos de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva.

- III_ Assim, **ainda que constem nos autos registros anteriores da prática de delitos, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal ao caso concreto, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta.** Possibilidade da aplicação do princípio da insignificância. Precedente.
- IV_ Ordem concedida, para trancar a ação penal. **(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 137.422. 2ª Turma. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em 28 mar. 2017).**

DESCARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

No tocante à quantidade, creio ser importante verificar pesquisas científicas sobre o tema e o “Estudo Técnico para Sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da lei 11.343/2006”, de autoria de Maria Tereza Uille Gomes, de 2014, disponível em www.politicassobredrogas.pr.gov.br, traz valiosas informações de pesquisas científicas realizadas no Brasil. Vejamos: Estudo realizado através de pacientes da Santa Casa de Misericórdia de Curitiba, constatou que os pacientes viciados em cocaína utilizavam diariamente esta espécie de droga, na forma de sal, em variação de 1 a 10 (um a dez) gramas/dia, com média de 3,8 gramas por dia (ACN Nassif Filho, SG Bettega, S Lunedo, JE Maestri, F Gortz - Repercussões otorrinolaringológicas do abuso de cocaína e/ou crack em dependentes de drogas. Revista da Associação Médica Brasileira, 1999; 45(3): 237-41). “Segundo o IC/PR, a média de uso de cocaína, na forma de crack, é de 15 pedras diárias e de acordo com a Pesquisa Nacional sobre o Uso de Crack realizada por meio da parceria entre SENAD/MJ e a Fundação Oswaldo Cruz - FIOCRUZ é de 11 até 16 pedras diárias. A referida pesquisa destaca, no entanto, que não há como definir de forma minimamente precisa o peso em gramas e o conteúdo do que cada usuário denomina ‘pedra’. Desse modo, há uma subjetividade intrínseca às definições utilizadas pelos próprios usuários. Inobstante a ressalva feita pela pesquisa, a informação técnica nº 023/2-13 SETEC/SR/DPF/RS (Superintendência Regional da Polícia Federal do Estado do RGS), constata que cada pedra de crack pode variar de 01 a 1,5 gramas”.

“Segundo o estudo realizado na Santa Casa de Misericórdia de Curitiba, a quantidade consumida por usuários de crack variava entre 1 a 15 gramas diárias, sendo que a média identificada foi de uso de 5,2 gramas por dia”. Ainda, no trabalho “Usuário de drogas ilícitas internados em hospitais psiquiátricos: padrões de uso e aspectos demográficos e epidemiológicos”, de Paulo Borini e outros, publicado pelo Jornal Brasileiro de Psiquiatria, órgão oficial do IPUB Instituto de Psiquiatria da Universidade Federal do RJ,

volume 52, maio/jun 2003, estudo realizado em um hospital psiquiátrico, informa que cerca de 51% são usuários de monodroga e 49% de polidroga. Indica que o consumo diário era igual ou menor de 15 (quinze) gramas de crack, 10 (dez) gramas de maconha e 5 (cinco) gramas de cocaína. A quantidade de entorpecentes apreendida com o réu se adequa àquelas indicadas nas pesquisas referidas. **(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Revisão Criminal n. 0025831-60.2017.8.26.0000, 1º Grupo de Direito Criminal. Relatora Desembargadora Kenarik Boujikian. Julgado em 13 ago. 2018)**

AFASTAMENTO DA GRAVIDADE DO CRIME

Consulte os Precedentes: RE 217.631, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 09/09/1997; HC 98.006, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009; HC 109.956, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012; HC 125957, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; STJ - HC 348.689/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016.

QUESTÃO DA REINCIDÊNCIA

Ementa: Tentativa de furto simples (CP, art. 155, “caput”, c/c o art. 14, II). Duas peças de queijo minas. Objetos subtraídos que foram devolvidos à vítima, que é uma sociedade empresária. **Situação de reincidência que não descaracteriza, por si só, o fato insignificante. Precedentes, nesse sentido, do Supremo Tribunal Federal. Considerações em torno do princípio da insignificância, que se qualifica como causa supralegal de exclusão da tipicidade penal em sua dimensão material.** Doutrina. Precedentes. Hipótese, no caso, de absolvição penal da paciente (CPP, art. 386, III). “Habeas Corpus” DEFERIDO. **(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 155.920-MG. Ministro Celso de Mello, 2018)**

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE.

1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura

reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

- 2_ Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com “advertência sobre os efeitos das drogas”, “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.
- 3_ Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.
- 4_ E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, **o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.**
- 5_ Recurso improvido. **(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1672654/SP, 6ª Turma. Relatora Maria Thereza Assis Moura. Julgado em 21 ago. 2018).**

DESNECESSIDADE DE FIANÇA

Assistência jurídica pro bono é reconhecida como prova da impossibilidade de pagamento de fiança. Com efeito, ainda que não demonstrada a real situação financeira do paciente, há a alegação de que não tem condições de pagar a fiança. Ademais, está sendo assistido por Instituto que fornece atendimento jurídico gratuito, de sorte que todos os elementos levam a crer na sua efetiva precariedade financeira **(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Habeas Corpus n. 2209589-08.2017.8.26.0000. Relator Camargo Aranha Filho, 16ª Câmara. Julgado em 30 out. 2017)**

Contudo, o paciente permanece custodiado desde 16.08.2017, sem que tenha recolhido o valor arbitrado, circunstâncias que, aliadas ao fato de se ver defendido por instituto análogo a defensoria pública, evidenciam a plausibilidade jurídica do pleito formulado na impetração. **(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 413.940-SP decisão liminar, Ministro Relator Jorge Mussi. Julgado em 31 ago. 2017)**

MATERNIDADE

Habeas Corpus Coletivo. Admissibilidade. Doutrina brasileira do habeas corpus. Máxima efetividade do writ. Mães e gestantes presas. Relações sociais massificadas e burocratizadas. Grupos sociais vulneráveis. Acesso à Justiça. Facilitação. Emprego de remédios processuais adequados. Legitimidade ativa. Aplicação analógica da lei 13.300/2016. Mulheres grávidas ou com crianças sob sua guarda. Prisões preventivas cumpridas em condições degradantes. Inadmissibilidade. Privação de cuidados médicos pré- natal e pós-parto. Falta de berçários e creches. ADPF 347 MC/DF. Sistema prisional brasileiro. Estado de coisas inconstitucional. Cultura do encarceramento. Necessidade de superação. Detenções cautelares decretadas de forma abusiva e irrazoável. Incapacidade do estado de assegurar direitos fundamentais às encarceradas. Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas. Regras de Bangkok. Estatuto da Primeira Infância. Aplicação à espécie. Ordem concedida. Extensão de ofício (...). **(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.641. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Julgado em fev. 2018)**

Jurisprudência Internacional em relação à maternidade

No caso Ramirez Escobar e Otros vs. Guatemala, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que é contrário a Convenção Americana sobre Direitos Humanos o uso de estereótipos de gênero para afastar uma mãe de seus filhos por meio de separação de guarda ou adoção. Ademais, entendeu que deve existir uma diligência excepcional em processos dessa temática.

