

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

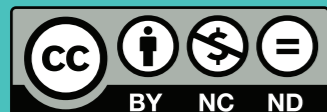
**PENSANDO ESTRATÉGIAS DE COMBATE
AO ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO**

D O S S I Ê

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

D O S S I Ê

REALIZAÇÃO INSTITUTO PRO BONO
DIRETORIA EXECUTIVA MARCOS FUCHS
EDITORA SURRAILLY FERNANDES YOUSSEF
COEDITORAS LUISA PLASTINO E REBECCA GROTERHORST
REVISÃO TEXTUAL ANA M. FERNÁNDEZ, ALEXANDRE GONÇALVES JR, DOUGLAS KAWAGUCHI,
LUISA PLASTINO, SURRAILLY FERNANDES YOUSSEF E REBECCA GROTERHORST
PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO DÉBORA DE MAIO
TRADUÇÃO ANA FIORI
ANO 2018
ISBN 978-65-80894-00-0



 INSTITUTO
PRO BONO

S U M Á R I O

08_ Editorial

10_ PARTE I

Audiência de custódia como espaço de ilegalidades: direito de defesa e garantias processuais

11_ Capítulo 1

Os desafios do controle de legalidade das prisões nas audiências de custódia
OTÁVIO CONSTANTINO

17_ Capítulo 2

Abordagem de mérito em audiências de custódia: Os limites da resolução do CNJ e sua interpretação judicial
JOÃO DANIEL RASSI
ISABELA LABRE MONIZ DE ARAGÃO FARIA
BEATRIZ MASETTO TREVISAN
BRUNA ZOLFAN VIZZONE
GUILHERME NUNHO GIANDONI COSTA

23_ Capítulo 3

Direito de defesa nas audiências de custódia
HUGO LEONARDO
VIVIAN PERES DA SILVA

28_ Capítulo 4

Contribuições para o melhor desenvolvimento das audiências de custódia nos casos de prisão por tráfico de drogas
GABRIEL DE FREITAS QUEIROZ

34_ PARTE II

Racismo, defesa e audiência de custódia

35_ Capítulo 1

Audiência de custódia: A lei áurea do tempo moderno pra quem não tem cartas de alforria
THAINÁ DE MEDEIROS

41_ Capítulo 2

É difícil jogar quando as regras são para decretar o seu fim
AMARÍLIS COSTA
LORRAINE CARVALHO SILVA

46_ PARTE III

Regulamentação e legalização das drogas

47_ Capítulo 1

Regulação e alternativas ao encarceramento por crimes de drogas
TANIA RAMIREZ

58_ PARTE IV

Mulheres, interseccionalidade, cautelares e problematização

59_ Capítulo 1

Mulheres, criminalização e políticas de drogas na América Latina
CORINA GIACOMELLO

73_ Capítulo 2

Violência institucional e performatividade: Notas sobre aspectos de gênero nas audiências de custódia
RAISSA CARLA BELINTANI DE SOUZA
ROBERTA OLIVATO CANHEO

78_ Capítulo 3

Garantir a liberdade das mulheres, envolve as mulheres negras e periféricas?
LORRAINE CARVALHO SILVA

83_ Capítulo 4

Mulheres e audiência de custódia: a liberdade não se perde apenas atrás das grades
RAQUEL DA CRUZ LIMA

88_ Capítulo 5

A atuação pro bono do Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga em audiências de custódia. Contribuições para a reflexão sobre a função social da advocacia.
BIANCA DOS SANTOS WAKS
FLAVIA REGINA DE SOUZA OLIVEIRA
ROBERTO QUIROGA MOSQUERA

92_ PARTE V

Recomendações aos atores do sistema de justiça criminal

93_ Capítulo 1

Liberdade de mulheres nas audiências de custódia

94_ Capítulo 2

Prisões em flagrante pelo crime de tráfico de drogas

97_ Capítulo 3

Fortalecimento do direito à ampla defesa nas audiências de custódia



SOBRE O INSTITUTO PRO BONO E O PROJETO AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O Instituto Pro Bono é uma organização social sem fins lucrativos que tem como missão promover o acesso à justiça de populações vulneráveis e organizações da sociedade civil, por meio do fomento à advocacia pro bono e ao intercâmbio de conhecimentos jurídicos. Advocacia pro bono é a prestação gratuita, eventual e voluntária de serviços em favor daqueles que não possuem recursos econômicos para pagamento de um advogado. Somente em 2015, após 15 anos de luta e advocacy por parte do Instituto Pro Bono pela liberação da advocacia voluntária, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil decidiu incluir a atividade no art. 30 de seu Código de Ética e Disciplina, permitindo sua realização tanto para benefício de pessoas físicas quanto para organizações sociais.

Em parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em dezembro de 2016 o Instituto Pro Bono passou a atuar com seu grupo de voluntários nas audiências de custódia de pessoas presas em flagrante em Itapeverica da Serra e região. Até o presente momento, as advogadas voluntárias do projeto já atenderam 1.002 pessoas.

O Projeto Audiência de Custódia foi concebido para colocar a advocacia voluntária serviço da garantia do direito à ampla defesa de pessoas presas em flagrante, com uma perspectiva de direitos humanos. Nesse sentido, o projeto buscou refletir sobre novas formas de atuação na construção de estratégias de defesa e no atendimento de homens e mulheres encarcerados.

A Defensoria Pública ainda não possui número de defensores suficiente para toda a população que necessita de advogados para acessar seus direitos¹. Assim, a atuação do Instituto fora de espaços já ocupados pela Defensoria Pública visa fortalecer o trabalho das instituições cuja finalidade é a promoção do acesso à justiça, atuando de forma articulada e complementar.

¹ De acordo com o Ministério da Justiça, o Estado de São Paulo apresenta a proporção de um defensor público para cada 24.760 pessoas. Ver em: IV Diagnóstico da Defensoria Pública do Brasil, 2015. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>

EDITORIAL

Esta coletânea de artigos é resultado das discussões promovidas pelo evento *Oficina Audiências de Custódia: pensando estratégias de combate ao encarceramento provisório*, realizado pelo Instituto Pro Bono em junho de 2018. A partir de duas perguntas – “como garantir a liberdade de pessoas acusadas de tráfico de drogas?” e “como garantir a liberdade de mulheres nas audiências de custódia?” –, pesquisadores, advogados, ativistas de direitos humanos, organizações da sociedade civil e gestores públicos compartilharam suas reflexões sobre as audiências de custódia como instrumento de combate ao encarceramento provisório de homens e mulheres no Brasil.

As audiências de custódia foram implementadas no país por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que determinou a apresentação das pessoas presas em flagrante a um juiz no prazo de até 24 horas da prisão. Com a finalidade de reduzir o encarceramento, o mecanismo tem dupla função: de um lado, analisar a legalidade, necessidade e cabimento da prisão; e, de outro, combater as práticas de violência e tortura por parte das autoridades policiais. Para além disso, essas audiências possibilitam dar visibilidade às situações de vulnerabilidade social das pessoas presas em flagrante, relacionadas a gênero, idade, raça e outros marcadores sociais.

Não é novidade que o Brasil é um dos países que mais encarceram no mundo. Segundo dados do INFOPEN de 2016, 726.712 pessoas encontram-se em situação de prisão. Tampouco é novidade que a maioria das pessoas selecionadas pelo sistema penal são negras, pobres, residem em regiões periféricas e apresentam uma série de obstáculos para acessar direitos básicos.

Essa seletividade e a escolha do encarceramento como principal resposta para os conflitos sociais foram evidenciadas nas audiências de custódia acompanhadas pelo Instituto no decorrer do projeto. Em 2017, por exemplo, apenas em dois meses o número de relaxamentos e liberdades superou a decretação de prisão preventiva, sendo que em alguns meses a prisão superou 70% dos casos atendidos.

A atuação direta nas audiências permitiu ao Instituto observar uma série de obstáculos à garantia do acesso a direitos da população presa em flagrante. Ao mesmo tempo foi possível, a partir da centralidade da narrativa da pessoa presa em flagrante, repensar o papel da/o advogada/o na realização de uma defesa criminal efetiva, norteadas pela perspectiva dos direitos humanos.

Observamos como certas violações e abusos são perpetrados continuamente pelas instituições do sistema de justiça, a exemplo das audiências-fantasma, o não reconhecimento de prisões

ilegais e flagrantes forjados, ausência de alimentação às pessoas presas em trânsito, aplicação de fórmulas genéricas para manutenção da prisão e ausência de encaminhamento dos casos de violência e tortura. No caso das mulheres atendidas pelo Instituto, percebemos que as audiências de custódia podem ou não ser um instrumento para garantia de sua liberdade, pois ainda há uma resistência na substituição da prisão preventiva pela domiciliar em sede de audiência de custódia, mesmo após decisão do Supremo Tribunal Federal obtida em sede de habeas corpus coletivo.

Vivenciamos, ainda, diversas situações de desrespeito à prerrogativa dos advogados e ampla defesa, como limitação de tempo para entrevista prévia e reservada, proibição de acompanhamento do IML, indeferimento de perguntas nas audiências, entre outras.

Esses obstáculos, juntamente com as possibilidades da audiência de custódia de combater o encarceramento, nos mobilizaram a organizar esse dossiê para refletir sobre estratégias jurídicas criativas e propor reformulações ao sistema de justiça e seus atores.

O dossiê foi escrito pelos advogados individuais, de escritórios, de organizações sociais e ativistas de direitos humanos que se apresentaram no evento mencionado. O documento está dividido em sete partes. Com artigos de advogados e advogadas atuantes em audiências de custódia, a parte I é um convite para discutir a audiência de custódia como um importante espaço de reconhecimento de flagrantes ilegais, bem como sobre estratégias de fortalecimento do acesso à ampla defesa, especialmente nos casos de pessoas acusadas de tráfico de drogas. Na segunda parte, Tainã Medeiros, Amarílis Costa e Lorraine Carvalho Silva trazem um olhar para a seletividade penal, refletindo sobre como a dinâmica das prisões de pessoas negras em territórios marginalizados e as audiências de custódia operam dentro da lógica racista. Na parte III, Tania Ramírez reflete sobre as políticas de drogas latino-americanas, observando que a redução do encarceramento provisório passa por uma escolha política de descriminalização do uso de entorpecentes. Na parte IV, refletindo sobre como o gênero intensifica os efeitos do cárcere na vida de mulheres, pesquisadoras acadêmicas e de organizações da sociedade civil discutem possibilidades e limites das estratégias jurídicas nas audiências de custódia para a garantia da liberdade de mulheres. Finalmente, nas últimas três partes, abordamos as recomendações para o sistema de justiça criminal quanto à defesa efetiva de mulheres e pessoas presas por tráfico de drogas, e propomos recomendações para uma ampla defesa.

Esperamos que esse documento sirva para o surgimento de um novo olhar para o sistema de justiça criminal. Boa leitura!

OS DESAFIOS DO CONTROLE DE LEGALIDADE DAS PRISÕES NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

OTÁVIO CONSTANTINO²

Conforme previsto pela Resolução nº 213/2015 do CNJ, as Audiências de Custódia destinam-se, dentre outras finalidades, ao controle da legalidade das prisões em flagrante formalizadas pela autoridade policial e encaminhadas à Justiça nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal. Acerca disso, pesquisas mostraram que pouquíssimas prisões foram consideradas ilegais no âmbito das audiências de custódia³. Em Itapeccerica da Serra, local em que atuei como advogado voluntário, apenas 5% das 539 audiências acompanhadas no ano de 2017 pelo Instituto Pro Bono resultaram no relaxamento da prisão.

Esses dados poderiam levar à conclusão de que, praticamente, todas as prisões em flagrante respeitam os ditames legais. Entretanto, considerando as políticas criminal e de segurança pública, além da experiência vivenciada durante o projeto encampado pelo Instituto Pro Bono, entendo equivocada a conclusão citada. Diante disso, buscarei neste artigo: i) apontar como a preferência pelo policiamento ostensivo repercute nas audiências de custódia; ii) demonstrar a inverossimilhança do elevado acerto de nossas polícias em relação às prisões em flagrante; e iii) apresentar as dificuldades que limitam a análise da legalidade das prisões em flagrante no âmbito das audiências de custódia.

Para começar o debate, é preciso entender o contexto que permeia as prisões em flagrante. Elas representam a principal porta de entrada do Sistema de Justiça Criminal. Segundo dados apresentados pelo Instituto Sou da Paz (2017, p. 76), no 1º semestre de 2016, cerca de 69,1% das prisões realizadas no Estado de São Paulo decorreram de flagrantes. Isso evidencia certo tipo de política de segurança pública, caracterizada pela priorização do policiamento ostensivo em detrimento do investigativo. Não à toa, a Polícia Militar conta com efetivo muito

PARTE I

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO ESPAÇO DE ILEGALIDADES: DIREITO DE DEFESA E GARANTIAS PROCESSUAIS

² Advogado formado pela Universidade São Paulo, pós-graduando em Direito e Desenvolvimento pela FGV-SP e foi voluntário no Projeto Audiência de Custódia do Instituto Pro Bono.

³ Os relatórios elaborados pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2017) e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2016, p. 6) mostram que, no Ceará, nenhum caso foi relaxado no período pesquisado; no DF e em Pernambuco, apenas 2,6%; já no Rio de Janeiro e em Minas Gerais, aproximadamente 1,5%.

maior, e com déficit de ocupação muito menor, do que a Polícia Civil⁴.

As consequências dessa opção política são várias, dentre as quais destacarei três. A primeira delas é o enfraquecimento da atividade investigativa da Polícia Civil, vez que a sobrecarga com tarefas burocráticas, tais como lavratura de autos de prisão em flagrante, gestão e fiscalização das carceragens das Delegacias de Polícia e escolta de presos até as audiências de custódia. Em não havendo a priorização da atividade investigativa, as prisões acabam se limitando a conter condutas mais visíveis, simples, as quais não demandam muitas provas ou elementos de justificação. Por outro lado, tal sobrecarga dificulta uma atuação policial mais estratégica e de inteligência, capaz de causar verdadeiro impacto na segurança pública. O policiamento ostensivo, por sua vez, acaba servindo apenas para inflar o número de prisões – hoje considerado o principal critério de avaliação da eficiência de nossas polícias – e perpetuar a sensação de “enxugar gelo”, compartilhada por vários policiais, juizes, defensores, promotores e gestores públicos.

A segunda consequência é que o policiamento ostensivo acaba se voltando, prioritariamente, contra um público específico: a parcela mais pobre da sociedade. Acerca disso, é importante pontuar que a sociologia (DURKHEIM, 2007) e a criminologia (SANTOS, 2008) já demonstraram que o “crime” é um fenômeno praticado por integrantes de todos os grupos sociais, mas cujo controle ocorre de maneira seletiva contra os mais vulneráveis. E o excesso das prisões em flagrante contribui para isso na medida em que recai sobre os crimes mais aparentes e simples. Afinal de contas, partindo do pressuposto (mas sem generalizar) de que pessoas com mais recursos têm maior capacidade de cometer crimes sofisticados – portanto, mais difíceis de serem descobertos (como exemplo, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, corrupção, sonegação fiscal, etc. –, e, ao contrário, pessoas com menos recursos conseguem cometer crimes mais simples – portanto, mais aparentes –, é certo que este público acaba sendo a clientela preferencial do policiamento de tipo ostensivo.

Tal característica é comprovada na prática. Conforme demonstrado no relatório do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2017, p. 62), mais de 80% das pessoas encaminhadas às Audiências de Custódia, em média, não concluíram o Ensino Médio. Não por outro motivo, o trabalho prestado pelas Defensorias Públicas, pelos advogados dativos e pela advocacia pro bono, maiores representantes do exercício do direito de defesa nessa etapa pré-processual⁵, é imprescindível.

Outro desdobramento da seletividade do policiamento ostensivo é o controle de um universo específico de crimes. De acordo com a pesquisa do Instituto Sou da Paz (2017, p. 78), 73,2% dos flagrantes autuados no 1º semestre de 2017 referiam-se apenas à prática de tráfico de drogas e a crimes patrimoniais⁶, e apenas 16,7% a crimes cometidos com algum tipo de violência⁷.

Ou seja, determinadas condutas delituosas, consideradas simples (por serem mais aparentes) e não violentas, é que praticamente movimentam as audiências de custódia. Em suma, são os “aviõezinhos”, os usuários, os “pés de chinelo”, os “batedores de carteira”, os pobres que são, majoritariamente, presos em flagrante.

Por fim, a terceira consequência dessa opção de policiamento refere-se ao aumento da discricionariedade do Estado. Ao passo que o trabalho investigativo da Polícia Civil é muito mais controlado pelo Poder Judiciário, tendo em vista que avança mediante autorizações de busca e apreensão e interceptação telefônica; o policiamento ostensivo é sustentado, basicamente, pela coerência da convicção do agente que atua em campo, algo demasiadamente subjetivo e parcial. Em relação a ele, o Judiciário realiza um controle *a posteriori*, em que o resultado da ação acaba influenciando a avaliação da legalidade dos meios empregados. E esse cenário é propício à perpetuação de arbitrariedades dos agentes públicos e de desrespeito dos direitos fundamentais, ainda mais se se considerar que o público preferencial das prisões em flagrante não tem boa escolaridade, tampouco conhecimento dos seus direitos.