Respecto de procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de niñas y niños, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niñas y niños que se encuentra en su primera infancia, la Corte ha establecido que deben ser manejados con una diligencia excepcional por parte de las autoridades. Asimismo, la Corte ha indicado que, debido al particular grado de afectación que podría suponer este tipo de procesos en una niña o un niño, es particularmente importante hacer hincapié en que la duración del proceso hasta la adopción de

la decisión final debe respetar un plazo razonable, lo que contribuye a mantener la situación de incertidumbre por el menor tiempo posible generando el menor impacto a la integridad física, psíquica y emocional de la niña o el niño. Sin embargo, la duración debe extenderse lo suficiente como para garantizar que la niña o el niño sea adecuadamente oído y su interés superior garantizado. **(CIDH. Ramírez Escobar e Otros vs. Guatemala. Mérito, Reparação e Custas, Série C, N. 351, par. 258.)**

SAÚDE

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA PRISÃO DOMICILIAR. ART. 318, II, DO CPP. ACOMETIMENTO POR DOENÇA GRAVE. IMPOSSIBILIDADE DE TRATAMENTO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL. ADPF N. 347/DF. “ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL”. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

- 1_ Consoante o entendimento consolidado desta Corte Superior de Justiça, “excepcionalmente, pode-se conceder ao preso provisório o benefício da prisão domiciliar, quando demonstrado que o seu estado de saúde é grave e que o estabelecimento prisional em que se encontra não presta a devida assistência médica. [...] a Lei n. 12.403/2011, a qual entrará em vigor dia 4/7/2011, já permite, na linha da jurisprudência adotada neste Superior Tribunal, a possibilidade, em caso de doença grave, de o magistrado substituir a prisão preventiva por domiciliar (art. 282, II, e 318, II, do CP)” (HC n. 202.200/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, 6.^a T., DJe 24/8/2011).
- 2_ Conforme apontado pelo Pretório Excelso no julgamento ADPF n. 347/DF, é “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’”.
- 3_ **Na hipótese, é notório e incontroverso o acometimento do paciente por um quadro de tuberculose pulmonar, bem como a precariedade das instalações do estabelecimento prisional em que cumpre pena, de modo que, enquanto perdurar o agravado estado de saúde, é imperioso o seu afastamento do sistema carcerário.**
- 4_ *Habeas corpus* concedido para, confirmada a liminar anteriormente concedida, substituir a prisão preventiva do paciente pela domiciliar. **(HC 415.508/RJ, Relator**

Ministro Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma. Julgado em 12 dez. 2017. Publicado no DJe 19 dez. 2017)

TORTURA

Apelação. Tráfico. Revista íntima no interior de estabelecimento prisional.

- 1_ Prova dos autos restou fundada no resultado da revista pessoal da ré, de natureza vexatória, realizada no interior da Penitenciária II de São Vicente, quando estava indo visitar seu companheiro.
- 2_ **A revista, por sua natureza violadora da dignidade da apelada, invalida a prova colhida e anula os atos dependentes dessa.**
- 3_ No caso dos autos, todas as provas derivadas têm nexos de causalidade com a prova ilícita, não sendo hipótese de aplicação das exceções da descoberta ou da produção por fonte independente. Afastadas as provas colhidas por origem ou derivação, só resta concluir que não há elementos para afirmar a existência do fato.
- 4_ Absolvição mantida. Recurso não provido. **(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Criminal nº: 1500264-28.2016.8.26.0536, 2ª Câmara Criminal Relatora Kenarik Boujikian. Julgado em 13 ago. 2018)**

DECISÕES FAVORÁVEIS DO PROJETO AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DO INSTITUTO PRO BONO

A seleção de decisões a seguir é resultado da atuação de advogados(as) do Projeto Audiência de custódia nos Tribunais Superiores (TJ-SP, STJ e STF). Esperamos que esse material não só possa auxiliar no estudo e na preparação para as audiências, como também estimular a redação de recursos (pedidos de revogação de prisão, *habeas corpus*, recursos em *habeas*

corpus, embargos, etc.) para uma defesa efetiva e persistente.

Os nomes dos(as) pacientes, advogados(as), juízes(as), promotores(as), desembargadores(as), escreventes e demais partes, além dos números dos processos, foram removidos.

MULHERES

Habeas Corpus; Relator(a): Freitas Filho. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal. Comarca: ITAPEVI. Trata-se de Habeas Corpus impetrado pela advogada em favor de C, com pedido de liminar, apontando como autoridade coatora o Juízo de Plantão responsável pelas audiências de custódia da Comarca de Itapevi/SP. Diz que a paciente está presa, acusada da prática de tráfico de drogas, sem estarem presentes os requisitos para a manutenção de sua prisão. Aduz que a prisão em flagrante foi convertida em custódia preventiva, à míngua dos requisitos consubstanciados no artigo 312, do CPP. Diz que a decisão carece de fundamentação idônea. Afirma que a acusada ostenta condições favoráveis, vez que é primária e possui residência fixa, daí porque, assim, pleiteia a concessão de liberdade provisória, ou, então, a aplicação de algumas das medidas cautelares diversas da prisão (artigo 319, do CPP). Pleiteia, também, a substituição da custódia preventiva por prisão domiciliar, aplicando o entendimento firmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC coletivo nº 143.641, salientando que possui três filhos menores de 12 anos, sendo que um deles ainda está amamentando. Numa análise perfunctória da decisão de fls.52/58, constata-se que a magistrada “a quo” justificou as razões pelas quais mantinha a custódia. Quanto ao pleito de prisão domiciliar, diante da recente decisão proferida pela 2ª Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, realizado em 20 de fevereiro de 2018, que concedeu prisão domiciliar às mulheres grávidas e mães de crianças de até 12 anos que estejam em prisão provisória o direito de ser beneficiadas com a prisão domiciliar até a sentença de mérito, não há como deixar de reconhecer o constrangimento ilegal que está sendo submetida a paciente, devendo ser ela beneficiada com a prisão na modalidade domiciliar. Conforme o voto do relator do referido “habeas corpus”, somente devem ser excetuados os casos de crimes cometidos por mulheres com filhos menores de 12 anos praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes, bem como destituição ou suspensão de pátrio poder familiar por outros motivos que não a prisão ou em situações “excepcionalíssimas”. Emerge do referido decisum, também, que nos casos em que a mulher presa, com filhos menores de 12 anos, for reincidente, o magistrado deverá avaliar o caso concreto e ao verificar que a prisão

domiciliar é absolutamente inadequada, justificará a manutenção da prisão na sua forma mais rigorosa ou poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no artigo 319, do CPP. **No caso em comento, inobstante o crime aqui tratado seja realmente grave, não configura a especial gravidade exigida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal para afastar a concessão da prisão domiciliar. Ao reverso, constata-se que a paciente é mulher com filhos menores de 12 anos, primária, não havendo nos autos prova de destituição ou suspensão do pátrio poder, bem como não se verifica que o delito tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes, tudo a demandar a concessão da prisão domiciliar.** Estão presentes os requisitos do “fumus boni juris” e do “periculum in mora”, de modo que DEFIRO A LIMINAR, ad referendum da C. Turma Julgadora, para determinar a transferência de C para prisão domiciliar, observado o disposto no artigo 317, do CPP. Expeça-se alvará de soltura clausurado em favor da paciente. **(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Decisão em Habeas Corpus. 2018)**