E exatamente visando coibir ou mitigar essas externalidades decorrentes da preferência pelo policiamento ostensivo – resumidas por i) excesso de prisões com baixo grau probatório; ii) seletividade de público mais pobre e com maior dificuldade de defender seus direitos; e iii) favorecimento de um ambiente propício à prática de arbitrariedades – é que se deu a implementação das audiências de custódia. Para além da tentativa de diminuir o número elevado de presos provisórios, a novidade visou combater as abordagens policiais consideradas ilegais e, ainda, denunciar aquelas praticadas mediante tortura ou outro meio cruel e degradante. A aposta era de que a pessoa custodiada, ao ser “ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão”⁸, pudesse relatar eventuais abusos sofridos e o juiz fazer o devido controle da atividade policial. Porém, como mostram os números apresentados no começo desse texto, não é o que tem ocorrido. Isso porque não é crível que, aproximadamente, 98% das prisões em flagrante realizadas tenham respeitado a lei.

Afinal, tal nível de eficiência não é esperado de uma polícia mal remunerada, sucateada, e muitas vezes com o seu efetivo defasado. Além disso, como já dito, o policiamento de tipo ostensivo é sustentado por certa discricionariedade do agente e tem menos participação do Judiciário na sua condução, o que, articulado com a afirmação anterior, cria terreno fértil para o abuso e para a violação da lei processual penal. Não à toa, temos visto várias denúncias contra polícias, acusados de forjar flagrantes ou extorquir testemunhas. Segundo dados levantados pelo Portal G1, de 2016 a 2017, houve um aumento de 35% na prisão de policiais civis⁹. Já a Ponte Jornalismo apurou que, de 2012 a 2015, houve um aumento de 150% na prisão de policiais militares¹⁰. No mesmo sentido, o Portal UOL noticiou que, de 2007 a 2017, 3.093 policiais militares foram presos sob a suspeita de terem praticado algum crime¹¹.

4 Levantamento feito pelo G1 constatou que, no ano de 2016, a Polícia Militar de São Paulo contava com 89.057 policiais na ativa, o que representava 95% de ocupação dos seus quadros, ao passo que a Polícia Civil contava com apenas 27.714 policiais, o que representava 76% da ocupação total dos seus quadros. Ver SOARES, Will. PM fica estável e política Civil de SP perde 3 mil policiais na gestão Alckmin. G1 São Paulo. Publicado em 04 nov. 2016. Disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/11/pm-fica-estavel-e-policia-civil-de-sp-perde-3-mil-policiais-na-gestao-alckmin.html>

5 A Defensoria Pública do Rio de Janeiro (2016, p. 6) constatou que 93,61% dos 5.302 casos que passaram pelas Audiências de Custódia foram atendidos pela instituição.

6 Considerando furto, receptação e roubo, sem contar latrocínio.

7 Considerando roubo, latrocínio, homicídio, estupro e extorsão mediante sequestro.

8 Caput do art. 1º da Resolução nº 213/2015 do CNJ.

9 FERREIRA, Vitor; ARCOVERDE, Leo. Número de policiais civis presos aumenta 35% em SP, diz levantamento. G1 São Paulo. Publicado em 05 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/numero-de-policiais-civis-presos-em-sp-aumenta-35-diz-levantamento.ghtml>

10 DIAS, Paulo Eduardo. Em três anos, número de detentos em presídio para PMs aumenta 150%. Ponte. Publicado em 17 jun. 2016. Disponível em: <https://ponte.org/em-tres-anos-numero-de-detentos-em-presidio-de-pms-aumenta-150/>

11 ADORNO, Luis. Capão Redondo lidera no. De PMs presos em SP: homicídio é o principal crime cometido por policiais. UOL Notícias. Publicado em 28 mar. 2018. Disponível em: <https://www.uol.com.br/noticias/especiais/dos-batalhoes-para-a-prisao.htm#tematico-1>

Com efeito, os próprios tipos penais encaminhados com maior frequência para as Audiências de Custódia ensejam dúvidas que não corroboram o percentual de acerto. O diploma legal que disciplina o tráfico de drogas (crime que motivou 29,9% das prisões em flagrante em 2017), por exemplo, não distingue usuário de traficante, o que pode dar margem a erro e macular a legalidade da prisão. Além disso, tem sido aceito pelos Tribunais apenas o testemunho policial¹² tanto para a justificação das abordagens como para a comprovação do crime, o que contribui para um ambiente propício à arbitrariedade e ao abuso de poder. Prova disso é o fato de que 17,5% das prisões em flagrante relacionadas ao tráfico de drogas decorreram de “entradas franqueadas” em residências (NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA, 2011, p. 40), ou seja, sem ordem judicial, algo que enseja dúvida quanto à legalidade da abordagem policial. Afinal, “evidentemente que ninguém vai convidar a polícia a penetrar numa casa para que ela seja vasculhada”, como sustentou o Min. Ricardo Lewandowski.¹³

No caso da receptação (8%), a dúvida quanto à legalidade da invasão domiciliar também é uma constância, dado se tratar de crime considerado permanente. Somado a isso, a possibilidade de violação do sigilo das correspondências e das comunicações telefônicas em abordagens relacionadas a furto de celular só faz aumentar as incertezas quanto à legalidade das prisões. O mesmo em relação aos crimes de furto (20,6%), cujo valor do objeto e a intenção da conduta praticada são determinantes para a configuração do crime e, portanto, discutíveis em sede de controle de legalidade da atividade policial.

Em suma, dado o contexto no qual as audiências de custódia se inserem e incidem, há fortes indícios de que elas não têm propiciado o devido controle da legalidade das prisões em flagrante, algo ilustrado pelo baixíssimo número de prisões relaxadas. Mas, afinal, o que impede a realização desse objetivo? A meu ver, são dois os principais motivos: a contradição contida na Resolução nº 213/2015 do CNJ e a cultura jurídica dos Tribunais de Justiça.

Quanto à Resolução, cabe destacar que a regulamentação da atividade procurou equiparar as audiências de custódia à qualidade de um juízo de garantias, isto é, mais comprometido com a proteção dos direitos da pessoa presa do que com a persecução penal, de modo a mitigar os prejuízos e o estigma causados com o processo criminal. É esse o sentido do inciso VIII e do § 1º do art. 8º da Resolução 213/2015 do CNJ, os quais, respectivamente, obrigam o juiz a “abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante” e a “indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação”. Tais regras ganham ainda mais relevância tendo em vista que os registros da audiência são apensados ao inquérito policial e à ação penal (conforme art. 12 da resolução), algo que contraria o modelo acusatório e a noção de juízo de garantias.

Contudo, por conta das referidas normas, muitos juízes têm impedido os presos de comentar sobre as circunstâncias da prisão (finalidade primeira das audiências de custódia) e a defesa de indagá-los sobre o assunto. Afinal, invariavelmente, a conversa esbarra no mérito dos fatos.

12 De acordo com pesquisa do Núcleo de Estudos da Violência (2011, p. 55), 74% de autos de prisão em flagrante registrados entre Nov/2010 a Jan/2011 na cidade de São Paulo continham apenas os testemunhos dos policiais que efetuaram a prisão.

13 Voto do HC/STF nº 138.565.

Porém, tal condução das audiências inviabiliza a discussão acerca da legalidade da prisão. Ora, como requerer o relaxamento da prisão por tráfico sem perguntar ao preso se portava drogas no momento do flagrante? Ou como demonstrar a violação do sigilo telefônico e das correspondências sem tratar da abordagem policial?

Claro que avançar sobre tais temas é uma operação delicada, mas que deve ser calculada pelo profissional que realiza a defesa. Nesse sentido, o veto absoluto imposto pela Resolução do CNJ deveria se destinar apenas ao magistrado e aos membros do Ministério Público, mas não à defesa. Além do mais, um dos grandes erros está no fato de o termo da audiência ser anexado ao processo, possibilitando a repercussão futura do que nela for dito (inclusive contra o preso), algo que contraria a noção de juízo de garantias.

Por outro lado, não bastassem os erros de regulamentação, a cultura jurídica também não contribui para a realização dos objetivos previstos pelo CNJ com as audiências de custódia. Ao longo das atividades desenvolvidas em Itapeverica da Serra, presenciei a decretação da prisão preventiva apesar do relaxamento da prisão em flagrante (frise-se, com base na simples cópia dos autos encaminhados pela Delegacia de Polícia); a decretação de prisão a despeito de o promotor de Justiça ter requerido medida menos gravosa; a formulação de perguntas com caráter preconceituoso e moralista acerca das condições de vida da pessoa presa e o uso das respostas para fundamentar a prisão; dentre outras práticas retrógradas que evidenciam a dificuldade do Judiciário em garantir o mínimo respeito ao direito das pessoas presas.

Com relação ao controle da legalidade das prisões, percebe-se que a palavra dos policiais, registrada em alguns parágrafos no boletim de ocorrência, tem mais força do que a conversa do preso com o juiz. Parece que os agentes do Sistema de Justiça Criminal ainda não perceberam que os agentes do Estado, mesmo que bem-intencionados, fazem parte do caso e, nesse sentido, adotarão um posicionamento para validar suas ações. Com efeito, também parece que, contra a palavra dos presos, impera uma dúvida intransponível, a qual transforma vários relatos semelhantes de agressões e violações em mentiras. Quantas vezes um Promotor não “informou” um preso acerca da gravidade da prática de calúnia? E essa cultura vai totalmente contra os objetivos que ensejaram a implementação das audiências de custódia.

A meu ver, trata-se de mais um caso de isomorfismo institucional, isto é, de um processo de restrição que força uma novidade a se assemelhar ou se adequar a estruturas e práticas pré-existentes, perpetuando uma homogeneização institucional (DI MAGGIO; POWELL, 1983). Afinal, é notório que as Audiências de Custódia estão cada vez mais parecidas com a audiência de instrução e julgamento, e que têm reproduzido os mesmos vícios da cultura punitiva. Se, no começo, elas representavam oportunidade de oxigenação da Justiça Criminal, hoje, constituem mais uma etapa de estigmatização do preso, impedindo, assim, o avanço civilizatório no processo penal.

Talvez tenha sido ingenuidade achar que um novo instituto jurídico seria capaz de confrontar decisões políticas dos Governos Estaduais e limitar práticas de poderosas instituições, tais como a Polícia Civil, a Militar e os Tribunais de Justiça. Contudo, sendo as audiências de custódia mais um espaço para embate de discursos, nos cabe continuar denunciando as ilegalidades e seletividade do policiamento ostensivo, de maneira a evidenciar as contradições do Sistema de Justiça Criminal, o qual, ao passo que entope as cadeias, não é capaz de garantir uma vida em sociedade mais segura.

REFERÊNCIAS

- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.
- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Relatório: um ano de audiência de custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: DPERJ, 2016, p. 32. Disponível em: <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/53f2bf4ac82541d3a0aa8bc6c6243c3e.pdf>
- DI MAGGIO, Paul; POWELL, Walter. *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*. *American Sociological Review*, 1983, Vol. 48, N° 2.
- DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Tradução de Pietro Nassetti. Ed. Martin Claret: São Paulo, 2007.
- INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Audiências de Custódia: panorama nacional. São Paulo: IDDD, 2017, p. 87. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf
- INSTITUTO SOU DA PAZ. Estatísticas Criminais do Estado de São Paulo: panorama 1º Semestre de 2017. São Paulo: Instituto Sou da Paz, 2017, p. 85. Disponível em: http://www.soudapaz.org/upload/pdf/sdp_analisa_1o_sem_2017.pdf
- JESUS, Maria Gorete M.; LAGATTA, Pedro; OI, Amanda H.; ROCHA, Thiago Thadeu. *Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011, p. 158. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>

CAPÍTULO 2

ABORDAGEM DE MÉRITO EM AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA: OS LIMITES DA RESOLUÇÃO DO CNJ E SUA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

JOÃO DANIEL RASSI¹⁴
ISABELA LABRE MONIZ DE ARAGÃO FARIA¹⁵
BEATRIZ MASETTO TREVISAN¹⁶
BRUNA ZOLFAN VIZZONE¹⁷
GUILHERME NUNHO GIANDONI COSTA¹⁸

1_INTRODUÇÃO DO TEMA

O presente artigo pretende questionar os limites cognitivos da audiência de custódia, partindo da percepção de advogados(as) envolvidos no Projeto do Instituto Pro Bono de que, durante sua realização, são comumente indeferidas perguntas que dialoguem com a versão dos fatos apresentada pelo preso pelo entendimento de que o ato se limita tão somente à verificação de eventual tortura e à análise das circunstâncias pessoais do custodiado.

Via de regra, os indeferimentos são justificados pelas diretrizes da Resolução nº 213/2015, do CNJ¹⁹, que dispõe que a autoridade judicial se absterá de formular perguntas “com finalidade de produzir prova” e indeferirá as perguntas das partes “relativas ao mérito dos fatos”. O Provimento Conjunto nº 03/2015 do TJSP, por seu turno, também determina a não realização de perguntas que “antecipem a instrução própria de eventual processo de conhecimento”²⁰. De fato, a audiência de custódia não se presta ao juízo de inocência ou culpa do custodiado. A

- 14 Especialista em direito penal pela Universidade de Salamanca; Mestre e doutor em direito penal pela USP. Doutor em direito processual penal pela USP. Advogado. Membro efetivo do IASP. Sócio da setor penal empresarial da Siqueira Castro Advogados.
- 15 Bacharel em direito pela USP. Advogada plena da Siqueira Castro Advogados.
- 16 Bacharel em direito pela USP. Advogada júnior da Siqueira Castro Advogados.
- 17 Bacharel em direito pela PUC/SP. Advogada júnior da Siqueira Castro Advogados.
- 18 Bacharel em direito pela PUC/SP. Advogado júnior da Siqueira Castro Advogados.
- 19 “Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante; § 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação(…)”.
- 20 art. 6º. § 1º Não serão feitas ou admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento.

normativa atende, inclusive, à lógica defensiva de que a audiência, realizada em momento pré-processual no qual o exercício da defesa é especialmente frágil²¹, não pode se consubstanciar em “interrogatório antecipado” do réu sobre o mérito de futura persecução penal²².

Por outro lado, determina a própria Resolução do CNJ que é dever da autoridade judicial inquirir o preso quanto às circunstâncias de sua prisão ou apreensão²³; questionamento que, além de geralmente não realizado, tem sido indeferido quando efetuado pela defesa por indicar revolvimento de matéria de fato.

O que se observa, portanto, é a existência de conflito quanto à interpretação dispensada às previsões dos incisos V e VIII do art. 8º da Resolução do CNJ. Há, por um lado, o entendimento de que a única matéria de fática a ser abordada na audiência relaciona-se à averiguação de tortura (motivo pelo qual perguntas que extrapolem esta medida devem ser indeferidas) e, por outro, o posicionamento de que a análise de mérito, em ampla incursão probatória, deve ser objeto da audiência de custódia.

Necessário, portanto, delimitar o âmbito cognitivo deste ato pré-processual, o que se fará após a análise dos aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais da audiência de custódia (com especial enfoque nas ponderações da Corte Interamericana de Direitos Humanos), que trarão melhor compreensão quanto à sua finalidade.

2_A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM CONTEXTO

A necessidade de apresentação célere da pessoa presa à autoridade judicial é prevista pelo Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966 (art. 9.3)²⁴ e pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969 (art. 7.5)²⁵, ambas promulgadas no Brasil no ano de 1992²⁶.

Apesar das quase três décadas de vigência dos Tratados, inexistente lei federal que regule a realização de audiências de custódia no Brasil, um dos poucos países que promulgaram

a CADH e ainda não possuem lei regulamentadora²⁷. Nacionalmente, a normatização das audiências se dá pela mencionada Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça e por Provimentos de Tribunais²⁸.

O assunto tramita nas Casas Legislativas através PLS nº 554/2011, aprovado no Plenário do Senado em 30/11/2016 e remetido para análise da Câmara dos Deputados (PL 6.620/2016). O Projeto altera o Código de Processo Penal para dispor que, “no prazo máximo de vinte e quatro horas após a realização da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente”²⁹.

Os referenciais para a elaboração de legislação nacional sobre o tema são os Tratados de Direitos Humanos supracitados, que possuem hierarquia supralégitima³⁰. Neste ponto, importante a análise das ponderações já realizadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca à denominada “audiência de apresentação”.

Em *Tibi Vs. Ecuador*, a Corte analisou a detenção de Daniel Tibi, cidadão francês de 36 anos que residia no Equador e foi preso por suposto tráfico de drogas. Quando de sua prisão, foi informado que se tratava de “controle migratório”, sem esclarecimento quanto às acusações que contra ele pesavam. Ficou detido por mais de dois anos, quando foi submetido a tortura e ameaças, sem jamais ter recebido tratamento médico pelas lesões periodicamente verificadas em seu corpo.

No caso, estipulou a Corte que a audiência de custódia ocorre “como meio de controle idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais”, ressaltando que a aplicação de medidas cautelares, no Estado de Direito, não prescinde da análise de estrita necessidade, em observância à presunção de inocência³¹.

Em precedente análogo, analisou a Corte a prisão de Juan Carlos Bayarri (caso *Bayarri v. Argentina*), ocorrida em Buenos Aires, que ficou detido por treze anos por ter confessado, sob tortura, o sequestro de crianças. Neste caso, pontuou a Corte que é imperiosa a realização da audiência de apresentação, oportunidade em que “a autoridade judicial deve ouvir pessoalmente o detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir

21 Pontua-se que, até o ano de 2008, o interrogatório do acusado era realizado como primeiro ato da instrução processual, o que se modificou com a reforma levada a cabo pela Lei 11.719/2008. Com a modificação do art. 400, do CPP, operada pela nova normativa, permitiu-se que o acusado apenas seja interrogado quando possuir conhecimento de todas as provas produzidas em seu (des)favor, ou seja, ao final da instrução processual.

22 Neste sentido: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. “Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória”. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 24, n. 283, pp. 5-6, jun. 2016. No mesmo sentido, Claudio Amaral assevera que o momento é de cognição limitada e qualquer antecipação ao mérito acarretaria a contaminação psicológica do julgador, devendo-se ter em mente que a entrevista realizada em audiência de custódia existe para preservar os direitos do preso, e não prejudicá-lo: AMARAL, Cláudio do Prado. “Da audiência de custódia em São Paulo”. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 23, n. 269, p. 4-6, abr. 2015.

23 Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

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

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

26 Promulgados respectivamente através do Decreto-Lei nº 592/1992 e Decreto nº 678/1992.

27 Conforme relatório produzido pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade de Harvard, dos 35 países que promulgaram a CADH, apenas 7 não possuem lei federal sobre o tema, dentre eles o Brasil. IDDD. Brazil’s Custody Hearings Project in Context: The Right to Prompt In-Person Judicial Review of Arrest Across OAS Member State. International Human Rights Clinic, Harvard Law School, October 20, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/dea49c0ba2487f842717d146bf8d3491.pdf>; Acesso em 10 de julho de 2018.

28 No mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o “Estado Inconstitucional de Coisas” e determinou que juízes e tribunais instituísem as audiências de custódia no prazo de 90 dias (STF, ADPF nº 347/DF, Min. Relator Marco Aurélio, Julgamento de Medida Cautelar em 09/09/2015, DJe 19/02/2016), quando iniciou-se a implementação de audiências de custódia através de Portarias de tribunais.

29 O Projeto foi aprovado com emenda apresentada em Plenário que permite flexibilização no prazo para apresentação do preso em até 72h. Há também emenda, de autoria do senador Francisco Dornelles, que permite a substituição da apresentação pessoal do preso pelo sistema de videoconferência. De acordo com a justificativa do Projeto de Lei, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares, o objetivo da imediata apresentação à autoridade judicial é o resguardo da integridade física e psíquica do custodiado e a prevenção de atos de tortura de qualquer natureza, possibilitando o controle da legalidade da prisão pelo magistrado. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2947033&disposition=inline>; Acesso em 10 de julho de 2018.

30 STF, RE 466.343/SP e HC 87.585/TO.

31 CIDH, Caso Tibi Vs. Ecuador Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), itens 114-118 (tradução livre). No mesmo sentido: Espinoza Gonzáles Vs. Perú, Sentencia, item 129; Garcia Asto y Ramirez Rojas Vs. Perú, Sentencia, item 109.

se decide por sua liberação ou pela manutenção da privação de liberdade³².

Indubitável, portanto, que a audiência de custódia se presta à verificação dos casos de tortura³³, mas não só. Dos precedentes da CIDH, depreende-se que a análise de legalidade da prisão deve ser feita em ampla cognição, homenageando-se a oportunidade de fala do preso por estar este em contato direto com a autoridade judicial. Para além da verificação de maus tratos, portanto, serve-se a audiência de custódia para aferição otimizada³⁴ da legalidade da prisão em flagrante, obtida pelo diálogo que deve se estabelecer entre autoridade judicial e custodiado.

3_ ANÁLISE DE MÉRITO E A ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A ilegalidade da prisão em flagrante pode se dar, quando de sua realização, tanto pela violação de preceitos constitucionais e legais como pela inexistência dos requisitos legais para que seja levada a cabo (situação de flagrância).

A primeira hipótese trata, por exemplo, de prisões em flagrante realizadas em violação domiciliar ou por Guarda Civil Metropolitana atuando em exaspero às suas atribuições constitucionais (como polícia ostensiva), que são ilegais por violarem a Constituição Federal (art. 5º, XI e art. 144, § 8º, respectivamente). São também ilegais os chamados flagrantes “preparados” ou “forjados” por violação à lei (art. 17, CP)³⁵.

Indubitável a pertinência da abordagem de tais matérias em audiência de custódia. Em que pese sejam as perguntas relacionadas a tais circunstâncias comumente cerceadas por juízes, não se trata nem mesmo de matéria “meritória” cuja abordagem é proibida pela Resolução do CNJ por não constituírem prova quanto aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante, mas possível nulidade processual. Há, portanto, evidente equívoco no indeferimento de tais questões.

Ponto mais sensível é a abordagem de questões de fato para a demonstração da ilegalidade do flagrante no sentido de desconstituir a existência de crime, ou seja, defender-se no mérito, afastando o “motivo de fato” que ensejou a prisão. Exemplo clássico é o do custodiado que, em posse de entorpecentes, defende-se demonstrando que se destinavam ao uso, e não à venda, ou o preso que alega ter atuado sob legítima defesa. Nestes casos, ainda que se possa cogitar da legalidade do flagrante, manifestamente ilegal ou desproporcional sua conversão em prisão preventiva, o que é objeto direto de análise da audiência de custódia.

32 Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, item 85. No mesmo sentido, pontuam Aury Lopes Jr. e Caio Paiva que a audiência de custódia é “espaço democrático de discussão”: LOPES JR., Aury. PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal, Revista Liberdades n° 17, IBCCRIM, setembro/dezembro de 2014, p. 15.

33 Destaca Rogério Schietti que a prevenção e repressão da prática de tortura, “chaga histórica de nossa tradição autoritária” é objetivo previsto na própria justificativa Resolução n° 213/2015 do CNJ: CRUZ, Rogério Schietti. Audiências de custódia vão contribuir para a redução da tortura. Conjur. Publicado em 11 jan. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-11/rogerio-schietti-cruz-audiencias-custodia-reducao-tortura>. Acesso em 10 de julho de 2018.

34 Quanto à audiência de custódia como instrumento de otimização da análise judicial quanto às circunstâncias da prisão, já se manifestou o STF: HC 133992, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 11.10.2016, DJe 02-12-2016.

35 Destaque-se a Súmula n° 145, do STF, que estabelece que “Não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Diante de tais possibilidades, Caio Paiva defende a ampla incursão meritória neste momento pré-processual. De acordo com o autor, o acusado, que já conta com defesa técnica, pode se defender plenamente, negando ou fato ou desconstituindo o tipo que lhe é imputado³⁶. Ainda, como eventual confissão da pessoa presa na audiência de custódia não se afigura uma prova irrepitível, deve o juiz da instrução priorizar a tese produzida em interrogatório, não havendo tamanho prejuízo à defesa³⁷.

Contudo, acompanhamos o entendimento de que se mostra temerária a possibilidade de imersão meritória em audiência de custódia³⁸, confundindo-se este ato com a própria audiência de instrução.

Certo é que o exercício da defesa, nesta fase, é precário, não sendo descartável a possibilidade de confissões forçadas passarem a ser utilizadas como tentativa de sensibilização pela liberdade³⁹ ou, ainda, de surgirem orientações jurisprudenciais no sentido de que a ausência de “explicação plausível” do custodiado quanto ao ocorrido reforça a manutenção de sua prisão cautelar.

4_ CONCLUSÕES

Do presente estudo podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. A flexibilização total da proibição de abordagem de mérito em audiências de custódia é tema que merece maior reflexão diante do conflito, no art. 8 da Resolução do CNJ de n. 213/2015, da abrangência dos seus incisos V (que determina que o juiz, na audiência de custódia, deve indagar à pessoa presa as circunstâncias da sua prisão) e VIII (excluindo as perguntas de mérito);
2. Diante da ausência de Lei Federal que regulamente a realização de audiências de custódia, tratado em nível de resolução, os parâmetros de interpretação devem ser o Pacto de Direitos Civis e Político das Nações Unidas de 1966, art. 9.3 e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969, art. 7.5.
3. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos dão conta de que a audiência de custódia não se limita à verificação dos casos de tortura, devendo a análise da legalidade da prisão ser feita em ampla cognição, numa “aferição otimizada”.

36 PAIVA, Caio. Audiências de custódia deveriam admitir atividade probatória. Conjur. Publicado em 16 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>. Acesso em: 10 jul. 2018.

37 PAIVA, Caio. Depoimento de audiência de custódia pode ser utilizado na ação penal? Conjur. Publicado em 23 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-23/tribuna-defensoria-depoimento-audiencia-custodia-utilizado-acao-penal>. Acesso em: 10 jul. 2018.

38 Neste sentido: ROSA, Alexandre de Moraes. Quando o juiz manipula a audiência de custódia. Conjur. Publicado em 08 jul. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-jul-08/limite-penal-quando-juiz-manipula-audiencia-custodia>; ROSA, Alexandre de Moraes; LOPES JR. Aury. Afinal, quem continua com medo da audiência de custódia? (parte 2). Conjur. Publicado em 20 fev. 2015. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-fev-20/limite-penal-afinal-quem-continua-medo-audiencia-custodia-parte2>; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 24, n. 283, pp. 5-6, jun. 2016; AMARAL, Claudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 23, n. 269, pp. 4-6.

39 Neste ponto, ainda que não possam ser utilizadas para futura condenação (cedendo ao interrogatório), inegável o comprometimento subjetivo do juiz sentenciante que se depara com uma confissão realizada em sede de audiência de custódia.

4. A audiência de custódia não se presta para uma imersão meritória, em sentido amplo.
5. É possível concluir, contudo, que cerceamentos de perguntas das partes que não dialoguem com o estrito mérito do caso, mas com fatos que ensejam a ilegalidade da própria detenção precária, estão em frontal dissonância com a finalidade da audiência de custódia, que se serve, justamente, à aferição de abusos e violações que constituem narrativas de fato.

DIREITO DE DEFESA NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

HUGO LEONARDO⁴⁰
VIVIAN PERES DA SILVA⁴¹

No ano de 2015, o Brasil passou a realizar a apresentação da pessoa presa em flagrante à autoridade judicial, com a implementação das chamadas *audiências de custódia*. Trata-se de ato procedimental que possui, essencialmente, três finalidades: analisar a legalidade da prisão em flagrante e a necessidade ou não da custódia cautelar da pessoa, bem como a verificação de eventual prática de tortura pela polícia. Portanto, como característica precípua, a apresentação da pessoa detida ao juiz em até 24 horas da prisão presta-se a assegurar direitos.

Inicialmente, há de se ponderar que a pessoa apresentada não é objeto do procedimento, devendo ser compreendida exclusivamente como sujeito de direitos.

Assim, é de observância obrigatória a possibilidade de o sujeito encontrar-se com sua defesa – seja ela exercida por advogado constituído, seja pela Defensoria Pública –, momento em que terá a oportunidade de por ela ser instruído do que pode e deve fazer naquele momento, bem como de instrumentalizar seu defensor.

Conforme assegurado pelo art. 7º, inciso III, da Lei Federal nº 8.906/94, o encontro entre o indivíduo enclausurado e seu causídico deve ser pessoal e reservado, tendo garantido, em si, a privacidade. Trata-se, aliás, de direito que, além de impulsionado pela garantia constitucional da ampla defesa, já está integrado à prática processual, por meio do § 5º, do art. 185, do Código de Processo Penal, em que se estabeleceu que “*em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor [...]*”.

No âmbito da audiência de custódia o contato pessoal e reservado entre o custodiado e o defensor é elemento essencial para existência de uma conversa qualificada, na qual serão satisfeitas expectativas, no sentido de melhor compreensão do contexto do momento da prisão em flagrante, de um lado, e das possíveis futuras decisões tomadas em audiência, de outro.

Logo, jamais seria possível conviver-se com a aniquilação de tal direito individual sob a justificativa de que não haveria local físico adequado para a realização do contato de forma pessoal e reservada. Não havendo no Fórum ou sede da Justiça Federal local em que seja possível a realização do ato, qualquer metro quadrado particular para essa conversa, um Juiz de Direito deve interditar o local e oficiar com urgência aos seus superiores cobrando providências.

40 Advogado criminal, ex-conselheiro do CNPCP e vice-presidente do IDDD.
41 Advogada e assessora de projetos do IDDD.

Ademais, além de ser necessário assegurar o contato pessoal e reservado entre a pessoa detida e seu defensor, cabe à autoridade judicial garantir o exercício dos direitos fundamentais ao silêncio, à não autoincriminação e, notoriamente, à ampla defesa.

Nesse contexto, levada à frente do juiz, a pessoa custodiada – que não será obrigada a responder nenhum questionamento que lhe for feito e, inclusive, deverá ser informada disso –, poderá, desde esse momento, exercer o seu direito fundamental à ampla defesa, nos limites da orientação técnica previamente dada – e também por isso a extrema importância da conversa qualificada e reservada com seu defensor.

Mais. Diante da tripla função da audiência de custódia – verificação da legalidade da prisão em flagrante e necessidade ou não de manutenção da custódia cautelar, e de eventual prática de tortura –, não será este o momento de se produzir nenhum tipo de prova, tampouco de o Ministério Público formar uma *opinio delicti* – considerando que o momento em que a audiência acontece é pré-processual, não recaindo contra a pessoa presa uma acusação formal.

Pois bem. Ocorre que, como é sabido, embora signatário de tratados internacionais que preveem a apresentação da pessoa presa ao juiz – Pactos de San José da Costa Rica e de Direitos Civis e Políticos – desde 1992,⁴² o país tardou mais de 20 anos em viabilizar a audiência de custódia. E, ainda hoje, com mais de três anos de existência, o instituto não possui previsão legal, tampouco rito definido.

Em 2011, teve início a tramitação do Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 554/2011, que prevê a realização da audiência de custódia, alterando parágrafo 1º do art. 306 do Código de Processo Penal (CPP), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial. No dia 30 de novembro de 2016, após intenso debate legislativo, o Projeto foi votado e aprovado no Senado Federal,⁴³ após o que foi remetido à Câmara dos Deputados⁴⁴ e apensado ao Projeto de Lei que trata da reforma do CPP,⁴⁵ ainda em tramitação.

Hoje, portanto, diante dessa ausência de previsão legal, o que sustenta a realização da audiência de custódia é a Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) n. 213,⁴⁶ editada em 15 de dezembro de 2015.

No parágrafo 1º, do art. 8º, da apontada resolução estabeleceu-se, *in verbis*:

Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Dessa forma, após a qualificação do custodiado, ao Ministério Público será dada a oportunidade de questioná-lo sobre eventual ação violenta por parte da polícia,⁴⁷ além de manifestar-se acerca da necessidade ou não de decretação de custódia cautelar – podendo valer-se dos documentos produzidos pela Polícia Judiciária –, sendo, contudo, vedada a este órgão a possibilidade de realização de perguntas ao custodiado que estejam afetas ao mérito dos fatos (“[...] devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos **que possam constituir eventual imputação** [...]”).

Contudo, embora vedado ao Ministério Público formular questionamentos quanto ao mérito dos fatos, não se trata de impedimento estendido à defesa, que, em decorrência da garantia fundamental à ampla defesa, poderá, em favor do custodiado formalizar indagações quanto à essência do ocorrido. Ainda assim, tem-se observado nas audiências de custódia realizadas⁴⁸ o indeferimento de questões feitas pela defesa que toquem no mérito dos fatos, ignorando-se por completo a garantia constitucional da ampla defesa.⁴⁹

No inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, garantiu-se aos acusados em geral o direito ao contraditório e à ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”. A expressão “acusados em geral”, confere alcance do direito à ampla defesa à pessoa apresentada em audiência de custódia, que deve, portanto, ter, naquele momento, garantida a possibilidade de exercê-lo, valendo-se dos argumentos e estratégias que julgar convenientes – o que, inclusive se reforça na previsão do o inciso imediatamente anterior do mesmo artigo (LIV),

42 O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), em seu art. 7.5, estabelece que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais [...]”. O Pacto de Direitos Civis e Políticos, por sua vez, trata do assunto em seu artigo 9.3, estabelecendo que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais [...]”.