TRÁFICO

Verte das informações prestadas pela autoridade judiciária em 06 de junho de 2017, que o paciente foi preso em flagrante no dia 22/05/2017, em razão de suposta infração ao artigo 33, da Lei 11.343/06. Realizada audiência de custódia, a prisão foi convertida em preventiva. Distribuídos os autos a esta Vara Criminal da Comarca de Taboão da Serra, encontram-se em vista com o Ministério Público desde 05/06/2017 (fls. 70). Mediante acesso ao sítio eletrônico deste Egrégio Tribunal de Justiça, em consulta ao andamento da ação penal movida contra o paciente, verificou-se que ele foi denunciado em 08/06/2017, como incurso no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Por despacho proferido em 14/06/2017, foi determinada a notificação do paciente para apresentação de defesa preliminar. Segundo consta da denúncia, verbis: “Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 22 de maio de 2017, por volta das 11h37, na Rua Sebastiao Moraes Camargo, nº 322, Jardim São Salvador, nesta cidade e comarca, A, qualificado a fls. 16, guardava e trazia consigo, para fins de entrega a consumo a terceiros, em atividade típica de tráfico ilícito de drogas, 102 (cento e duas) porções de cocaína e 53 (cinquenta e três) porções de maconha, fazendo-o sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de prisão em flagrante de fls. 02/06, boletim de ocorrência de fls. 09/10, auto de exibição e apreensão de fls. 12 e laudo de constatação preliminar de fls. 13/15. De acordo com o apurado, policiais militares receberam informações dando conta de que, na data e no local dos fatos, haveria indivíduo realizando o comércio ilícito

de drogas, sendo fornecidas as características do traficante, bem como o lugar em que as drogas destinadas à mercancia estariam sendo por ele guardadas. Diante disso, deslocaram-se ao endereço acima indicado e nele encontraram e abordaram o denunciado. Durante a revista pessoal de A, foram localizados, em seu poder, 04 (quatro) porções de maconha e 07 (sete) porções de cocaína, todas individualmente embaladas e prontas para a sua imediata comercialização, além da quantia, em dinheiro, de R\$ 10,00 (dez reais). Ato contínuo, o indiciado, indagado a respeito dos fatos, confessou informalmente o tráfico de drogas por ele praticado no local, apontando o lugar em que estaria guardado o restante do entorpecente a ser por ele vendido. No local apontado pelo denunciado, foram encontradas e apreendidas mais 49 (quarenta e nove) porções de maconha e 95 (noventa e cinco) porções de cocaína (todas acondicionadas de forma semelhante às porções apreendidas em poder do indiciado), além da quantia, em dinheiro, de R\$ 143,00 (cento e quarenta e três reais). Diante de tais fatos, A foi preso em flagrante delito e conduzido ao distrito policial. A natureza ilícita e entorpecente da droga apreendida com o denunciado e sob sua guarda restou constatada pelo laudo de constatação preliminar acostado aos autos. Por fim, cumpre assinalar que as circunstâncias da prisão em flagrante do incriminado, aliadas à natureza, à variedade, à quantidade e à forma de acondicionamento de toda a droga apreendida, bem como à quantia em dinheiro encontrada pelos agentes policiais (proveniente da venda de entorpecentes praticada pelo denunciado), levam à conclusão de que A efetivamente guardava e trazia consigo os referidos entorpecentes para fins de entrega ao consumo de terceiros, em atividade típica do comércio ilícito de drogas. A ordem deve ser concedida. Com efeito, a prisão preventiva, medida de absoluta exceção, exige se façam presentes elementos mais seguros, que não estão presentes no caso em exame. De acordo com o artigo 310 do Código de Processo Penal, se, em caso de prisão cautelar não se evidenciarem os elementos que autorizam a manutenção prisão preventiva, será concedida liberdade provisória. Além do mais, não se justifica a manutenção da medida extrema, embora, em tese, tenha praticado crime grave, ostenta condições pessoais favoráveis que, em princípio não denotam que possua personalidade criminosa, levando à presunção de que em liberdade dificultará a busca da verdade real ou a correta aplicação da lei penal. Nessa esteira, ressalta-se que o paciente é primário, não ostenta antecedentes criminais e possui residência fixa. Além disso, ainda que razoável a quantidade de maconha apreendida (137,9 g), trata-se da droga cannabis sativa L, substância que em razão de sua natureza admite certa flexibilização quanto à quantidade, além da quantidade total de 38,6 g de cocaína, razão pela qual é de se admitir que, em caso de eventual condenação, faça jus à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e, por conseguinte, não se justifica permaneça custodiado cautelarmente. A

jurisprudência pátria, segundo precedente do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o receio de nova prática delitiva, não constitui fundamento para a medida constritiva de liberdade porque “a prisão preventiva assumiria natureza de medida necessária e automática em quase todos os processos criminais em que o acusado apresentasse condenação prévia, o que, por óbvio, não atende à necessidade cautelar da prisão processual” (Habeas Corpus n.º 100.395/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 21/08/2009). “A gravidade genérica do delito e a conjectura de que o réu voltará a delinquir não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar se desvinculadas de qualquer elemento concreto dos autos.” (STJ, RHC n.º 24.121/MG, Rel. Min. Jane Silva, 6ª Turma, j. 14/10/2008.) Outrossim, a regra constitucional é que os indivíduos fiquem em liberdade até que sobre eles recaia sentença condenatória transitada em julgado. Para que esse direito individual seja afastado é imperioso que exista um quadro fático a demonstrar que a custódia cautelar do indivíduo é necessária, imprescindível, inadiável, ainda que tenha sido preso em flagrante. Aliás, conforme já decidiu esta Colenda Corte: “A prisão preventiva somente deve ser decretada diante da existência dos pressupostos legais e, por destinar-se a assegurar os interesses sociais de segurança, jamais deve basear-se em meras suposições, cumprindo apontar fatos concretos, vinculados à atuação do acusado que comprovem atitudes contrárias ao interesse da instrução criminal, o que não ocorre na espécie” (TJSP, HC 377.455.3/2, 4ª Câmara Criminal, Rel. Passos de Freitas). Outrossim, **não obstante a gravidade do delito, não se justifica a manutenção da paciente no cárcere fundada somente na argumentação de que o crime é considerado grave, equiparado a hediondo ou inafiançável.** Com efeito, conforme já decidiu esta Egrégia Corte: “Liberdade provisória. Concessão a preso em flagrante por tráfico de entorpecente. Admissibilidade. Hipótese em que não ocorrem os pressupostos da prisão preventiva. Decisão mantida. Inteligência dos artigos 310, § único, 311 e 312 do CPP e 12 da Lei 6.368/76. Sempre que incorrerem as hipóteses que autorizam a prisão preventiva o juiz pode conceder liberdade provisória ao indiciado preso em flagrante por crime de tóxico inafiançável.” (RT 573/366.) No mesmo sentido é o entendimento do STJ “A gravidade do delito, bem como a sua classificação como assemelhado aos crimes hediondos, dissociada de elementos concretos, não constituem fundamentos idôneos para obstar a concessão de liberdade provisória, sendo indispensável a demonstração de ao menos um dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva, além da prova da materialidade e dos indícios de autoria, nos termos do artigo 312 do CPP, tendo em vista que o referido dispositivo legal não admite conjecturas” (Habeas Corpus n.º 67.628, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, j. 12/12/06). Por final, é cediço que a questão da cautelaridade do processo penal sofreu significativas modificações com o advento da Lei