43 Lamentavelmente, o texto final aprovado no Senado elastece o prazo de apresentação da pessoa presa ao juiz para 72 horas, prevendo, ainda, a possibilidade de realização da audiência de custódia por videoconferência. Sobre isso, o IDDD publicou matéria em seu site. IDDD. Na câmara, projeto de lei que regulamenta as audiências de custódia será discutido junto à proposta de novo código de processo penal. IDDD. Notícias. Publicado em 20 dez. 2016. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/index.php/2016/12/20/na-camara-projeto-de-lei-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia-se-ra-discutido-junto-a-proposta-de-novo-codigo-de-processo-penal/>. Recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também defende a pouca efetividade e descaracterização dos propósitos da audiência de custódia realizada por videoconferência, na concessão do Habeas Corpus n° 0029808-21.2018.8.19.0000, cujo inteiro teor pode ser acessado em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=16GEDID=000401F9B87AB21AD6B4049F3014623C9B-ODC5083B2D3A086USER->.

44 Na Câmara dos Deputados o Projeto recebeu o número 6.620/2016.

45 Projeto 8.045/2010.

46 O Texto da Resolução pode ser acessado em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf.

47 O art. 129 da Constituição Federal estabelece as funções institucionais do Ministério Público, elencando, entre elas, no inciso VII, o exercício do controle externo da atividade policial.

48 O Instituto de Defesa (IDDD) realiza monitoramento das audiências de custódia em decorrência de compromisso assumido na assinatura de Termo de Cooperação Técnica (n. 007/2015) com o CNJ e o Ministério da Justiça, e já pô constatar, ao menos na cidade de São Paulo, juízes alertando a defesa em audiência de custódia sobre a impossibilidade de fazer perguntas que se refiram aos fatos ensejadores da prisão. No mesmo sentido, o Instituto Pro Bono realiza projeto de atendimento jurídico gratuito em audiências de custódia realizadas na Comarca de Itapeverica da Serra/SP, tendo relatado o indeferimento de perguntas feitas pela defesa quando relacionadas ao mérito dos fatos.

49 Ainda que não se esteja a falar neste momento de ação penal, inexistindo acusação formal apresentada pelo Ministério Público, o tratamento “desigual” é justificado na medida em que a defesa não possui a seu favor o aparelhamento estatal, como possui a polícia e o Ministério Público. Nos ensinamentos de Antonio Scarance Fernandes, “[e]ssa situação de desvantagem justifica tratamento diferenciado no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, e a consagração dos princípios do in dubio pro reo e do favor rei. [...] Por isso tudo, a Carta Magna não se limitou a assegurar ao acusado o exercício de sua defesa, mas no art. 5º, LV, garantiu-lhe mais – a ampla defesa –, ou seja, defesa sem restrições, não sujeita a eventuais limitações impostas ao órgão acusatório” (grifo nosso). FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional, 7.ª ed., 2012, p.57.

que prevê que “ninguém será privado da liberdade” “sem o devido processo legal”.⁵⁰

A interpretação que juízes têm dado à previsão de possibilidade de indeferimento de perguntas constante da Resolução nº 213⁵¹ vai na contramão das intenções do próprio instituto das audiências de custódia, na medida em que, em vez de se prestar à garantia dos direitos do custodiado, acaba por cercear a defesa, além de assumir o risco de ignorar eventuais ilegalidades do próprio ato da prisão em flagrante que ensejariam seu relaxamento.⁵²

Nenhuma pergunta do representante do Ministério Público, tampouco do Juízo, poderá extrair, em audiência de custódia, informações do custodiado que poderiam vir a ser utilizadas como argumentos a alicerçarem eventual requerimento de imposição de custódia cautelar ou, ainda, o decreto prisional.

Aliás, todos os elementos que poderiam ser apontados pelo *Parquet* em requerimento de decretação de medida excepcional constritiva de liberdade, vinculados aos requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, que devem ser concretos, já chegam ao conhecimento do representante ministerial registrados no auto de prisão em flagrante. E, dessa forma, nada do que o custodiado trará será útil à formação de requerimento de decretação de custódia cautelar.

Assim sendo, a fim de serem resguardados os direitos do detido, o representante do Ministério Público deveria manifestar-se quanto à necessidade de decretação de encarceramento cautelar antes mesmo da inquirição da pessoa presa. E, como agente fiscal da atividade policial, o representante do *Parquet* deveria, nesse mister, estar atento, na inquirição do custodiado, tão somente a questões vinculadas à verificação da regularidade da ação dos agentes públicos que efetivaram a prisão.

Face à atual cultura punitivista, que, conforme demonstram os números colhidos em pesquisas realizadas pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa e pelo Instituto Pro Bono, é predominante nas autoridades públicas atuantes nas audiências de custódia, apenas dessa maneira será possível evitar, efetivamente, que o representante ministerial e a própria autoridade judicial extraiam da pessoa detida elementos fáticos que venham a ser utilizados expressa ou tacitamente em seu desfavor, buscando-se dessa forma o absoluto zelo da retidão dos direitos dos indivíduos presos.

50 A este respeito, defende Tucci: “É a garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, também, uma das exigências em que se consubstancia o due process of law, e especificada no processo penal em favor dos “acusados em geral”, ou seja, do indiciado, do acusado e do condenado. [...] Com efeito, preconizando o precedente inciso (LIV) que “ninguém será privado da liberdade (...) sem o devido processo legal”, à evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contraditoriedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou do de execução, seja absolutória ou condenatória a sentença proferida naquele”. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 4.ª ed., 2011, pp. 154 e 155.

51 No sentido de ser possível o indeferimento de indagações referentes ao mérito formalizadas pela defesa.

52 Apenas para exemplificar, quando se lança olhares aos casos das prisões pelo crime de tráfico de drogas esse risco fica bastante evidenciado. Eventuais ilegalidades nesse tipo de prisão em flagrante normalmente só podem ser constatadas se se olhar para as circunstâncias que a ensejaram, seja porque a pessoa presa vive próximo a “local conhecido por ponto de venda de drogas” e por lá caminhava no momento da prisão, seja porque estava na posse de substância entorpecente (muitas das vezes em pequeníssima quantidade) pelo fato de fazer uso dela etc. Há que se mencionar que, sendo um crime sem vítima individualizada, na maior parte dos casos não há testemunhas do flagrante além dos próprios policiais que efetuaram prisão, sendo atribuído enorme valor à palavra destes.

Não se discute que a criação da oportunidade de apresentação da pessoa presa em flagrante a um juiz, com a possibilidade de encontro desta pessoa com um defensor, tenha sido um grande passo dentro do sistema de justiça criminal. No entanto, para que este instituto se torne, de fato, garantidor de direitos fundamentais, além da edição de uma lei que discipline as audiências de custódia com a seriedade merecida,⁵³ com mandamentos procedimentais adequados, será necessário o amadurecimento dos atores envolvidos em sua realização e a mudança de uma cultura punitivista ainda hoje predominante.

53 E, aqui, reforça-se a crítica à possibilidade de realização do ato por videoconferência e também à dilação do prazo de apresentação da pessoa para 72 horas, como já mencionado em nota anterior.

CAPÍTULO 4

CONTRIBUIÇÕES PARA O MELHOR DESENVOLVIMENTO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NOS CASOS DE PRISÃO POR TRÁFICO DE DROGAS

GABRIEL DE FREITAS QUEIROZ⁵⁴

No último dia 07 de junho de 2018, em nome do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), participei de evento organizado pelo Instituto Pro Bono na cidade de São Paulo/SP. O tema do encontro não poderia ser mais pertinente, qual seja, “audiência de custódia”. Os organizadores buscavam avaliar, de modo pluri-institucional, as recém implementadas audiências de custódia em território nacional. Ao que nos parece, o intuito do evento foi o de debater a realidade, ou seja, expor visões sobre como o ato é procedido Brasil afora, as dificuldades enfrentadas, os “cases” de sucesso, etc.

Senti-me honrado em representar o IBCCrim no evento, seja pela importância da instituição, como também por poder tratar de tema de elevada importância, em ato organizado por entidade que goza de credibilidade ímpar.

As discussões travadas demonstraram o alto nível técnico de todos(as) os(as) envolvidos(as), representantes de organizações de renome cujo interesse primordial é a busca por melhorias no sistema penal.

Como parte da experiência, foi-nos solicitada a sistematização de algumas contribuições que, a nosso ver, otimizariam a dinâmica processual penal, em especial nesta fase delicada em que ocorre o cerceamento da liberdade do cidadão e uma avaliação superficial das razões para manutenção (ou não) dessa restrição.

1. Seguindo o planejamento, de saída, como contribuição inicial, manifesto nossa grande preocupação com a continuação do instituto. Sim, parto da necessária exposição sobre a importância das audiências de custódia e sua manutenção no ordenamento jurídico pátrio. Explico.

Atualmente, como é sabido, a audiência de custódia subsiste por meio de regulamentação administrativa por parte do Conselho Nacional de Justiça (Resolução CNJ n° 213/2015), esta que é complementada (tratando de questões práticas de cada localidade) por uma norma também administrativa do Tribunal de Justiça (ou Regional Federal) do local onde se deram os fatos.

Ainda que o Brasil, enquanto signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica) estaria obrigado a cumprir o contido no artigo 7°, item 5, cujo texto determina a apresentação do custodiado, “sem demora”, à uma autoridade judicial, não há lei em território nacional que estabeleça a referida audiência.

Tal fato, qual seja, a inexistência de lei ordinária estabelecendo a audiência de custódia, pode causar insegurança jurídica, haja vista sua regulamentação por órgão do Poder Judiciário e não do Legislativo Federal, detentor das prerrogativas para a criação de institutos de natureza processual.

Entendo que seria desnecessária a promulgação de uma lei instituindo a audiência de custódia, já que há determinação do ato em norma plenamente em vigência no Brasil (Pacto de São José da Costa Rica), inclusive com característica supralegal, conforme decisões do Supremo Tribunal Federal⁵⁵. Todavia, também penso ser de vital importância o apoio à aprovação de projetos de lei⁵⁶ que tenham por objetivo estabelecer (por lei ordinária) a audiência de custódia no ordenamento brasileiro.

Ademais, o apoio às propostas legislativas mencionadas colocará fim (pelo menos temporariamente) nas iniciativas que visam acabar com as audiências de custódia, inclusive por meio da propositura de ações de cunho constitucional perante a Corte Suprema.⁵⁷

2. Pois bem, suplantada a questão inicial quanto à defesa intransigente da manutenção do instituto (audiência de custódia) e sua reafirmação por meio da promulgação de textos normativos, passamos ao exame de situações concretas relacionadas ao dia-a-dia das audiências.

A audiência de custódia se mostra como uma grande oportunidade de explorar diversas nuances acerca do fato tido como criminoso e da autoria atribuída àquele que tem sua liberdade restringida.

Ocorre, todavia, que o ato público foi criado almejando focar, exclusivamente, no ato da prisão, cabendo ao magistrado, naquela oportunidade, verificar se houve alguma violação aos direitos e garantias individuais do cidadão recém preso e, ato contínuo, se naquele momento estão presentes os pressupostos e requisitos legais para decretação da prisão preventiva.

54 Advogado criminalista, formado em Direito pela PUC/SP, mestrando em Direito Processual Penal pela mesma instituição, atualmente coordena o departamento de comunicação do IBCCrim.

55 Dentre outros precedentes do STF citamos: HC 95.967, rel. min. Ellen Gracie, 2ª T.j. 11-11-2008, DJE 227 de 28-11-2008.

56 Projeto de lei do Senado Federal PLS n° 554/2011 / Projeto de lei da Câmara dos Deputados PL n° 8045/2010 (Novo CPP).

57 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n° 5.240 / n° 5.448.

Nesse âmbito, não há possibilidade de discussão meritória, ou seja, sobre os motivos pelos quais o crime foi cometido, algo que, em tese, será discutido ao seu tempo por meio da tramitação do processo penal. Construiu-se, portanto, o entendimento de que na audiência de custódia não cabe qualquer tipo de argumentação que trate sobre os fatos, servindo unicamente para avaliação de questões jurídicas ou, em último caso, de uma clara violação aos direitos humanos.

Porém, a nosso ver, em muitos casos envolvendo a temática droga, é de suma importância que se tenha uma avaliação concreta dos fatos que fizeram com que aquele indivíduo fosse preso. Em muitas ocasiões, os fatos indicam que a prisão é completamente desnecessária, levando, inclusive, ao entendimento de que sequer existem os requisitos legais dispostos no Código de Processo Penal para que a prisão preventiva subsista.

Desse modo, entendemos que, para evitar desgaste e, eventualmente, a desconsideração de elementos fáticos importantes durante a audiência de custódia, é importante que o indivíduo custodiado, ao ser questionado sobre eventuais violações à sua saúde e integridade física (ou outros direitos fundamentais) seja instruído a respondê-las expondo (em paralelo) a situação concreta vivida, garantindo um panorama adequado e que a análise de sua prisão/liberdade seja feita de forma adequada.

3. Em continuidade, visando contribuir para o melhor desenvolvimento da audiência de custódia e, especialmente, objetivando respaldar os direitos daquele indivíduo custodiado, pensamos que, por vezes, faz-se necessário causar certo “constrangimento” aos operadores do direito atuantes, apontando certas condições pessoais da pessoa que está presa e que são incompatíveis com a restrição cautelar.

O termo “constrangimento” se apresenta como tentativa sutil de influenciar o julgador através da exposição de fato excepcional de característica pessoal, ou seja, jogar luz na situação pessoal daquele indivíduo, demonstrando que não caberia ao magistrado outra decisão se não ordenar sua liberdade.

Assim, para que avalie o caso de forma adequada, ponderando a prisão como medida excepcional, importante que saiba das qualidades daquele indivíduo e o quanto o ato prisional será prejudicial a ele e ao próprio Judiciário. Nesse contexto se insere a indicação de condição de enfermo, gravidez, indicativo de situação de clara hipossuficiência, etc.

4. Outro ponto que consideramos de extrema relevância, e que merece abordagem durante a audiência de custódia, é o tratamento jurisprudencial dado aos casos similares ao que esteja sendo debatido.

Invocar precedentes judiciais (em especial de Tribunais Superiores) é de extrema importância, haja vista que, em muitas ocasiões, identificam teses majoritárias, já discutidas por autoridades mais experientes, em posição hierarquicamente superior e que indicam a concessão de liberdade.

Nos casos de crimes envolvendo tráfico de drogas, há diversas linhas jurisprudenciais suavizando a gravidade jurídica do ato, seja pela relativização de sua hediondez, possibilidade de reconhecimento de atenuantes em grau máximo, ou até a possibilidade de concessão de diversos benefícios penais. Todos esses exemplos, quando citados na audiência de custódia, podem afetar o posicionamento do julgador, que, eventualmente, firmará sua convicção pela liberdade do custodiado, mesmo que os precedentes se relacionam a temas relativos à pena ou à temática própria da instrução penal.

5. Em continuidade, outro elemento que nos parece de extrema importância é o exercício pleno da defesa durante a audiência de custódia. Cabe ao defensor expor todas as teses que entender cabíveis naquela oportunidade, exigindo do magistrado fundamentação de todas as decisões proferidas, sob pena de nulidade ante a clara afronta ao texto constitucional.

Para garantir uma atuação bem-sucedida, é importante que haja o registro de todos os atos ocorridos naquela audiência, seja por requerimento do defensor para constar em ata seus pedidos, como também, se assim exigir o caso, que o próprio defensor registre suas manifestações e as decisões do magistrado por meio de sistema de gravação de áudio próprio.

O registro em ata é um direito da parte, já que as decisões judiciais devem ter respaldo técnico, serem públicas e conter fundamentação. Todas essas características são verificadas por meio da leitura da decisão judicial (ou verificação de mídia eletrônica). A inexistência desse registro causa grave defeito na defesa e pode causar severo prejuízo à parte com a manutenção da prisão e a impossibilidade de discutir sua ilegalidade nas outras instâncias do judiciário.

6. Em continuidade, quando tratamos da temática “drogas”, é de extrema relevância trazer à tona as características da prisão em flagrante que é realizada, em regra, por membros dos quadros policiais.

Em inúmeros casos é possível identificar a existência do famigerado flagrante forjado, em que se verifica a criação de uma situação de flagrante fictícia por membros do Estado, tudo isso para a segregação cautelar daquele indivíduo específico. Nesses casos, citamos como exemplos a identificação da droga em quantidade superior a encontrada com o custodiado, a alteração da forma e condicionamento do entorpecente, a exposição de fatos descolados com a realidade, dentre outros.

Ante a impossibilidade de tratar sobre os fatos na audiência de custódia (pela confusão entre discussão de mérito e a necessária verificação do liame fático intrínseco), muitas dessas situações de flagrante forjado deixam de ser apreciadas levando, invariavelmente, à manutenção da prisão com a consequente decretação da prisão preventiva.

Nessas hipóteses, entendemos que se faz essencial que o indivíduo (ou defensor), ao tratar da abordagem policial, exponha os elementos de fato que identifiquem uma possível conduta ilícita por parte dos membros da carreira policial (ou de outra

autoridade responsável pela prisão em flagrante).