12.403/2011, por meio da qual o legislador ordinário disponibilizou alternativas à segregação cautelar como formas de se garantir a instrução processual, a aplicação da lei penal, e de se evitar a reiteração de práticas delitivas. A propósito. "PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADA. 1. A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar e quando realmente mostre-se necessária e adequada às circunstâncias em que cometido o delito e às condições pessoais do agente. Exegese do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal. 2. Na hipótese em apreço, as medidas cautelares elencadas no artigo 319 da Lei Penal Adjetiva se mostram suficientes para garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, substituir a prisão preventiva decretada em desfavor da paciente pelas medidas alternativas previstas no artigo 319, incisos I e V, do Código de Processo Penal, devendo o magistrado de primeiro grau ficar responsável pela fiscalização do cumprimento das aludidas medidas." (STJ, HC n. 255.834/MG, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 15/9/2014.) No intuito de dar efetividade ao princípio da proporcionalidade, **o referido diploma legal estabeleceu como requisitos para a decretação das medidas cautelares, além da demonstração da sua necessidade, a mensuração de sua adequação diante da gravidade do crime, das circunstâncias do fato e das condições pessoais do acusado, nos termos do artigo 282, incisos I e II, do Código Processual Penal.**

Assim, atendendo a inovação trazida pela Lei n.º12.403/2011, tendo em vista as circunstâncias que cercam o crime imputado ao paciente, vislumbro como solução prudente a imposição de medidas cautelares alternativas, consistentes no comparecimento mensal em juízo e sempre que determinado; proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial; e recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias em que não estiver trabalhando ou quando não estiver procurando emprego nos dias úteis, conforme disposto no artigo 319, incisos I, IV e V, do CPP, sob pena de revogação. Posto isto, concede-se a ordem ora impetrada, para substituir a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares alternativas ao cárcere, consistentes no comparecimento mensal em juízo e sempre que determinado; proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial; e recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias em que não estiver trabalhando ou quando não estiver procurando emprego nos dias úteis, conforme disposto no artigo 319, incisos I, IV e V, do CPP, expedindo-se alvará de soltura clausulado. Comunique-se com urgência. **(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Decisão em sede de Habeas Corpus, 2017).**

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelas Advogadas, em favor de A, alegando constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz Direito da Vara Criminal da Comarca de Itapeperica da Serra (tráfico de drogas). Sustenta, em resumo, que o paciente é primário e que os policiais adentraram em sua residência sem deter ordem de autoridade judiciária competente. Além disso, ressalta que A é analfabeto e não conseguiu ler os documentos que lhe foram submetidos à assinatura. Afirma, também, que a decisão que decretou a prisão provisória do paciente é carente de fundamentação idônea, bem como que a quantidade de droga apreendida em sua posse é ínfima. Isto posto, requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor de A, ainda que mediante a imposição de alguma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP. É caso de concessão da liminar. Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante delito de tráfico de drogas na data de 25 de maio de 2017 na posse de 9,31g de cocaína (fls. 35). Ao manter a prisão provisória, a autoridade apontada como coatora, expôs, em síntese, a gravidade abstrata do delito. Observo, a respeito da segregação, que a prisão preventiva, de acordo com as alterações impostas pela Lei no 12.403/11, somente deverá ser decretada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares, ou se não observadas as condições impostas por ocasião da concessão da liberdade provisória (art. 310, II, e art. 312, parágrafo único, do CPP). **Indícios de autoria, embora imprescindíveis à segregação cautelar, não são seu único requisito, assim como a gravidade em abstrato do delito também não serve para calcar a custódia cautelar, conforme reiteradamente vem decidindo o Supremo Tribunal Federal. In casu, a quantidade de droga encontrada não pode ser considerada vultosa, bem como o paciente é primário, não se verificando, portanto, argumentos concretos que apontem o risco de que ele virá a afrontar a ordem pública ou a instrução criminal, se em liberdade. Dessa forma e pelos fundamentos expostos, suficiente se mostra a imposição das medidas previstas no art. 319, I e IV, do CPP, fazendo-se as advertências por ocasião do cumprimento do alvará de soltura. Isto posto, concedo a medida liminar.** Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de A. Requisitem-se as informações, encaminhando-se, após, à douta Procuradoria de Justiça e tornem. **(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Decisão em sede de Habeas Corpus, 16ª Câmara de Direito Criminal, 2017).**

Trata-se de pedido liminar em habeas corpus impetrado em favor de M, em que se alega a submissão do paciente a constrangimento ilegal por ato do juiz de Direito do Plantão Judiciário de Itapeperica da Serra. Narra-se que o paciente foi preso em flagrante por suposta prática dos delitos de tráfico de drogas (art. 33, Lei 11.342/2006) e receptação (art. 189 do Código Penal). Afirma-se a ilegalidade do flagrante, por inexistir fundada suspeita da prática do ilícito que justificasse a

abordagem do paciente. Acrescenta-se que a decisão que converteu a prisão em flagrante do paciente em preventiva carece de fundamento cautelar idôneo, pois ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Pede-se, assim, a revogação da prisão preventiva do paciente.

Defiro liminarmente o pedido para conceder a liberdade provisória ao paciente, mediante a condição de comparecimento semanal em juízo para informar e justificar suas atividades, expedindo-se alvará de soltura clausurado. **Embora o paciente tenha sido detido em provável estado flagrancial, a manutenção de sua prisão cautelar se mostra desproporcional à gravidade concreta do fato. Os delitos a ele imputados foram praticados sem violência ou grave ameaça contra a pessoa e há a possibilidade futura de, em caso de hipotética condenação, vir a ser contemplado com regime prisional mais brando que aquele determinado pela prisão processual ou mesmo com substituição da sanção, até porque a quantidade de entorpecente não é exagerada. Acresça-se que a gravidade abstrata do delito, por si só, não é suficiente para determinar a imposição da prisão preventiva**, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal: “Prisão preventiva. gravidade da imputação. A gravidade da imputação é elemento neutro relativamente à prisão preventiva”. Reserva-se o mal do cárcere exclusivamente para os autores de crimes graves e intoleráveis à conveniência social, aos casos realmente necessários previstos no art. 312 do CPP, como acentua este precedente: “A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade”, porque: “é importante evitar que a utilização indiscriminada das medidas de natureza cautelar no processo penal constitua instrumento para imposição de sanções atípicas que, sob a justificção de urgência da necessidade, acabam por subverter os princípios fundamentais do Estado do Direito, consagrando algo próximo à justiça sumária”, escreve Antônio Magalhães Filho. No entanto, tendo em vista que o paciente possui registros criminais em sua folha de antecedentes, inclusive por tráfico de drogas, recomendável na hipótese dos autos, para a garantia da ordem pública, o deferimento da liberdade provisória mediante a condição de comparecimento semanal em juízo para que o paciente informe e justifique suas atividades na forma do art. 319, inciso I, do Código de Processo Penal. **(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Decisão em sede de Habeas Corpus, 2016).**

ROUBO PRIMÁRIO

Vistos. Trata-se de habeas corpus impetrado pelo advogado em favor de O, no qual aponta como autoridade coatora o MM. Juízo de Direito do Plantão Judiciário da

Comarca de Itapecerica da Serra. Alega a impetrante, em síntese, que o paciente foi preso em flagrante no dia 12 de setembro de 2018, pela suposta prática do crime tipificado no artigo 157, caput, do Código Penal, porque, subtraiu, para si, mediante grave ameaça consistente na promessa de agressões físicas, a quantia de R\$ 7,85 (sete reais e oitenta e cinco centavos) de propriedade da vítima A. Afirma que o paciente sofre constrangimento ilegal porque a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva: a) fundamentou o cárcere cautelar exclusivamente na gravidade abstrata do crime; b) não indicou as provas do *periculum libertatis* e c) não levou em consideração as condições pessoais do paciente. Esclarece, ainda, que as cautelares alternativas à prisão seriam suficientes. Pleiteia a concessão da ordem para que seja revogada a prisão preventiva ou, subsidiariamente, seja ela substituída por cautelares alternativas. O pedido liminar foi indeferido (fls. 40/42). Prestadas as informações (fls. 48/49), sobreveio o r. parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça manifestando-se pela denegação da ordem (fls. 52/54). É o relatório. Concedo parcialmente a ordem impetrada. Consta dos elementos informativos dos autos que o paciente, praticou crime de roubo simples, exigindo que o ofendido lhe entregasse a quantia que tinha em suas mãos (R\$ 7,85), sob a ameaça de agredi-lo caso assim não procedesse. **Nota-se que a conduta do paciente não excedeu aquela exigida para prática da infração penal, limitando-se ao mínimo necessário para a configuração do delito de roubo. Não bastasse isso, o paciente foi detido logo após a infração e a res furtiva foi localizada. Ademais, a decisão que converteu o flagrante em prisão preventiva (fls. 30/31) não indica quais as circunstâncias que evidenciam a gravidade concreta da conduta apta a ensejar a decretação do cárcere cautelar, limitando-se a ressaltar que a conduta foi cometida mediante grave ameaça, circunstância inerente ao tipo do artigo 157, caput, do Código Penal.** Outrossim, embora o paciente ostente uma condenação transitada em julgado pela prática do crime de roubo tentado, ela refere-se a fato cometido no ano de 2009 e já foi atingida pelo período depurador do artigo 64, inciso I, do Código Penal (fls. 33/ 37). Trata-se, assim, de pronunciamento judicial que não é apto a justificar o cárcere preventivo, conforme reiterado posicionamento dos Tribunais Superiores. Destarte, a prisão preventiva afigura-se, in casu, medida excessiva. Tal realidade, todavia, não implica ausência de cautelaridade, isso porque o paciente já foi condenado pela prática de crime da mesma espécie, sendo necessária, portanto, a imposição das seguintes medidas alternativas ao cárcere para garantir a ordem pública: a) comparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas atividades; b) proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial e c) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga (artigo 282 e artigo 319, incisos I, IV e V, todos do Código de Processo Penal). Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM impetrada e substituo a prisão preventiva pelas medidas cautelares acima mencionadas. **(SÃO**

FURTO

Conforme consulta digital aos autos de origem, preso em flagrante na data de X, o paciente foi denunciado como incurso no art. 155, “caput”, do Código Penal, porque teria subtraído 06 (seis) torneiras, 02 (dois) conjuntos hidráulicos para descarga e fios diversos, bens avaliados em R\$ 980,00 (novecentos e oitenta reais), de espaço de lazer gerido pela prefeitura do município de Taboão da Serra. Por decisão de 21.06.2018, o Magistrado converteu a segregação do acusado em preventiva, fundamentando a constrição na presença dos requisitos legais e na reincidência do réu, fato que justificaria a necessidade de preservação da ordem pública e a insuficiência de cautelares substitutivas. Evidente a carência de motivação da decisão impugnada. **A simples referência aos requisitos da prisão preventiva não é justificativa suficiente para a manutenção da custódia cautelar, medida excepcional que deve sempre se basear em fatos certos e determinados, diretamente relacionados à necessidade da sequela no caso concreto.** Nesse sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “não se prestam para fundamentar a prisão preventiva somente a existência de indícios de autoria e prova da materialidade ou a mera alusão a requisito legal da segregação cautelar, sem apresentação de fato concreto determinante” (HC 194.703/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011). Quanto à suscitada recidiva, destaque-se que conforme pesquisa realizada no Sistema Intinfo, a circunstância não se refere à prática de furto. Diante disso, não se pode descartar, de plano, a possibilidade de substituição, em eventual condenação, da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal. Ademais, a reincidência não acarreta, necessariamente, a fixação do regime inicial fechado, segundo a Súmula 269 do STJ. Nunca é demais repetir, seguindo-se a lição de Maurício Zanoide de Moraes, que “toda medida processual de natureza cautelar (penal ou não penal, patrimonial ou pessoal) exige a presença de dois requisitos: I) a constatação, através de elementos concretos, objetivos e constantes nos autos, de que a medida cautelar requerida está consentânea com o ordenamento jurídico, existe no caso concreto a possibilidade de sua decretação ou manutenção; e II) a certeza de que a concessão da medida será útil e necessária para o bom desenvolvimento do processo. Esses dois requisitos visam, respectivamente: I) evitar a ofensa aos direitos de liberdade e ao patrimônio do cidadão, ambos somente violáveis ao término de um devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF); e II) garantir que a medida cautelar sirva como medida securatória do bom curso do

processo no qual se discute o mérito da causa, e não para a satisfação antecipada do requerente ou punição antecipada do requerido” (Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, 2004, vol. 3, p. 199). Dessa forma, suficiente a fixação da providência elencada no art. 319, I, do Código de Processo Penal, mais adequada e útil ao caso concreto. Frente ao exposto, convalidada a liminar, concede-se a ordem para revogar a prisão preventiva do paciente e substituí-la pela medida cautelar prevista no art. 319, I, do Código de Processo Penal. VICO MAÑAS Relator. **(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Decisão em sede de Habeas Corpus, 2018).**

Defiro a liminar. Tal como consta da denúncia, trata-se de hipótese de infração ao artigo 155, §§ 1º e 4º, incisos I, II e IV, do Código Penal. A prisão sem condenação é medida excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando houver prova da existência do crime, indício suficiente de autoria e, ainda, forem atendidas as exigências dos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal. A conversão da prisão em flagrante em preventiva considerou que (i) há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria; (ii) necessária a prisão para garantia da ordem pública e tendo em vista a reiteração delitiva, pois o réu responde a outro processo. No entanto, impõe-se observar que o paciente é réu primário, eis que sua folha de antecedentes não aponta condenação transitada em julgado e, ainda, que o delito de furto é praticado sem violência ou grave ameaça. **Vale lembrar que o bem furtado foi integralmente recuperado. Destarte, inviável a manutenção da custódia cautelar embasada no risco à ordem pública, pois, em se tratando de processo em que o paciente é primário e está respondendo a delito de furto, resta reconhecer a desproporcionalidade do cárcere. Como toda cautelar, deve estar presente a necessidade da medida, não bastando a conjectura de que, em liberdade, o paciente põe em risco a ordem pública.** Destarte, o constrangimento ilegal mostra-se patente. Isto posto, defiro a liminar para revogar a prisão preventiva decretada e conceder liberdade provisória mediante termo de comparecimento mensal do paciente em juízo, para informar e justificar suas atividades. Expeça-se alvará de soltura clausulado em favor de W. O paciente deverá ser intimado a comparecer em juízo no primeiro dia após sua soltura para assinatura do termo. Comunique-se, com urgência. Requistem-se informações à digna autoridade reputada como coatora. Juntadas, abra-se vista à Procuradoria Geral de Justiça. Após, tornem conclusos. **(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do estado. Decisão em sede de Habeas Corpus, 2018)**