7. Ainda sobre o crime de tráfico de drogas, entendemos que a audiência de custódia é o lugar ideal para tratar da quantidade, qualidade e circunstância em que a droga foi apreendida no ato da prisão, isso tudo para justificar um posicionamento correto sobre eventual tipificação do crime de porte para consumo pessoal (que não prevê prisão) e não tráfico de drogas.

Durante a audiência é importante que o defensor aponte os elementos que demonstrem um consumo e não de mercantilização da droga. Cabe não só à defesa técnica, mas ao próprio indivíduo preso se posicionar acerca desses elementos para justificar uma tipificação coerente.

Em suma, com as contribuições acima esperamos auxiliar o Instituto Pro Bono e as instituições parceiras em sua atuação em prol de indivíduos presos e levados à audiência de custódia, instrumento fundamental para a defesa da liberdade.



CORINA GIACOMELLO, ESPECIALISTA
EM GÊNERO E JUSTIÇA CRIMINAL,
POLÍTICA DE DROGAS E SISTEMAS PRISIONAIS
NA AMÉRICA LATINA E DIREITOS HUMANOS

PARTE II
RACISMO,
DEFESA
E AUDIÊNCIA
DE CUSTÓDIA

CAPÍTULO 1

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: A LEI ÁUREA DO TEMPO MODERNO PRA QUEM NÃO TEM CARTAS DE ALFORRIA

THAINÃ DE MEDEIROS⁵⁸

“Pedro, que disse chamar-se Pedro de Souza, pardo, escravo de Manuel Plácido, foi encontrado à noite com um sapato dentro da camisa. Vol. 2, 26/8/1818”

Este é um trecho do códice 403, um registro de prisões durante o período da escravidão, retirado do livro *Capoeira escrava e outras tradições rebeldes no Rio de Janeiro (1808-1850)*, do Carlos Eugênio Líbano Soares (2008).

Em um primeiro momento, ao saber que um escravo foi preso por ter um sapato dentro da camisa, podemos pensar que este objeto foi fruto de roubo e que o então escravo Pedro poderia tentar vendê-lo. Na verdade, o sapato naquela época tinha um sentido muito maior: liberdade. Apenas escravos livres usavam sapatos, e muitos negros na condição de escravos procuravam possuir esses bens para andar nas ruas sem ser incomodados.

Neste ano de 2018, no dia 07 de junho, em São Paulo, representei o coletivo Movimentos⁵⁹ no encontro *Obstáculos para garantia da Liberdade de pessoas acusadas de tráfico de drogas nas Audiências de Custódia*, promovido pelo Instituto Pro Bono. Fui de avião, um meio de transporte em que viajei a primeira vez quando tinha 26 anos de idade. Hoje, meu acúmulo de viagens deste tipo me tornou um tipo de herói na minha família. Mesmo com muitas experiências em viagens, participando de debates com doutores nas mais diversas universidades do mundo, o avião ainda é um espaço de distinção de classes.

Na época do Pedro, citado no primeiro parágrafo deste texto, o sapato era um símbolo de liberdade que permitia circular em certos lugares sem o incômodo das autoridades. O avião é um destes espaços nos dias atuais. Na minha ida para o encontro reparei que grande parte das pessoas me olhava de maneira diferente. Aquela ponte aérea estava cheia de pessoas engravatadas e mulheres com roupas luxuosas, e um senhor chegou a me ofender por querer que eu lhe desse passagem. O único negro do voo me cumprimentou, e no desembarque, apertou minha mão. Não o conheço,

58 Museólogo e jornalista, nascido e criado na Penha, hoje mora no Complexo do Alemão e é ativista do Coletivo Papo Reto, que usa a tecnologia para disputar narrativas sobre a favela e proteger direitos humanos.

59 O Movimentos é um projeto do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC) da Universidade Candido Mendes e reúne jovens de diferentes favelas do Rio de Janeiro para debater política de drogas. Para saber mais, acesse movimentos.org.br.

ele não me conhece, mas rolou uma identificação ali. Estranhei, mas segui para o meu destino.

O trecho do código 403 me lembrou da época em que eu era mais jovem e meus amigos disputavam quem tinha roupas de marca. Eles sabiam analisar todos os pormenores para averiguar a autenticidade. O tênis era o ícone da época e rendia papos longos sobre detalhes característicos de cada marca de tênis. As roupas ajudavam a distinguir quem era da favela e quem não era. A vestimenta era também um tipo de “carta de alforria” e, assim como um documento, precisava ser autêntica para funcionar.

Como em 1818, quando Pedro foi preso tentando se passar por homem livre, jovens de diversas periferias brasileiras ostentam calçados que lhes dão status e moral entre a galera. Não basta utilizar um item caro - a forma como um pobre utiliza um bem de consumo é diferente da maneira do rico. Celulares são um bom exemplo: quando começou a popularizar, quem era da favela usava como um acessório da sua vestimenta, e ainda hoje muitos o fazem, colocando-o preso ao cinto para o lado de fora da calça. Ricos de famílias ricas não fazem isso. Nem usam cordão de ouro ou escolhem o melhor sapato para ir ao shopping comer um lanche no McDonalds, assim como também não se preocupam com o perfume que irão utilizar para ir ao médico. Nós fazemos isso, pois precisamos de cartas de alforria para estar nos espaços de poder. E não se engane: o shopping, um consultório médico, a rua ou a praia são espaços de poder. Os rolezinhos em shoppings e as prisões durante as operações de verão nas praias cariocas são exemplos disso: quando há muitos jovens negros andando juntos, faz-se necessária muita carta de alforria.

Lembro de um episódio em que me roubaram um Kenner, por volta dos meus 10 anos de idade. Aquele chinelo super duro na parte de baixo e macio em cima era uma verdadeira febre nos anos 90. Ter um deles te dava a maior moral no bonde. O meu era falso, mas à primeira vista nem parecia. Foram três os que me roubaram e tinham aproximadamente a mesma idade que eu. Levaram o chinelo numa área próxima à casa onde eu morava. Um deles eu vim a conhecer melhor mais tarde e, já saindo da adolescência, soube que tinha sido preso. Nunca mais tive notícias. Eu morava na entrada da Vila Cruzeiro, uma favela do Complexo da Penha, e não dentro dela, como os três. Na visão deles, eu era o playboy de Kenner. Para os moradores da rua logo atrás da minha, eu era o favelado, uma vez que eles moravam um pouco mais distante da Vila Cruzeiro. E, para mim e para o pessoal da minha rua, eles eram os playboys. Algumas pessoas da minha rua iam lá roubar Kenner.

Ter um Kenner ou um Nike permitia que muitos de nós pudéssemos entrar nos lugares de boa, sem sermos incomodados pelos seguranças ou pela polícia. Assim como nosso amigo Pedro, lá de 1818. Isso se repete em todas as periferias brasileiras - basta ver o trecho da música ‘Mandume’, do Emicida. Nela, o artista divide versos com outros rappers, e um um trecho cantado pelo Muzzike chama bastante atenção:

Descola o pôster do 2pac, que cês nunca vão ser
Original favela, Golden Era, rua no mic
Hoje os boy paga de ‘drão, ontem nós tomava seus Nike
Os vira lata de vila, e os pitbull de portão
Muzzike, o filho de faxineira, eu passo o rodo nesses cuzão
Ando com a morte no bolso, espinhos no meu coração
As hiena tão rindo de quê, se o rei da savana é o leão?

Sou um filho de faxineira que mora no Complexo do Alemão, lugar bem próximo à Vila Cruzeiro, onde nasci. Mas em muitos espaços em que chego as pessoas têm dificuldades de acreditar que é lá onde eu moro, e minhas roupas são parte na construção desse imaginário, uma vez que destoam bastante do que se entende da vestimenta de um favelado. São cartas de alforria que servem na maioria dos lugares em que vou.

No evento em São Paulo para discutir audiências de custódia fiquei em um hotel perto da Avenida Paulista e tive algumas horas para entender como era aquele lugar. Não foi minha primeira vez em São Paulo, mas era a primeira vez em que tinha horas para caminhar sozinho, e pude sentir a cidade de outra forma. Vesti minhas cartas de alforria, que eram basicamente uma camisa social branca, um blazer preto e uma bota preta com uma boina italiana que é uma marca minha.

Notei que muitos brancos me encaravam. Dois chegaram a me acompanhar com o olhar e fazer feição de raiva e estranhamento com a minha presença, algo que só tinha visto no Leblon, bairro em que vive grande parte da elite carioca. Minhas cartas de alforria não funcionavam ali. Mudei poucas coisas na minha vestimenta e fui para o primeiro encontro da noite em um espaço chamado de Balsa. Um lugar bacana, bem próximo ao prédio que servia de ocupação e que tinha desmoronado há poucos dias. Ao chegar no lugar, soube que um assalto tinha acontecido próximo ao local, o que deixou algumas pessoas preocupadas. Ao que parecia, tinha sido um roubo de celular, algo bem característico naquela rua. “Hoje os boy paga de ‘drão, ontem nós tomava seus Nike”.

Durante o evento, conversamos sobre audiências de custódia e sobre como aumentar o número de liberdades para esses presos, que precisavam estar em até 24 horas na presença de um juiz.

O que chamamos de “justiça” pode ter várias definições, mas, de maneira bem seca, é um pedaço de papel com leis escritas, e fazer o que está neste pedaço de papel para muitos é justiça. Mas não é um pedaço de papel qualquer, onde está escrito qualquer coisa. E, principalmente, não é um pedaço de papel escrito por qualquer um. Como diz MV Bill em *O bagulho é doido*, “imagine vocês se eu fizesse as leis, o jogo era invertido, você que era o bandido”.

As realidades são múltiplas e não levam em consideração que possuir certos bens são passagens, tanto para lugares privados como para espaços públicos. Muitos dos jovens levados para audiências de custódia têm em suas costas acusações de ligação com o tráfico de drogas, ou seja, por vender um produto que as pessoas querem comprar. Outros são levados por pequenos furtos. Sem contar os que são presos de forma ilegal, agredidos pelos policiais ou pelo racismo institucional e pela criminalização da pobreza. Audiências de custódia ajudariam a dar a liberdade para vários destes jovens. Se a vestimenta é a carta de alforria dos tempos atuais, essas audiências podem ser a lei áurea e, assim como nessa lei, o jovem negro é liberto para as ruas sem reparação pelo encarceramento ou pelas agressões físicas que sofreu no ato da prisão, ou mesmo todas as violências que já sofreu em sua vida.

Nos outros encontros com os advogados do Instituto Pro Bono, questionei sobre as pessoas que tinham conseguido liberdade nas audiências de custódia. Fiquei feliz em saber que já haviam conseguido a liberdade para vários, um trabalho difícil, já que o número de presos é alto e a fila de espera para o julgamento é grande. A máquina do encarceramento é bem eficiente. Os advogados que atuam nestes casos não têm tempo para conversar com seus

clientes, o que dificulta a defesa. O juiz quer agilidade, os advogados têm poucos minutos para entender o caso, a fila tá andando e tem outro jovem para ser julgado.

Para mim, que não tenho conhecimentos profundos sobre os caminhos legais, pensar em como ajudar aqueles advogados a encontrar alternativas para oferecer liberdade foi uma tarefa difícil. Eu diria que o ideal mesmo é nunca ser parado pela autoridade policial e se for, é necessário ter o máximo de cartas de alforria. A vestimenta é uma delas, a carteira de trabalho é outra, assim como a carteirinha de estudante. Esta última tem diversos tipos, seguem as que vão dar mais moral para o abordado em ordem de valor no momento em que for parado por um policial: carteirinha da USP ou da PUC-Rio, de outra universidade, de escola particular, de escola estadual, de escola municipal e, finalmente, carteirinhas grosseiramente falsas.

Conversando com meus amigos de São Paulo, descobri que a da USP é a que mais pode liberar da ação de um policial. Já no Rio de Janeiro todo mundo sabe que “gente de bem” estuda na PUC-Rio. É claro que existem subdivisões dentro destas categorias. Em uma abordagem, um estudante de direito tem mais chances de sair ileso. Para um jovem que foi parar na audiência de custódia, qualquer dessas carteirinhas de estudante pode ajudar, ou então uma carteira de trabalho. Todos os documentos ajudam a conseguir a liberdade durante uma audiência de custódia ou supostamente podem diminuir as chances de a pessoa ser presa.

Enquanto conversava com aqueles advogados, com um linguajar que eu tinha dificuldades em entender, e tentava dar minha contribuição de alguma forma, percebi que não entender o que eles falavam já era um dos empecilhos à justiça. Lembrei das vezes em que utilizar a linguagem a meu favor foi outro tipo de carta de alforria. Ter passado pela universidade me ajuda a ter palavras mais elaboradas, mas vir da favela permite que eu conheça gírias que expressam muito melhor sentimentos e percepções de mundo. Tenho um bom repertório de linguagem e por diversos motivos procuro vestir cartas de alforrias que me empoderam e me permitem chegar nos espaços cheios de advogados e usar minhas gírias como forma de cobrar igualdade. Já o jovem negro favelado que vai parar em uma audiência de custódia, não. E usar gíria na frente de um juiz é a última coisa que ele deve fazer. Seu linguajar vai demonstrar sua origem, sua percepção de mundo. Um mundo em que aquele juiz nunca viu. “Imagine vocês, se eu fizesse as leis?”, recupero novamente MV Bill.

O jovem que chega em uma audiência de custódia estava andando na rua sem todas essas cartas de alforria. Depois foi pego por um policial, que é uma figura de autoridade. Ele vai levar o jovem para uma delegacia com delegado e outros policiais, ou seja, mais figuras de autoridade. É colocado em uma cela por outra figura de autoridade. Se a resolução número 203 sobre audiências de custódia for cumprida, o jovem vai estar na frente de um juiz em 24 horas, autoridade máxima dentro daquele tribunal e talvez a maior autoridade que ele tenha visto tão próximo na vida. Ainda vai ter o promotor e, por fim, um advogado que fará sua defesa. Todas são figuras de poder diante do jovem. É a palavra do jovem contra a do policial que o prendeu e que goza de fé pública - ou seja, a palavra do policial vale como prova. Em meio a todos aqueles ternos, gravatas e linguajar difícil, a cela foi o único lugar em que ele falou de igual para igual.

O encontro para discutir audiências de custódia me ajudou a descobrir muitas coisas sobre este recurso e questionar situações neste espaço. Não ter o mesmo repertório que os advogados me fez pensar mais sob o ponto de vista dos presos do que nos caminhos jurídicos que podem

trazer sua liberdade. Nesse sentido, questionei se em algum momento após a audiência e conquistar sua liberdade, as pessoas que passaram por essa experiência haviam sido procuradas novamente pelo advogado que as defendeu. Pensar este ponto, que está totalmente fora dos meios tradicionais que os advogados atuam, pode ser um caminho para ampliar o número de libertos. Afinal, não adianta a lei áurea sem condições para exercer a liberdade.

As pessoas que passam pelas audiências de custódia são em sua maioria negros e pobres. A maioria dos que os defendem e os julgam não fazem ideia do que é isso. Mas os advogados que os defendem e têm desejo de aumentar seus índices de soltura podem conhecer ao menos um pouco da realidade de seus clientes despindo-se de seus trajes e linguagem difícil. Estar de igual para igual e aprender. Nos tempos atuais, ainda vai ser necessário andar com cartas de alforria, mas, se queremos construir um lugar em que elas não são necessárias, faz-se necessário empoderar essas vozes.

Por coincidência, no dia seguinte ao evento, eu tinha um casamento na mesma cidade. Era um casamento de um casal muito rico, então eu precisava de uma roupa à altura. Ternos são cartas de alforria caras e, apesar de poucas pessoas os terem, é possível ser pobre e ter um. Muitos têm para ser segurança ou para ir à igreja - em ambas as situações, os policiais não te revistam, mas isso também pode variar de acordo com o tipo de terno e com o tom de sua pele. Consegui alguns emprestados, mas nenhum tinha um bom caimento; foi quando decidi comprar o meu. Nunca tinha feito isso na vida, mas garanti que ele tivesse um bom corte.

Comprei também uma boa blusa social e arrumei um sapato emprestado. Estava bem elegante. Todo esse planejamento, todo esse aparato anti-repressão, todas essas cartas de alforria, meu linguajar e minha educação não foram suficientes para o segurança me deixar entrar no casamento ao qual fui convidado. Sim. Fui barrado. Ele me questionou se eu era convidado ou se tinha ido trabalhar. Pensei que ele iria me sugerir a entrada de serviço, mas no final ele fez um teste pra saber se eu era realmente convidado e me perguntou o nome dos noivos. Com mais ninguém aconteceu o mesmo, ninguém estava com convite na mão, e sinceramente, eu estava vestido melhor do que muitos dos outros caras. Mas apenas eu fui parado.

Apesar de defender a importância de advogados estarem mais próximos da realidade de seus clientes nas situações de audiências de custódia, não importa quantas cartas de alforria tenhamos. A favela precisa estar lá, sentada no lugar do juiz, do promotor e do advogado de defesa. Nós precisamos fazer as leis. Julgar as leis. Acusar e defender quem foi pego infringindo as leis.

Pedro, que disse se chamar Pedro de Souza, pardo e escravo de Manuel Plácido, estava tentando usar sapato, o que traria a impressão de ser um liberto e andar nas ruas sem ser importunado.

Thainã, que disse chamar-se Thainã de Medeiros, pardo e escravo das cartas de alforria, usa diferentes chapéus para não ser importunado nas ruas e becos do Rio de Janeiro.

É DIFÍCIL JOGAR QUANDO AS REGRAS SÃO PARA DECRETAR O SEU FIM⁶⁰

AMARÍLIS COSTA⁶¹
LORRAINE CARVALHO SILVA⁶²

A raça é uma construção sociopolítica, o que não é o caso do racismo. Racismo é um fenômeno eminentemente não conceitual; ele deriva de fatos históricos concretos ligados à ideologia política e a práticas sociais. É importante compreender que o racismo é um fenômeno que visa o extermínio de determinados segmentos de indivíduos racializados. O racismo concatena as ideologias racistas, as práticas estruturais e institucionalizadas que criam a desigualdade racial, as atitudes de preconceito racial e os comportamentos discriminatórios.

O Estado opera através de suas estruturas e instituições dentro da lógica racista. Indivíduos negros são atravessados pelas práticas estatais de exclusão e preterimento. Ainda que o Estado Democrático de Direito se baseie na previsão de que “Todos somos iguais perante a lei”, ou seja, pela literalidade, o direito determina um tratamento universal a toda sociedade; ao funcionar por meio da universalidade, o direito se torna ineficaz como forma de resolução de conflitos, tendo em vista que não é capaz de lidar com o contexto social do Brasil, que separa aqueles que têm pertencimentos raciais diferentes, que vêm de grupos étnicos diversos.

A construção histórica do país se estrutura na inferioridade e na desigualdade seja social, econômica, cultural, estética, conservando privilégios e mantendo o *status quo* chamado meritocracia. A trajetória da população negra no Brasil se inicia com o tráfico negreiro, o qual se estendeu por mais 300 anos ao longo do sistema escravagista de produção. A abolição desse sistema, entretanto, não envolveu políticas de inclusão da população negra, exclusão em muito influenciada pelo direito e estudos jurídicos. As disposições legislativas ou regulamentárias e práticas discriminatórias reforçam a falsa ideia de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis.

O sistema de justiça é, portanto, um dos mecanismos que sustentam as diferenças sociais neste Estado Democrático. É somente no século XXI que se instauram as defensorias públicas

e, ainda assim, pode-se questionar a autonomia de sua funcionalidade, pensando-a como uma instituição do Poder Judiciário, bem como a *meritocracia* de seus concursos de ingresso na carreira, precedido, obviamente, por um curso que ainda tem predominantemente estudantes brancos. Aliás, somente 8,8% da população negra tem nível superior de educação formal, enquanto 22,2% de pessoas brancas possuem ensino superior completo.

Ao longo da história foram construídos discursos estereotipados sobre os corpos e culturas, viabilizando o estabelecimento de um poder político e econômico absolutamente excludente.

Injustiças estruturais produzem também pessoas que adquirem privilégios. A maioria dos que ocupam posições de poder nas estruturas gozam de privilégios coincidentes com o exercício de suas funções. Neste sentido, é possível compreender que, se em uma ponta indivíduos negros que possuem a existência pautada pelo marcador social da diferença relacionado a raça vivenciam violações de direitos; na outra ponta àqueles que são brancos, e detêm as características fenotípicas condizentes com a cultura hegemônica e mantenedora das estruturas de opressão, gozam de privilégios.

O denominado privilégio branco permite, nas sociedades multirraciais, que membros do grupo privilegiado ignorem as razões e as construções que permeiam seu papel social. Esses indivíduos se consideram parte da normalidade, um padrão universal, neutro e destituído de identidade racial. A partir destes fenômenos surgem discursos falaciosos de democracia racial e meritocracia.

Ao afunilarmos a análise ao sistema de justiça criminal, na história do Brasil pós independência, promulga-se em 1830 o primeiro Código Criminal do Império, o qual previa responsabilização criminal da pessoa escravizada, bem como a pena de morte ao crime de insurreição ao envolver pessoas escravizadas. Em 1890, o Código Criminal da República entra em vigor, passaram-se dois anos da abolição da escravização, a Constituição de 1891 aboliu a pena de morte como sanção penal oficial, mas é neste código que se criminalizam condutas como vadiagem, capoeiragem e mendicância.

O que é vadiagem? Aos que nunca lerem o tipo penal, em realidade, chamava-se “*dos vadios e capoeiras*”, ou seja, as características do suposto agente e não a ação que intitulavam os tipos penais, além disso, o artigo 399 previa que não exercer uma profissão ou não possuir meios de subsistência e residência acarretaria em uma pena de até 30 dias, sendo o agente maior de 14 anos seria recolhido em “*estabelecimentos disciplinares industriaes*” onde poderia ficar até os 21 anos.

Coincidências com o ordenamento jurídico atual não são meras coincidências, mas perpetuações. Em 2018, boas condições pessoais são medidas pela comprovação de residência fixa e emprego lícito, por exemplo. Adolescentes em conflito com a lei por acusação de atos infracionais tampouco cumprem medidas socioeducativas por tempo determinado em sentença, mas durante o período necessário para sua *ressocialização* podendo estender o cumprimento da medida até os 21 anos.

O Código Criminal de 1890 é revogado pela vigência do Código Penal de 1940, último Código criminal promulgado no Brasil, ainda que não criminalize práticas como vadiagem e mendicância, a função precípua do direito penal como protetor de bens jurídicos relevantes,

60 Tássia Reis - Afrontamento.

61 Advogada desde 2015, Mestranda em Humanidades, Direito e outras Legitimidades pela FFLCH - USP desde 2016, Cur-sando Especialização em “Epistemologias del Sur” - CLACSO desde 2017, pesquisadora do GEPPIS - Grupo de Estudos e Pesquisas das Políticas Públicas para a Inclusão Social - EACHUSP desde 2016, pesquisadora de legislação antirracismo e políticas públicas - Diversitas FFLCH USP desde 2016, e Coordenadora Adjunta do Grupo de Estudos Ciências Crimi-nais e Direitos Humanos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais desde 2016, membra da Rede Feminista de Juristas-deFEMde.

62 Pós-graduanda do Social Innovation Management pelo Amani Institute; Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (2018); Pós-graduanda em Direitos Fundamentais pela parceria IBCCRIM/Universidade de Coimbra (2018); Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2015). Advogada. Advogada voluntária do projeto audiência de custódia do Instituto Pro Bono. Assistente de atuação política do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

coloca o patrimônio, capítulo dois do ordenamento, em grande destaque. Contudo, dentro de um contexto de manutenção de desigualdades e exclusões sociais, o perfil de quem era considerado *vadio* permanece no que é considerado *bandido*.

A aquisição e o gozo de direitos são uma construção, um contrato social, válido apenas para os indivíduos que têm sua condição de humanidade amplamente reconhecida. Ou seja, o Estado e os direitos sevem aos detentores do privilégio. A manutenção de tais condições se dá pela opressão, violações e pelo vilipêndio dos corpos racializados.

O sociólogo camaronês Achile Mbembe formulou um conceito denominado necropolítica, afirma que através do exercício do poder as forças hegemônicas determinam quem pode morrer. Esta determinação sobre as vidas se dá pela desumanização dos sujeitos negros. Através de técnicas e aparatos específicos a execução dessa política se dá de maneira sistêmica. É o que vemos ao compreender o histórico da legislação penal do Brasil.

Quem determina o que é crime? Ou melhor, para quem se determina o crime e contra quem se criminaliza? Assim se esboça o que é a seletividade penal. O encarceramento de jovens, negros e pobres é resultado dessas construções, selecionar pessoas vulneráveis à criminalização é resultado da presença constante do estado Penal nas periferias. Voltando às (não)coincidências, quase 40% da população carcerária responde por crimes patrimoniais, crimes fáceis de serem *investigados*. Pode-se dizer, no entanto, fáceis de serem criminalizados. No total mensurado pelo Infopen – junho de 2016, 64% da população carcerária no Brasil é negra, sendo que a taxa de aprisionamento continua em expansão, em 2016 era de 352,6%, ou seja, a seletividade do sistema de justiça criminal não só é uma ferramenta do Estado para criminalizar corpos negros, como também se mostra eficaz no aumento exponencial da superlotação carcerária.

Com o encarceramento de jovens, negras e pobres destaca-se a Lei 11.343, de 2006 (Lei de drogas), a qual representa 62% das criminalizações, sendo que do total de mulheres encarceradas, 62% também é negra (Infopen mulheres 2ª edição). O sistema carcerário não está em crise, é um mecanismo de controle em pleno funcionamento; constroem-se presídios enquanto o aprisionamento cresce em progressão geométrica, mantendo o encarceramento em massa, sobretudo da população negra.

O direito penal é insuficiente para absorver todo o conflito que ocorre em sociedade. Louk Hulsman fala que 90% dos crimes cometidos em sociedade não chegam ao conhecimento do sistema de justiça. Pensando na quantidade de tipos penais previstos só no Código Penal e os crimes que chegam ao conhecimento da justiça criminal, mais além, os crimes que chegam ao sistema penitenciário; tem-se um panorama de afunilamento perpetrado pelo funcionamento do sistema de justiça criminal. O direito penal funcionando em sua normalidade seleciona crimes e a seletividade vai refletir em quem, numa sociedade alicerçada pelo racismo estrutural, será encarcerado. Segundo Silvio de Almeida, “o racismo não é algo anormal, é algo normal, no sentido de que, independente de aceitarmos ou não, ele constitui as relações no seu padrão de normalidade”.

Neste contexto, o que esperar das audiências de custódia? A Resolução 213, de 2015 determina que as audiências de custódia têm por objetivo prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão, bem como verificar se a prisão em flagrante foi realizada legalmente e

decidir pela necessidade ou não de mantê-la. Ocorre que, ao se deparar com o funcionamento do sistema de justiça criminal no Brasil, é inviável extrair resultados positivos deste novo mecanismo se este não vier acompanhando de um funcionamento antirracista.

40% da população carcerária está presa sem condenação, para a população feminina este percentual se eleva para 45% de mulheres em prisão provisória. Com total relação ao papel das instituições policiais, presente em territórios de alta vulnerabilidade, a seleção se concretiza e marca o negro como o “outro”; ao chegar à audiência de custódia, autoridades judiciais o veem como uma imagem estereotipada do *criminoso*. Como dito, a construção da criminalização negra persiste desde o século XIX, “é assim que se cria uma história única: mostre o povo como uma coisa, como somente uma coisa, repetidamente, e isto será o que eles se tornarão” (Chimamanda Adichie).

O racismo das autoridades judiciais não se limita ao fato de presumirem que o sujeito negro acusado pelas instituições policiais é culpado, mas é evidente o racismo presente na reprodução dos termos técnicos jurídicos das decisões judiciais. E não se está a falar somente de juízas e juizes, mas de promotoras(es), defensoras(es) públicas(os), advogadas(os).

O racismo enquanto estruturante ao funcionamento do sistema de justiça criminal está na tecnicidade do discurso jurídico, que impede que pessoas à margem do direito consigam entender e acompanhar as decisões e os ritos das audiências, em um contexto que afasta qualquer possibilidade de autodefesa; está na postura de afastamento e manutenção do acusado(a) como inferior; está nas prerrogativas dos(as) *operadores(as)* do direito.

O Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil traz em seu artigo 21, que “é direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado”, distorcendo a presunção de inocência que é direito da pessoa acusada e transformando-a em um direito ao advogado de poder assumir a culpabilidade do cliente se, contudo, não externar no exercício de suas funções. Ocorre que o racismo estrutural não permite esse afastamento entre a imagem já concretizada do *criminoso* e o exercício de defesa imparcial; é uma falácia.

Assim como se pode verificar nos termos mais comumente utilizados em decisões judiciais proferidas em audiência de custódia. A famigerada “ordem pública” está presente em decisões de manutenção de prisão desde o século XIX. O artigo de Luis Antonio Chies analisa 334 processos envolvendo pessoas escravizadas do Livro de Entrada e Saída da Cadeia de Pelotas, entre os anos de 1862 a 1878, demonstrando que 58 registros são prisões por atos contra a ordem pública, em subcategorias, 21 são por “desordem” e 12 “para a segurança”.

Não só pela ordem pública, incrustada na ideia de segurança para a sociedade, as decisões judiciais também mantêm a “periculosidade” do corpo negro aprisionado, a sensação de alívio daquele “mal” que agora está controlado, sem riscos de “reiteração delitiva”, afinal a criminalização pelo ato criminoso que o leva até a audiência de custódia por si só já denota a vinculação com a *vida da criminalidade*. Neste contexto, a territorialidade é um ponto de extrema relevância na análise da Lei de Drogas, tendo em vista que “locais conhecidos como pontos de comércio ilegal de drogas” perfaz a consolidação da figura do *traficante*. Não só pela personificação do *criminoso* que se justifica o aprisionamento, mas é esta mesma sensação de medo, que se justifica a morte deste mesmo corpo.

Endossado por argumentos como “boas condições pessoais não são circunstâncias que inviabilizam a prisão”, o que se encontra na interpretação é que não importa conseguir comprovar que tem residência fixa e emprego lícito, se está em um corpo sobre o qual se construiu o perigo. Não à toa, esse argumento vem como último ponto em decisões judiciais. Primeiro, constrói-se o *criminoso*, cada decisão repete os argumentos *técnicos* e, ao final, sedimenta-se que não há nenhum contra-argumento que dissolva essa estrutura.

A audiência de custódia, portanto, ao não se instrumentalizar contra a reprodução do racismo, mantém o funcionamento do direito penal a insurgir contra os mesmos corpos negros, pobres, jovens. O direito, para muitos, ainda se camufla neste “emaranhado de sutilezas” (Beatriz Nascimento) que é o racismo, resta aos seus atores não se permitir cair nessas *armadilhas* se assume um compromisso com a igualdade de fato.

O extermínio da população negra não está somente na bala que tira a vida, mas também nas decisões judiciais que retiram o humano do corpo e o aprisiona em massa. Contudo, em uma sociedade marcada pelo patriarcado neoliberal racista, a existência e resiliência da população negra é um fenômeno não calculado pela supremacia branca.



LORRAINE CARVALHO,
ADVOGADA VOLUNTÁRIA DO PROJETO AUDIÊNCIAS
DE CUSTÓDIA DO INSTITUTO PRO BONO

REGULAÇÃO E ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO POR CRIMES DE DROGAS

TANIA RAMIREZ⁶³

Estamos testemunhando o declínio do paradigma proibicionista em matéria de política de drogas. São inegáveis as consequências adversas que tem causado em termos de desenvolvimento, segurança, saúde pública, direitos humanos, entre outros.⁶⁴ A necessidade de uma mudança na abordagem cada vez mais vem ganhando força e, na verdade, já se materializou em várias partes do mundo, onde escolheram regular os mercados de drogas para uso medicinal ou recreativo.

No entanto, muitos países ainda sofrem os impactos negativos de continuar sob a mesma abordagem. Os índices de encarceramento por crimes de drogas contribuem significativamente na crise de muitos sistemas prisionais, particularmente na América Latina.⁶⁵ Além dos usuários de drogas, a maioria das pessoas privadas de sua liberdade não são pessoas com relevância na cadeia do tráfico, são elementos facilmente substituíveis, cuja participação é explicada por fatores socioeconômicos e/ou contextos de violência.

Diante da impossibilidade de concretizar uma reforma da política de drogas que regule todos os aspectos da oferta e da demanda, muitas jurisdições da região optaram por usar mecanismos específicos para enfrentar o fenômeno do encarceramento em massa. Ao longo deste documento, apresentarei algumas das opções que foram formuladas no âmbito das legislações que não realizaram reformas integrais. Embora algumas experiências possam ser consideradas bem-sucedidas, outras, como os tribunais de drogas, apenas reproduzem a lógica do proibicionismo, reforçando a criminalização.

Primeiro, apresento um relato do estado das reformas no mundo. Em uma segunda etapa, vou me referir a algumas alternativas de libertação. Em seguida, vou me concentrar nos tribunais de drogas e, finalmente, apresentar uma conclusão.

PANORAMA ATUAL DOS SISTEMAS DE REGULAÇÃO

Há uma década, a Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu que as políticas proibicionistas têm tido consequências negativas não previstas, como a criação de um enorme

63 Graduada em Direito pela Universidade Nacional do México, mestre em Direito Internacional de Direitos Humanos pela Georgetown University e diretora do Programa de Política de Drogas do MUCD.