FIANÇA

Em caso de tráfico de drogas

Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de V, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo. Em 14/8/2017, o paciente, juntamente com [], foi preso em flagrante delito pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput, e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006. Realizada a audiência de custódia, o Juiz de plantão da Comarca de Itapeverica da Serra/SP homologou o flagrante, contudo, concedeu a liberdade provisória aos acusados cumulada com outras medidas cautelares, dentre elas, a fiança no valor de 10 salários mínimos (R\$ 9.370,00) - fl. 50. Insurgindo-se contra o arbitramento da fiança em valor tão elevado, a defesa impetrou writ, na origem, o qual teve a liminar indeferida pelo Desembargador. Daí o presente *mandamus*, em que o impetrante sustenta, de início, a superação da súmula 691 do Supremo Tribunal Federal. Alega que o próprio Juiz de piso diz, expressamente, em sua decisão, que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva e, ao aplicar as medidas cautelares diversas da prisão, não apresenta justificativas idôneas. Menciona que é preciso lembrar que as medidas cautelares só podem ser aplicadas caso estejam presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Essa é a interpretação sistemática que se faz do § 6 do art. 282 e do art. 321 do CPP, à luz da regra constitucional que protege a liberdade (fl. 9). Requer, inclusive liminarmente, sejam afastadas todas as medidas cautelares impostas ou, subsidiariamente, apenas a fiança arbitrada, determinando-se a expedição do competente alvará de soltura. Requer, ainda, a extensão de eventual decisão favorável (liminar ou mérito) ao Sr. H, vez que se encontra preso pelos mesmos motivos que o Sr. V (como é possível verificar na documentação juntada), e que a ordem de Habeas Corpus pode ser concedida de ofício (fl. 18). É o relatório. A princípio, faz-se mister salientar que este writ se insurge contra decisão que indeferiu pleito liminar formulado em prévio habeas corpus, o que, a teor da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, ensejaria, inclusive, o indeferimento liminar da presente ordem. Contudo, de início, verifica-se que o pedido formulado se reveste de plausibilidade jurídica, sendo o caso de deferir a medida de urgência. Com efeito, embora tenha sido reconhecida a desnecessidade da custódia cautelar do paciente (fls. 48/52), ele continua custodiado em razão do não pagamento da fiança arbitrada. Em um juízo de cognição sumária, entendo não ser razoável manter o paciente preso cautelarmente apenas em razão do não pagamento de fiança, especialmente quando se alega impossibilidade de o fazer e estão ausentes os requisitos exigidos no art. 312 do Código de Processo Penal.

A propósito, nesse sentido, tem decidido esta Corte Superior que ausentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, configura constrangimento ilegal a prisão do paciente com base unicamente no não pagamento da fiança (HC n. 402.019/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 28/8/2017). E, ainda: HC 287.252/SP, Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 2/2/2015; e HC 251.875/AC, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 24/4/2013. Quanto ao pedido de extensão, depreende-se dos autos que V e H se encontram na mesma situação fático-processual, senão vejamos (fl. 50 - grifo nosso): **Com efeito, a(s) infração(ões) penal(is) foi(am) praticada(s) sem violência ou grave ameaça; os presos são primários; a quantidade de droga apreendida não é significativa; e considerando o que consta do APF, em cognição superficial, que, certamente, pode vir a ser modificada durante a fase instrutória, vislumbro a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade final por restritiva de direitos.** Em suma, não há informações que possam evidenciar a periculosidade concreta dos indiciados, a ponto de justificar a aplicação da medida extrema da prisão preventiva, inexistindo, portanto, risco concreto de que o seu retorno social ao convívio social causará perigo à ordem pública. Assim, de rigor a aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal. Ante o exposto, defiro a liminar tão somente para dispensar o paciente, por ora, do pagamento da fiança, até ulterior deliberação desta Corte. De ofício, estendo os efeitos desta decisão a H. Comuniquem-se com urgência. **(SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. Decisão em sede de Habeas Corpus, 2017).**

Em caso de crimes patrimoniais

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de T e W, apontando-se como autoridade coatora o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Segundo consta dos autos, as pacientes foram presas em flagrante, no dia 26.3.2018, pela suposta prática do delito previsto no art. 155, § 4.º, IV, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal, pois “tentaram furtar ovos de páscoa em um estabelecimento comercial, produtos avaliados em R\$ 572,54” (fl.53) – Processo [], da Vara Plantão Criminal da Comarca de Itapeverica da Serra/SP. Na data de [], o juízo de primeiro grau deferiu a liberdade provisória às acusadas, mediante o pagamento de fiança - no valor de 1 (um) salário-mínimo - e imposição de outras medidas cautelares.

“A questão trazida a deslinde nesta impetração abarca o exame acerca da manutenção do encarceramento das pacientes, dado o não pagamento da fiança arbitrada pela juíza a quo como medida cautelar alternativa. Ao que cuida, não obstante o

reconhecimento da desnecessidade da prisão preventiva das acusadas pelo juízo de primeiro grau, elas continuam custodiadas em razão do não pagamento da fiança arbitrada. **Em um juízo de cognição sumária, entendo não ser razoável manter as pacientes presas cautelarmente apenas em razão do não pagamento de fiança, especialmente quando se alega impossibilidade de fazê-lo e estando ausentes os requisitos exigidos no art. 312 do Código de Processo Penal.** Note-se que as acusadas continuam segregadas apenas pelo não pagamento do quantum fixado em primeiro grau, sendo caso de aplicação do disposto no art. 350 do Código de Processo Penal. Quanto ao tema, vale a leitura deste julgado da Sexta Turma: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. FIANÇA NÃO PAGA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

- 1_ Com o advento da Lei n.º 12.403/11, externaram-se os comandos constitucionais que identificam na prisão provisória o caráter de ultima ratio.
- 2_ *In casu*, existe manifesta ilegalidade, na medida em que o paciente permanece custodiado única e exclusivamente em razão do não pagamento da fiança arbitrada no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).
- 3_ Afigura-se irrazoável manter o réu preso cautelarmente apenas em razão do não pagamento de fiança, especialmente quando se alega impossibilidade de fazê-lo e o juízo não apontou qualquer dado concreto que demonstre a necessidade da medida extrema.
- 4_ Note-se que o paciente é presumivelmente pobre, sendo caso de aplicação do disposto no art. 350 do Código de Processo Penal.
- 5_ Ordem concedida, confirmando a liminar deferida, a fim de garantir a liberdade provisória ao paciente, independentemente do pagamento de fiança, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Juízo a quo, de maneira fundamentada, examine se é o caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei nº 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. (HC 353.167/ SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016) Evidencia-se, portanto, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* a autorizar o deferimento da medida de urgência, inclusive superando-se o enunciado sumular nº 691 do Superior Tribunal de Justiça Suprema Corte, esclarecendo-se que o presente decisum não torna prejudicado o prévio *habeas corpus*. Diante do

exposto, defiro a liminar para, até o julgamento definitivo deste writ ou a prolação de sentença na primeira instância, garantir a liberdade às pacientes, se por outro motivo não estiverem presas, dispensando-as, por hora, do pagamento da fiança, com a manutenção das medidas cautelares fixadas pelo magistrado de primeiro grau: de comparecimento a todos os atos do processo e manutenção do endereço atualizado. Comunique-se, com urgência, à autoridade apontada como coatora e ao juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações. Devem tais autoridades, ainda, noticiar a esta Corte qualquer alteração do quadro fático atinente ao tema objeto deste writ. Após, encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para parecer. Publique-se “. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão em sede de Habeas Corpus, 2018).