64 Alternative World Drug Report: Counting the Costs of the War on Drugs

65 Boiteux, L., Corda, A., & Edwards, S. (2010). Sistemas sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina. TNI.

mercado criminal, o deslocamento da produção e o trânsito para novas áreas (efeito balão), a migração para o uso de novas drogas, o desvio de recursos da área da saúde para a aplicação da lei e a estigmatização e marginalização das pessoas que usam drogas.⁶⁶ Atualmente, admite-se que o objetivo de alcançar um mundo livre de drogas, como antes se propunha, é irrealizável.⁶⁷

Neste sentido, a celebração da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o problema mundial das drogas, realizada em 2016 (UNGASS 2016), respondeu a um apelo para repensar as estratégias punitivas contra as drogas que têm prevalecido durante muitos anos. Apesar das limitações da UNGASS, alcançaram-se grandes conquistas no reconhecimento da necessidade de mudar a abordagem da política criminal no assunto. O documento final destas sessões extraordinárias abrange sete áreas temáticas que representam oportunidades para apresentar reformas aos sistemas de justiça criminal nessa área e são consistentes com a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

Mais e mais jurisdições têm políticas regulatórias para diversas substâncias. Um relatório sobre políticas e práticas em relação ao *cannabis* medicinal no mundo expõe os quase vinte países e mais de 40 jurisdições que admitem e regulam tal uso.⁶⁸ Embora não haja um único modelo regulatório e os esquemas variem entre si, há praticamente um consenso cada vez maior sobre a necessidade de avançar nessa direção.

Além disso, há muitos anos, existem diversas experiências regulatórias para substâncias como a heroína, como na Suíça.⁶⁹

Em relação ao uso recreativo de drogas consideradas ilícitas por adultos, cada vez mais países aderem à lista de experiências regulatórias. Em 2001, Portugal descriminalizou a posse pessoal de todas as drogas e os Países Baixos admitiram o uso tolerado de *cannabis* em *coffee shops*. Já Uruguai foi o primeiro país a criar um mercado regulamentado de *cannabis* a partir do Estado, seguido recentemente pelo Canadá. Da mesma forma, vários governos estaduais dos Estados Unidos fizeram o mesmo sob modelos diferentes.

De maneira mais conservadora, outros países optaram pela descriminalização do consumo.⁷⁰ Infelizmente, esta medida nem sempre teve um efeito positivo na redução dos índices de encarceramento por crimes de drogas ou na eliminação da criminalização que existe em relação aos usuários de drogas. Este é o caso do México, onde a posse de uma quantidade mínima de certas drogas, incluindo o *cannabis*, é permitida. Porém, acima desse limiar, continua a ser um crime cuja pena é elevada e desproporcional. Além disso, essa medida incentiva a extorsão pela polícia e a criminalização.⁷¹

66 UNODC, 2008 World Drug Report

67 Plano de ação

68 AGUILAR; GUTIÉRREZ; SÁNCHEZ; NOUGIER. (2018). Políticas y prácticas sobre cannabis medicinal en el mundo. Londres, Reino Unido: International Drug Policy Consortium Publication. (<https://idpc.net/es/publications/2018/04/politic-y-practicas-sobre-cannabis-medicinal-en-el-mundo>)

69 ROLLES, Steve. (2016). Tratamiento de mantenimiento con heroína en Suiza: Regulando exitosamente la oferta y consumo de una droga inyectable de alto riesgo. TRANSFORM. (<https://www.mucd.org.mx/wp-content/uploads/2017/10/Tratamiento-de-mantenimiento-con-heroina-en-Suiza.pdf>)

70 ARI, R.; NIAMH, E. (2012). Una revolución silenciosa: Políticas en práctica para la descriminalización de las drogas en todo el mundo. Release Publication. (<https://www.release.org.uk/sites/default/files/pdf/publications/A%20Quiet%20Revolution%20Spanish%20Online%201.pdf>)

71 ARI, R.; NIAMH, E. (2012). Una revolución silenciosa: Políticas en práctica para la descriminalización de las drogas en todo el mundo. Release Publication. (<https://www.release.org.uk/sites/default/files/pdf/publications/A%20Quiet%20Revolution%20Spanish%20Online%201.pdf>)

MECANISMOS DE ENCAMINHAMENTO

Para enfrentar este tipo de problemas ligados ao encarceramento e perseguição de usuários de drogas, sem levar a cabo reformas nos mercados regulamentados, alguns países implementaram diferentes mecanismos de encaminhamento. No que diz respeito aos crimes relacionados com as drogas, estes são canais através dos quais os casos são canalizados para determinar se são suscetíveis ou não de uma sentença privativa de liberdade, ou se a questão pode ser tratada com outra pena, ou mesmo sem ela.

- Medidas ex-ante: o encaminhamento no momento da detenção baseia-se nos superiores e oficiais da polícia assim como na chave pessoal que toma a decisão sobre a conveniência de encaminhar à pessoa para um tratamento ou para um processo penal.
- Medidas durante o processo judicial: aplica-se durante algumas das etapas do processo penal; pode assumir diferentes formas processuais, como a suspensão do processo. Neste tipo de medida, os promotores ou os juízes podem ser aqueles que determinam se a pessoa deve ir para outro tipo de intervenção, em vez de ir para a cadeia.
- Medidas na sentença: funciona no momento em que o acusado é condenado. Nesse momento, o juiz decide se a punição que o caso merece é o encarceramento ou alguma intervenção de tratamento e/ou serviço à comunidade.

LIBERTAÇÃO

Os mecanismos de libertação são, por definição, uma medida ex-post. Na experiência internacional, eles têm sido usados para delitos menores, como posse simples (sem fins comerciais ou de distribuição) ou para populações específicas de delinquentes menores (mulheres, população indígena, pequenos agricultores e outros).

Recentemente, um estudo do *México Unido Contra la Delincuencia* e da *Transform* analisou várias experiências de encarceramento em diferentes países.⁷² Os exemplos do Equador, Costa Rica e México se destacam. O Equador é um exemplo claro de como um perdão nacional para os transportadores de drogas de baixo nível, e delinquentes primários que houvessem completado 10% de suas sentenças, contribuiu significativamente para reduzir a saturação do sistema prisional. No entanto, na ausência de uma reforma integral na área de regulamentação, uma administração subsequente implementou novamente as medidas punitivas que implicaram uma regressão.

Por sua vez, a experiência da Costa Rica é uma das mais destacadas. A Lei 8204 permitiu a aplicação de sentenças alternativas não privativas de liberdade para mulheres que haviam transportado pequenas quantidades de drogas para os presídios masculinos devido à pressão de seus parceiros, pobreza ou ignorância e eram delinquentes primárias. Além

72 MUCD & TRANSFORM (2018). Excarcelación: terminando con el encarcelamiento masivo por delitos de drogas <https://idpc.net/es/publications/2018/06/excarcelacion-terminando-con-el-encarcelamiento-masivo-por-delitos-de-drogas>

disso, após a libertação, houve acompanhamento à sua reinserção social através de uma rede interinstitucional.

Em contraste, em 2016, o México incluiu na sua Lei Nacional de Execução Penal um artigo para conceder o benefício de pré-libertação a pessoas privadas de liberdade que haviam sido condenadas pelo crime de posse simples de cannabis. No entanto, até agora, esse benefício não tem sido amplamente aplicado.

TRIBUNAIS DE TRATAMENTO DE DEPENDÊNCIAS

Outro mecanismo de encaminhamento, que na maioria das vezes funciona como medida durante o processo, é o modelo de tribunal de drogas (ou como são chamados na América Latina, os tribunais para tratamento de dependências). É como uma via paralela para canalizar de forma diferente a resolução judicial de condutas penais vinculadas ao uso de substâncias, oferecendo tratamento para as dependências sob supervisão judicial. São projetados para pessoas que cometeram delitos menores por estar sob o efeito de drogas ou para obtê-las.⁷³ Sob a figura da suspensão condicional do processo penal, a pessoa processada se submete voluntariamente a um tratamento para enfrentar seu uso problemático de substâncias. O objetivo é ser uma alternativa para crimes relacionados com drogas, despressurizar a superocupação dos sistemas prisionais e prevenir a reincidência e criminalidade.

Este mecanismo surgiu nos Estados Unidos na década dos oitenta para enfrentar a crise de crack e foi importado para muitos países da América Latina graças ao apoio da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD). O modelo está em estágio avançado no Chile, México e Costa Rica, e em fase piloto na Argentina, Panamá, República Dominicana, e Colômbia.⁷⁴

Infelizmente, esse modelo replica muitos dos fundamentos do regime proibicionista. Por exemplo, criar uma relação causal artificial entre o uso de substâncias e o cometimento de crimes, procura a abstinência em qualquer caso como objetivo, e, na prática, tornou-se um mecanismo que reproduz a lógica de criminalizar os usuários de drogas.⁷⁵ Com base nas informações disponíveis, a posse simples é um dos crimes mais aceitos dentro dos programas da região (especificamente no Chile, México, República Dominicana e Panamá).

CONCLUSÕES

Embora cada vez mais países e jurisdições locais estejam caminhando para uma mudança na abordagem da questão da política de drogas, muitos outros continuam lidando com as consequências negativas que o paradigma proibicionista causou em termos de

encarceramento em massa. Nestes contextos, foram implementados mecanismos que buscam deter ou combater um problema específico dentro deste grande universo de efeitos adversos. Em alguns casos, como na Costa Rica, esses mecanismos podem ser bem-sucedidos e ajudar a resolver fenômenos de criminalização muito específicos. Especialmente, se forem acompanhados a médio ou longo prazo, como aconteceu nesse caso.

Em outros, as alternativas podem tornar-se um mecanismo de recriminalização, que opera sob a mesma lógica da política criminal proibicionista, como em termos gerais é o caso dos tribunais de drogas. Ao considerar este tipo de alternativas, é vital considerar esses riscos e estar cientes de suas limitações ao longo prazo. Infelizmente, enquanto não forem realizados processos de reforma integrais, o escopo das alternativas ao encarceramento, no melhor dos casos, será limitado.

73 GUZMÁN, Diana Esther. (2012). Las Cortes de Drogas. Los alcances y retos de una alternativa a la prisión, IPDC.

74 NOIA, Cleia (coord). (2018). Drug Courts in the Americas, SSRIC. <https://www.ssrc.org/publications/view/drug-courts-in-the-americas/>

75 NOIA, Cleia (coord). (2018). Drug Courts in the Americas, SSRIC. <https://www.ssrc.org/publications/view/drug-courts-in-the-americas/>

REGULACIÓN Y ALTERNATIVAS AL ENCARCELAMIENTO PARA DELITOS DE DROGAS

TANIA RAMÍREZ*

Estamos siendo testigos del declive del paradigma prohibicionista en materia de política de drogas. Las consecuencias adversas que ha causado en términos de desarrollo, seguridad, salud pública, derechos humanos entre otros, son innegables.⁷⁶ La necesidad de un cambio de enfoque adquiere cada vez mayor fuerza y, de hecho, ya se ha materializado en diversos lugares del mundo que han optado por regular los mercados de drogas para uso medicinal o recreativo.

No obstante, muchos países aún siguen padeciendo los impactos negativos de continuar bajo el mismo enfoque. Las tasas de encarcelamiento por delitos relacionados con drogas contribuyen de manera significativa a la crisis de muchos sistemas penitenciarios, en particular en América Latina.⁷⁷ Además de personas usuarias de drogas, gran parte de quienes son privados de su libertad no son sujetos de relevancia en la cadena de tráfico, sino elementos fácilmente reemplazables cuya participación se explica por factores socioeconómicos y/o de contextos de violencia.

Ante la imposibilidad de concretar una reforma de política de drogas, que regule todos los aspectos de oferta y demanda, muchas jurisdicciones de la región han optado por usar mecanismos específicos para enfrentar el fenómeno de encarcelamiento masivo. A lo largo de este documento, presentaré algunas de las opciones que se han formulado dentro del marco de legislaciones que no han emprendido reformas integrales. Pese a que algunas experiencias pueden considerarse exitosas, otras, como las cortes de drogas, sólo reproducen lógicas del prohibicionismo, reforzando la criminalización.

En primer lugar, presento un recuento del estado de las reformas en el mundo. En un segundo momento, me referiré a algunas alternativas de excarcelación. Enseguida, me enfocaré en las cortes de drogas y finalmente, daré una conclusión.

PANORAMA ACTUAL SOBRE ESQUEMAS DE REGULACIÓN

Desde hace una década, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) reconoció que las políticas prohibicionistas han tenido consecuencias negativas no previstas, como la creación de un enorme mercado criminal, el desplazamiento de la producción y el tránsito a nuevas áreas (efecto globo), el desplazamiento al uso de nuevas drogas, la desviación de recursos del

área de salud a la de aplicación de la ley y la estigmatización y marginalización de personas que usan drogas.⁷⁸ Actualmente, se admite que el objetivo de lograr un mundo libre de drogas que se planteó en el pasado, es irrealizable.⁷⁹

En este sentido, la celebración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el problema mundial de las drogas celebrado en 2016 (UNGASS 2016) respondió a un llamado para repensar las estrategias punitivas hacia las drogas que han prevalecido durante muchos años. A pesar de las limitaciones de la UNGASS, se alcanzaron grandes logros en el reconocimiento de la necesidad de cambiar el enfoque de política criminal en la materia. El documento final de este período extraordinario de sesiones cubre siete áreas temáticas que representan oportunidades para presentar reformas a los sistemas de justicia penal en esta área y son consistentes con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Cada vez más jurisdicciones tienen políticas de regulación para diversas sustancias. Un informe sobre políticas y prácticas sobre cannabis medicinal en el mundo, da cuenta de los casi veinte países y más de 40 jurisdicciones que admiten y regulan dicho uso.⁸⁰ Si bien no hay un modelo regulatorio único y los esquemas varían entre sí, existe prácticamente un consenso cada vez más amplio de la necesidad de moverse en esta dirección. Adicionalmente, desde hace muchos años, existen diversas experiencias de regulación para sustancias como heroína, como en Suiza.⁸¹

Respecto al uso recreativo adulto de drogas consideradas ilícitas, cada vez más países se suman a la lista de experiencias regulatorias. Portugal despenalizó la posesión personal de todas las drogas en 2001 y los Países Bajos admitieron el uso tolerado de cannabis en *coffee shops*. Uruguay fue el primer país en crear un mercado regulado de cannabis desde el Estado, seguido recientemente por Canadá. De igual manera, diversos gobiernos estatales de Estados Unidos han hecho lo propio bajo distintos modelos.

De manera más conservadora, otros países han optado por la despenalización del consumo.⁸² Desafortunadamente, esta medida no siempre ha tenido un efecto positivo en la disminución de las tasas de encarcelamiento por delitos de drogas o en eliminar la criminalización que existe hacia las personas que las usan. Es el caso de México, en donde la posesión de una cantidad mínima de ciertas drogas, incluido el cannabis, está permitida. Sin embargo, por encima de ese umbral, continúa siendo un delito cuya pena resulta alta y desproporcional. Además, dicha medida propicia extorsión por parte de la policía y criminalización.⁸³

76 *Versão original em espanhol.

Alternative World Drug Report: Counting the Costs of the War on Drugs

77 Boiteux, L., Corda, A., & Edwards, S. (2010). Sistemas sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina. TNI.

78 UNODC, 2008 World Drug Report

79 Plan de acción

80 Aguilar, Gutiérrez, Sánchez y Nougier. (2018). Políticas y prácticas sobre cannabis medicinal en el mundo. Londres, Reino Unido: International Drug Policy Consortium Publication. (<https://idpc.net/es/publications/2018/04/politicas-y-practicas-sobre-cannabis-medicinal-en-el-mundo>)

81 Steve Rolles. (2016). Tratamiento de mantenimiento con heroína en Suiza: Regulando exitosamente la oferta y consumo de una droga inyectable de alto riesgo. TRANSFORM. (<https://www.mucd.org.mx/wp-content/uploads/2017/10/Tratamiento-de-mantenimiento-con-heroina-en-Suiza.pdf>)

82 Ari, R. y Niamh, E. (2012). Una revolución silenciosa: Políticas en práctica para la descriminalización de las drogas en todo el mundo. Release Publication. (<https://www.release.org.uk/sites/default/files/pdf/publications/A%20Quiet%20Revolution%20Spanish%20Online%201.pdf>)

83 Ari, R. y Niamh, E. (2012). Una revolución silenciosa: Políticas en práctica para la descriminalización de las drogas en todo el mundo. Release Publication. (<https://www.release.org.uk/sites/default/files/pdf/publications/A%20Quiet%20Revolution%20Spanish%20Online%201.pdf>)

MECANISMOS DE DERIVACIÓN

Para enfrentar este tipo de problemáticas vinculadas al encarcelamiento y persecución de personas usuarias de drogas, sin llevar a cabo reformas hacia mercados regulados, algunos países han implementado diferentes mecanismos de derivación. En lo que respecta a delitos relacionados con drogas, estos son vías por las cuales se canalizan los casos para determinar si son susceptibles o no de una pena privativa de la libertad o si el asunto puede ser tratado con otra sanción o incluso, sin sanción.

Medidas ex ante: derivación en el momento del arresto se basa en los mandos y funcionarios policiales como el personal clave que toma la decisión sobre la conveniencia de derivar a la persona hacia el tratamiento o hacia el proceso penal.