INVASÃO DE DOMICÍLIO POR GUARDA CIVIL MUNICIPAL

“Vistos. Trata-se da comunicação da prisão em flagrante delito de A. No âmbito da cognição limitada que propicia o disposto no art. 310 do Código de Processo Penal, e em obediência ao disposto no art. 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como no art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, examino, em audiência de custódia, as circunstâncias da prisão e a necessidade de medidas cautelares, na forma da Resolução CNJ nº 213, de 2015. Com a devida vênia do douto membro do Ministério Público, a prisão é ilegal e reclama pronto relaxamento. De início, **a razão assiste à Defesa, com ressalvas, no tocante à atuação da Guarda Civil, exorbitante das suas atribuições constitucionais e legais. Os Municípios são autorizados a constituir guarda civil ‘destinada à proteção de seus bens, serviços e instalações’ (art. 144, § 8º, da Constituição da República), a que a lei cometeu atribuições específicas de atuar preventivamente no território do Município para a proteção sistêmica da população que utiliza os equipamentos municipais e de colaborar em ações conjuntas com outros órgãos de segurança no interesse da paz social (art. 5º, incs. III e IV, da Lei nº 13.022, de 2014), mas não para, em substituição à polícia ostensiva da ordem pública e à polícia judiciária, que igualmente são órgãos constitucionalmente previstos e com competências legalmente definitivas, diligenciar a apuração de denúncias e, ingressando em imóvel fechado, realizar apreensões de drogas e prisões em duvidosa situação flagrancial.** Não se nega aos guardas civis, como aliás a qualquer do povo (art. 301 do Código de Processo Penal) a prisão em flagrante de quem quer que se encontre em flagrante delito, de modo a interromper a prática criminosa e amealhar prontamente elementos para a sua persecução, mas evidentemente não se insere nas suas atribuições

ativamente buscar, onde estejam longe da vista, a prática meramente suposta de crime. No mais, a razão também assiste à Defesa no tocante à ilegalidade do ingresso no imóvel, uma vez que nos depoimentos não se fez nenhuma menção ao consentimento do morador e que tampouco se descreveram fundadas razões para se suspeitar da ocorrência de crime permanente no seu interior. Estava claro, no contexto, que, a despeito de se tratar de galpão comercial, havia no seu interior habitáculos que, ainda que transitoriamente, serviam de casa aos trabalhadores que ali pousavam. É sabida, a esse respeito, a interpretação larga que a jurisprudência constitucional confere à cláusula constitucional segundo a qual 'a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial' (art. 5º, inc. XI, da Constituição da República. Consoante assentado pelo Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário apreciado sob o regime da repercussão geral, 'a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados' (RE 603.616, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 05/11/2015). Assim, sem prejuízo de o juiz natural da causa examinar a validade das provas colhidas e do seguimento do inquérito policial, insere-se na designação deste Magistrado, para a presidência das audiências de custódia, relaxar a prisão manifestamente ilegal, por afronta à inviolabilidade domiciliar. Por essas razões, RELAXO a prisão em flagrante, com fundamento no que dispõe o art. 310, inc. I, do Código de Processo Penal. Expeça-se alvará de soltura clausulado. Em vista dos relatos de agressão pessoal e patrimonial, oficie-se ao órgão correccional da Guarda Civil de Itapevi, com cópia dos autos e do registro audiovisual da audiência. Após, encaminhem-se ao Distribuidor para remessa à Comarca de Itapevi." Saem os presentes intimados. Nada mais. **(Termo de audiência de custódia realizada em Itapeçerica da Serra, 2018)**

(...) razão também assiste à Defesa no tocante à **ilegalidade do ingresso no imóvel, uma vez que nos depoimentos não se fez nenhuma menção ao consentimento do morador e que tampouco se descreveram fundadas razões para se suspeitar da ocorrência de crime permanente no seu interior, não servindo a tanto a mera delação anônima sem nenhuma especificação adicional.** É sabida, a esse respeito, a interpretação larga que a jurisprudência constitucional confere à cláusula constitucional segundo a qual "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial"

(art. 5º, inc. XI, da Constituição da República). Consoante assentado pelo Plenário do colendo Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário apreciado sob o regime da repercussão geral, “a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados” (RE 603.616, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 05/11/2015). Assim, sem prejuízo de o juiz natural da causa examinar a validade das provas colhidas e do seguimento do inquérito policial, insere-se na designação deste Magistrado, para a presidência das audiências de custódia, relaxar a prisão manifestamente ilegal, por afronta à inviolabilidade domiciliar. **(Termo de Audiência de custódia realizada em Itapecerica da Serra, 2018)**

No entanto, com a devida vênia da DD. Promotora de Justiça, a prisão comporta imediato relaxamento, uma vez que a captura se fundou em situação flagrancial que somente se evidenciou após busca pessoal que, por se afigurar ilegal, macula a subsequente detenção. É certo que os guardas civis, embora não tenham entre suas atribuições a repressão ao tráfico de entorpecentes, em vista dos parâmetros traçados no art. 144, § 8º, da Constituição da República e na Lei nº 13.022, de 2014, não são menos que “qualquer do povo”, a quem se confere legitimação extraordinária para a prisão-captura de quem quer que se encontre em flagrante delito (art. 301 do Código de Processo Penal). **Ocorre, porém, que o flagrante delito somente se configurou após a revista pessoal, a que os guardas civis procederam, segundo seu próprio relato, tão somente porque o indiciado trajava “camiseta amarela e calça jeans”, descrição obtida de denúncia anônima.** A denúncia anônima, consoante reiterada e pacífica jurisprudência, não é elemento idôneo a ensejar nenhuma forma de coerção ou constrangimento das liberdades pessoais. Ademais, para além da duvidosa situação de suspeita fundada a ensejar a busca pessoal independente de mandado, na forma do art. 244 do Código de Processo Penal, é necessário destacar que a busca pessoal, diferente da prisão em flagrante, é ato exclusivo de autoridade – no que não se defere, pelo seu estatuto jurídico, aos guardas civis municipais –, sob pena de se sujeitarem todos a devassa indiscriminada por qualquer do povo, em evidente afronta ao primado mínimo do Estado Democrático de Direito. Tal entendimento é sufragado de longa data pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, e.g.: “*Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Guarda civil. Atividade policial. Guardas civis sabidamente não têm competência para exercerem atividade policial e, portanto, somente podem submeter transeuntes a revista corporal se estiverem em situação de certeza visual de flagrante de crime.” (TJSP, 2ª Câmara de Direito Criminal, Habeas Corpus nº 2071599-38.2018.8.26.0000, rel. Des. Sérgio Mazina Martins, julgado em 11/06/2018). **(Termo de Audiência de custódia realizada em Itapecerica da Serra, 2018).**

16_L leituras RECOMENDADAS

ATENDIMENTO ÀS PESSOAS PRESAS EM FLAGRANTE

BRASIL. Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8.906/94). Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/legislacaooab/estatuto.pdf>.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento*. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaoda-saudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>.

BUKOVSKA, Barbora. Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos. *Sur, Rev. int. direitos human.*, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 6-21, dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000200002&lng=en&nrm=iso.

CNJ. *Resolução 2013, de 15 de dezembro de 2015*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Relatório – Um ano de Audiência de custódia no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/53f2bf4ac82541d3a0aa8bc6c6243c3e.pdf>.

IDDD. *Audiências de custódia: Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa*, 2017. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf.

Informativo Rede de Justiça Criminal, Edição n.05, 2013. Disponível em: <https://redejusticacriminal.org/pt/publication/audiencia-de-custodia-o-que-e-e-porque-e-necessaria/>.

TEMAS ESSENCIAIS PARA AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Acesso à justiça da população em situação de rua: política institucional, garantia de direitos, práticas e serviços de inclusão. *Cadernos Defensoria Pública*. v.3, n.11 2018.

ARAUJO, Tarso. *Guia sobre drogas para jornalistas*. São Paulo: IBCCRIM-PBPD-Catalize-SSRC, 2017. Disponível em: <http://pbpd.org.br/glossario/guia-sobre-drogas-para-jornalistas/>.

BASTOS, Francisco Inácio; BERTONI, Neilane (org.). *Pesquisa Nacional sobre o uso de crack: quem são os usuários de crack e/ou similares do Brasil? Quantos são nas capitais brasileiras?* Rio de Janeiro: ICITC/Fiocruz, 2014. Disponível em: <https://www.icict.fiocruz.br/sites/www.icict.fiocruz.br/files/Pesquisa%20Nacional%20sobre%20o%20Uso%20de%20Crack.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 (ADPF 347)*. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>.

CAPPELLO, Nina et al. Que audiência de custódia queremos? *Justificando*, jan. 2018. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2018/01/04/que-audiencia-de-custodia-queremos/>.

CIDH. *Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas: introdução e recomendações*. CIDH, 2013. <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/relatorio-pp-2013-pt.pdf>.

CONNECTAS. *Tortura Blindada: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia*. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/tortura-blindada>.

CtIDH. Caso Salmón vs. Bolívia, Série C, n. 330. Parágrafos 86 e 141. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf.

CtIDH. *Opinião Consultiva, nº 16/99, de 1º de outubro de 1999*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/21210opinio.htm>.

IDDD. *O fim da liberdade*. 2019. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2019/09/OFimDaLiberdade_completo.pdf.

INSTITUTO SOU DA PAZ. Monitorando a aplicação da Lei das Cautelares e o uso da prisão provisória nas Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo. Acesso em: <https://redejusticacriminal.org/pt/publication/o-impacto-das-leis-cautelares-nas-prisoas-em-flagrante-na-cidade-de-sao-paulo/>.

ITTC. *Fora de Foco: caminhos e descaminhos de uma política de alternativas à prisão*. São Paulo: ITTC, 2017. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/06/relatorio-fora-de-foco1.pdf>.

Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>.

LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. Saraiva: São Paulo, 2017.

Mapa da Implantação das Audiências de custódia no Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>

ONU. *Protocolo de Istambul: manual para investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes*. Nações Unidas, 2001. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf.

GÊNERO E MATERNIDADE

BRASIL. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Marco Legal da Primeira Infância. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm.

BRASIL. Ministério da Justiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Série Pensando o Direito, nº 51. Brasília/DF: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longo-de-sua-mae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>.

BRASIL. Ministério de Justiça e Segurança Pública. *Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres*. 2. ed. Brasília/DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 (ADI 4275)*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275DFVotodoMin.CelsodeMello.pdf>.

CARTA DE SÃO PAULO. *Mães do Cárcere: construindo caminhos para a garantia da convivência familiar de mulheres e crianças*. Elaborada por: Pastoral Carcerária; Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Ministério Público de São Paulo. São Paulo: [s.l.], 2011. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/CARTA-DE-SP-PDF.pdf>.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves; BRAGA, Ana Gabriela. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579/15789>.

ITTC. *Mulheres sem prisão: desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres*. ITTC, 2017. Disponível em: <http://itcc.org.br/mulheresemprisao/>.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. *Revista Interface: comunicação, saúde, educação*, Botucatu, v. 16, n. 40, p. 107-120, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832012000100009&script=sci_abstract&tlng=pt.

ONU. Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd40afbb74.pdf>.

IDOSOS, PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DOENÇAS GRAVES

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm.

BRASIL. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm.

CtIDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Série C, n. 312. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/>

casos/articulos/seriec_312_esp.pdf.

ITTC. *Fora de Foco*: caminhos e descaminhos de uma política de alternativas à prisão. São Paulo: ITTC, 2017. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/06/relatorio-fora-de-foco1.pdf>.

POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA MIGRANTES E OUTRAS VULNERABILIDADES

Cadernos Defensoria Pública v.3, n.11, "Acesso à justiça da população em situação de rua: política institucional, garantia de direitos, práticas e serviços de inclusão", 2018. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/cadernos_defensoria/volume11.aspx.

GOMES, Janaína Dantas Germano (coord.). *Primeira infância e maternidade nas ruas da cidade de São Paulo*: relatório de pesquisa. São Paulo: Lampião Conteúdo e Conhecimento, 2017. Disponível em: <https://www.neca.org.br/wp-content/uploads/Primeira-infancia-e-maternidade-nas-ruas-de-SP-CDH-LG.pdf>.

Guia de serviços São Paulo: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/rede_socioassistencial/index.php?p=3200

Guia de serviços Itapeçerica da Serra: <https://www.itapeçerica.sp.gov.br/servicos/cidadao/>

Guia de serviços Taboão da Serra: http://ts.sp.gov.br/servicos/servicos_para_o_cidadao

Guia de Serviços Embu das Artes: <http://cidadeembudasartes.sp.gov.br/embu/portal/secretaria/sec/1>

Guia de Serviços Osasco: <http://www.osasco.sp.gov.br/assistencia-social-unidades>

TORTURA E REVISTA VEXATÓRIA

CNJ. *Protocolo II*: Procedimentos para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/12/ab28772f2916db83dedecf8718b36cdb.pdf>.

CONNECTAS. *Tortura Blindada*: como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas, 2017. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/tortura-blindada>.

Resolução 44/2014 do CNJ: Dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas - princípios e regras - do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crime de tortura e dá outras providências. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/.

ONU. *Protocolo de Istambul*: manual para investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Nações Unidas, 2001. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf.

PROBONO.ORG.BR

f i in INSTITUTOPROBONO