Medidas durante el proceso judicial: se aplica durante alguna de las etapas del procedimiento penal; puede tomar distintas formas procesales, como la suspensión del proceso. En este tipo de medida, pueden ser los fiscales o los jueces quienes determinen si la persona debe acudir a otro tipo de intervenciones, en lugar de ir a la cárcel.

Medidas en la sentencia: opera en el momento en que se pronuncia sentencia al inculpado. En ese momento, el juez decide si la sanción que amerita el caso es la pena privativa de la libertad o bien, alguna intervención de tratamiento y/o de servicio a la comunidad.

EXCARCELAMIENTO

Los mecanismos de excarcelamiento son, por definición, una medida ex post. En la experiencia internacional, han sido utilizadas para ofensas de bajo nivel, como posesión simple (sin fines de comercio o distribución) o para poblaciones específicas de infractores menores (mujeres, población indígena, pequeños cultivadores y otros).

Recientemente, un estudio de México Unido Contra la Delincuencia y *Transform* analizó diversas experiencias de encarcelamiento en distintos países.⁸⁴ Destacan los ejemplos de Ecuador, Costa Rica y México. Ecuador es una clara muestra de cómo un indulto nacional para los transportistas de drogas de bajo nivel y personas primo-delincuentes que hubieran cumplido el 10% de sus sentencias, contribuyó de manera importante a disminuir la saturación del sistema penitenciario. Sin embargo, al no haberse llevado a cabo una reforma integral en materia de regulación, una administración posterior volvió a implementar medidas punitivas que implicaron una regresión.

Por su parte, la experiencia de Costa Rica es una de las más sobresalientes. La Ley 8204 de permitió aplicar sentencias alternativas no privativas de la de libertad para mujeres que habían transportado pequeñas cantidades de drogas al interior de las cárceles de hombres por presión de sus parejas, pobreza o desconocimiento y eran primo-delincuentes. Además, después de la liberación, se dio acompañamiento a su reinserción social mediante una red interinstitucional.

84 MUCD & Transform (2018). Excarcelación: terminando con el encarcelamiento masivo por delitos de drogas <https://idpc.net/es/publications/2018/06/excarcelacion-terminando-con-el-encarcelamiento-masivo-por-delitos-de-drogas>

En contraste, México incluyó en 2016 en su Ley Nacional de Ejecución Penal un artículo para otorgar el beneficio de la pre liberación a personas privadas de su libertad que hubieran sido sentenciadas por el delito de posesión simple de cannabis. Sin embargo, hasta ahora, este beneficio no ha sido aplicado de manera amplia.

TRIBUNALES DE TRATAMIENTO DE ADICCIONES

Otro mecanismo de derivación que, la mayoría de las veces, funciona como medida durante el proceso, es el modelo de cortes de drogas (o como son llamados en América Latina, tribunales para el tratamiento de adicciones). Se trata de como una vía paralela para canalizar de otra forma la resolución judicial de conductas penales vinculadas a dichas sustancias, ofreciendo tratamiento para las adicciones bajo supervisión judicial. Están diseñados para personas que cometieron delitos menores por estar bajo el efecto de drogas o para conseguirlas.⁸⁵ Bajo la figura de suspensión condicional del proceso a prueba, la persona procesada se somete voluntariamente a un tratamiento para enfrentar su consumo problemático de sustancias. Su finalidad es ser una alternativa para de delitos relacionados con drogas, despresurizar los sistemas carcelarios y evitar la reincidencia y criminalidad.

Este mecanismo surgió en Estados Unidos en la década de los ochenta para enfrentar la crisis del crack y ha sido importado a muchos países de Latinoamérica gracias al apoyo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD). El modelo está en fase avanzada en Chile, México y Costa Rica, y en fase piloto en Argentina, Panamá, República Dominicana, Colombia.⁸⁶

Desafortunadamente, este modelo replica muchos de los fundamentos del régimen prohibicionista. Por ejemplo, crea una relación causal artificial entre uso de sustancias y comisión de delitos, busca la abstinencia en todo caso como fin y, en la práctica, se ha convertido en un mecanismo que reproduce la lógica de criminalización de personas usuarias de drogas.⁸⁷ Con base en la información disponible, la posesión simple es uno de los delitos que más se acepta dentro de los programas de la región (específicamente en Chile, México, República Dominicana y Panamá).

CONCLUSIONES

A pesar de que cada vez más países y jurisdicciones locales están virando hacia un cambio de enfoque en materia de política de drogas, muchos otros siguen lidiando con las consecuencias negativas que el paradigma prohibicionista ha causado en términos de encarcelamiento masivo. En esos contextos, se han implementado mecanismos que buscan detener o combatir una problemática específica dentro de ese gran universo de efectos adversos. En algunos

85 Guzmán, Diana Esther. (2012). Las Cortes de Drogas. Los alcances y retos de una alternativa a la prisión, IPDC.

86 Noia, Cleia (coord). (2018). Drug Courts in the Americas, SSRIC. <https://www.ssrc.org/publications/view/drug-courts-in-the-americas/>

87 Noia, Cleia (coord). (2018). Drug Courts in the Americas, SSRIC. <https://www.ssrc.org/publications/view/drug-courts-in-the-americas/>

casos, como el de Costa Rica, dichos mecanismos pueden resultar exitosos y contribuir a resolver fenómenos de criminalización muy concretos. Especialmente, si se le da seguimiento en el mediano o largo plazo, como ocurrió con en dicho caso.

En otros, las alternativas pueden convertirse en un mecanismo re criminalizante, que opera bajo la misma lógica de política criminal prohibicionista, como en términos generales es el caso de las cortes de drogas. Al plantear este tipo de alternativas, es de vital importancia considerar estos riesgos y ser conscientes de sus limitaciones en el largo plazo. Lamentablemente, en tanto no se emprendan procesos de reforma integral, el alcance de las alternativas al encarcelamiento será, en el mejor de los casos, limitado.



OTÁVIO CONSTANTINO, THAINÁ MEDEIROS
E TANIA RAMIREZ NA MESA
"COMO GARANTIR A LIBERDADE DE PESSOAS
ACUSADAS DE TRÁFICO DE DROGAS?"

PARTE IV
MULHERES,
INTERSECCIONALIDADE,
CAUTELARES
E PROBLEMATIZAÇÃO

CAPÍTULO 1

MULHERES, CRIMINALIZAÇÃO E POLÍTICAS DE DROGAS NA AMÉRICA LATINA

CORINA GIACOMELLO⁸⁸

INTRODUÇÃO

Gaby é uma mulher indígena, natural de uma aldeia de Oaxaca, no México, que é marcada pela pobreza, pela ausência do Estado e pelo narcotráfico.⁸⁹ Desde sua infância, a vida dela esteve envolvida com o comércio internacional de drogas. Aos doze anos, começou a transportar pacotes de maconha; tinha sido contratada por um homem da aldeia que lhe ofereceu trabalho, porque Gaby e sua família estavam passando por uma situação de pobreza alarmante; o pai dela, que anos antes tinha migrado aos Estados Unidos, já não lhes enviava dinheiro.

Aos quinze anos, Gaby voltou para a escola. Um ano depois, foi estuprada por um homem de sua aldeia. Foi assim que teve sua primeira filha. Um ano depois, ela relacionou-se com um traficante de maconha mais velho que ela. Com ele, Gaby teve outro filho; mas o pai da criança simplesmente desinteressou-se dela na gravidez. Gaby foi sozinha para dar à luz na clínica e sozinha enfrentou o que viria a seguir: o filho nasceu com paralisia cerebral. Para poder pagar as visitas médicas e os estudos, Gaby voltou para a única atividade que dava algum dinheiro na sua aldeia natal, nas montanhas de Oaxaca: o negócio da maconha.

Gaby foi presa e condenada a dez anos de prisão por transportar maconha, pena mínima no México para esse crime. Diego, filho de Gaby, morou com ela na prisão até que um dilema se apresentou: uma instituição pública se ofereceu para prestar a Diego cuidados de saúde, terapias de reabilitação, entre outros. Uma opção era Gaby acompanhar o filho à terapia e voltar para a cadeia com ele, pois assim continuariam morando juntos. No entanto, o juiz negou esta oportunidade, argumentando que o crime é federal e, portanto, a prisão não admite alternativas, nem mesmo temporárias ou por motivos humanitários. Além disso, segundo Gaby, o juiz não se reservou ao dar “argumentos” de tipo moral e discriminatórios, dizendo que “crime é crime e filhos são filhos” e que Gaby tinha que ter pensado sobre as consequências de suas ações.

Gaby teve que tomar a decisão de tirar seu filho da prisão para que pudesse ter acesso aos cuidados médicos necessários, o que causou uma dor irreparável tanto para ela quanto para ele.

⁸⁸ Integrante do Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas do México e especialista em gênero e justiça criminal, política de drogas e sistemas prisionais na América Latina e direitos humanos

⁸⁹ Entrevistamos a Gaby em julho de 2016, como parte de um projeto de elaboração de documentais da EQUIS Justicia para las Mujeres, Washington Office on Latin America (WOLA) e a produtora mexicana Scopio.

O CONTEXTO

Experiências como as de Diego e Gaby se espalham nas prisões do México e da América Latina e Caribe. As mulheres relacionam-se com criminosos do tráfico de drogas, ocupam os elos mais baixos da cadeia criminal, cometendo crimes de drogas principalmente menores, não violentos, no âmbito das relações de gênero assimétricas e no cumprimento do papel social e cultural das mães como únicas ou principais cuidadoras (GIACOMELLO, 2017).

Os corpos delas são atravessados por diferentes eixos que, em um interstício aparentemente circunscrito, refletem as contradições e a violência da nossa sociedade:

A. *A violência contra as meninas e as mulheres é uma realidade e a resposta predominante, por um lado, é a impunidade, e por outro, a normalização social e cultural. Nas histórias de vida das mulheres privadas de liberdade, a violência é uma constante desde a infância, e ela ocorre dentro da família, nas relações de afeto, de cuidado e de confiança, e posteriormente repete-se com o parceiro. Também tem a violência do Estado, uma vez que, na prisão, elas são vítimas de tortura, incluindo tortura sexual (GIACOMELLO et al., 2017).*

B. *As políticas de drogas na região continuam marcadas por tendências punitivas. Processos de crimes contra a saúde se caracterizam pela utilização da prisão preventiva, punições desproporcionais e, em alguns casos, o uso de prisões afastadas do domicílio de origem das pessoas privadas de liberdade (CHAPARRO et al., 2017). Os custos para as pessoas privadas de liberdade são enormes, sobretudo para as mulheres.*

C. *O poder punitivo do Estado cai sobre elas, desde as detenções violentas, julgamentos de legalidade questionável e punições desproporcionais em centros de reinserção em condições que violam os direitos humanos.*

D. *As condições carcerárias dos presídios da região são marcadas, de modo geral, pela superlotação, pela violência, pela falta de separação entre processados e condenados, pelas deficiências na área médica, educativa e de acesso ao trabalho, pelos maus tratos estendendo-se até os visitantes, a tortura e o uso em excesso de medicamentos controlados.*

Para as mulheres, a situação piora porque, como existem poucos centros femininos, elas ou estão alojadas em módulos ou salas de presídios para homens, ou em centros de mulheres que ficam longe de casa e, assim, longe das pessoas com as quais têm afeto.

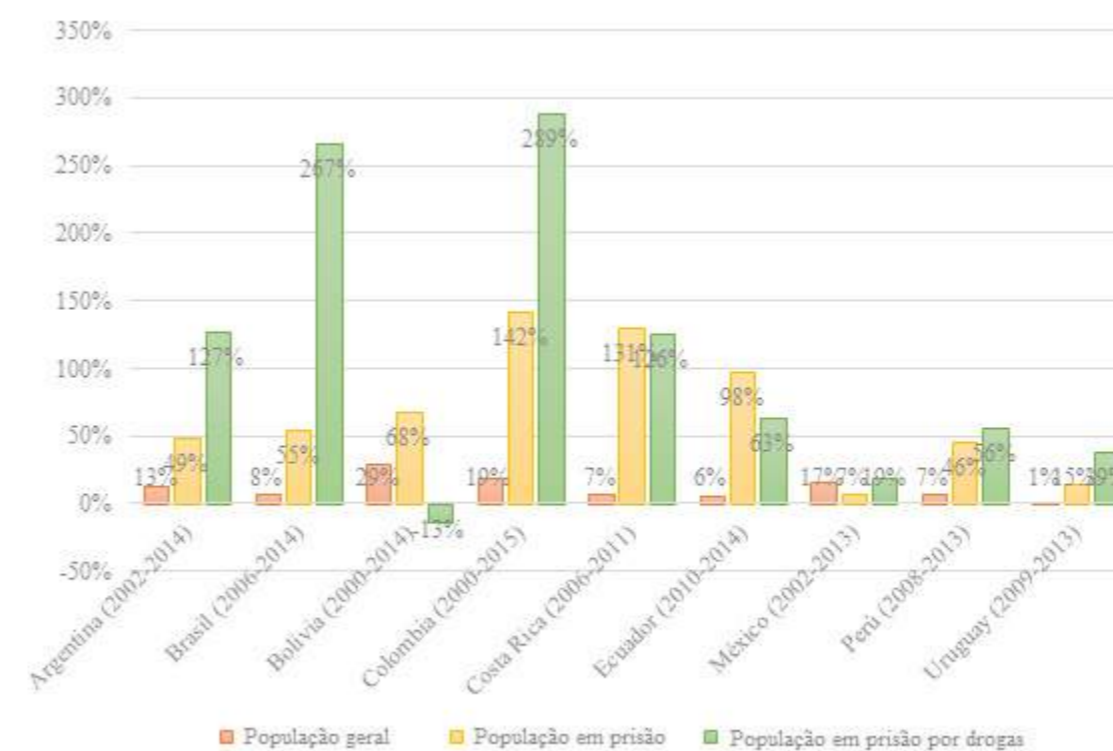
E. *As crianças, filhas das pessoas privadas de liberdade, sofrem os impactos do encarceramento, começando com a experiência da detenção, muitas vezes traumática e violenta, e tudo o que envolve ter uma pessoa importante na cadeia: a separação da família, a estigmatização, o empobrecimento, a redução de atividades de lazer, a angústia, o contato com a prisão, a incursão no trabalho infantil, são alguns dos vários efeitos do encarceramento em uma população invisível, que não costuma ser atendida pelo Estado (SAAVEDRA et al., 2013).*

F. *As mulheres encarceradas por crimes de drogas e suas famílias sofrem, portanto, uma punição tripla (GIACOMELLO, 2013): uma associada à criminalização dos crimes de drogas através do uso desproporcional do direito penal; outra, tal como deriva do testemunho de Gaby, ligada à punição moral, induzida pela reprodução e normalização dos padrões sexistas na procura e administração de justiça.*

A seguir, antes de explorar alguns contextos de reforma, são mostrados dados que põem em evidência o aumento da população privada de liberdade por crimes de drogas e seu impacto nas mulheres e na infância.

ALGUNS DADOS

Gráfico 1. Variação percentual da população geral, população na prisão e população na prisão por crimes de drogas



Fonte: CHAPARRO et al., *Castigos irracionais: leis de drogas e encarceramento na América Latina*, Cidade de México, CEDD, 2017.

Como este gráfico mostra, na maioria dos países da região, o número de pessoas privadas de liberdade por crimes de drogas tem aumentado mais que a população geral e que a população privada de liberdade por qualquer delito.

A tabela a seguir mostra informação sobre as mulheres em prisão por crimes de drogas.

Tabela 1.
Mulheres privadas de liberdade por crimes de drogas⁹⁰

PAÍS	Mulheres privadas de liberdade			Mulheres privadas de liberdade por crimes de drogas		
	População geral	Sentenciadas	Processadas	População geral	Sentenciadas	Processadas
ARGENTINA (2015)	100% 2,963	48.6% 1,440	51.4% 1,523	36.9% 1,093	11.4% 339	25.5% 754
BRASIL (2014)	100% 37,380	69.9% 26,111	30.1% 11,269	63% 23,549	44% 16,461	19% 7,088
CHILE (2018)	100% 3,506	54.6% 1,914	45.4% 1,592	45% 1,578	24.6% 862	20.4% 716
COLÔMBIA (2018)	100% 7,659	66.7% 5,110	32.9% 2,516	28.7% 2,201	19.7% 1,506	9% 695
MÉXICO (2016)	100% 10,718	57.7% 6,179	41.9% 4,495	14.1% 1,513	7.7% 828	6.4% 685
PANAMÁ (2018)	100% 870	44.5% 387	55.5% 483	70% 609	31.1% 271	38.9% 338
URUGUAI (2017)	100% 594	30.6% 182	69.4% 412	37.3% 222	11.4% 68	25.9% 154

Como mostram os dados, os crimes de drogas em muitos países são a principal causa da prisão de mulheres.

Desta breve descrição quantitativa e qualitativa, não há dúvida de que a prisão derivada de políticas de drogas, não só não serve para conter os fluxos do tráfico internacional e aumento do consumo de drogas, como afeta as populações mais pobres e marginalizadas, e ameaça o desenvolvimento das crianças.

OPÇÕES DE REFORMA

Nos últimos anos, a questão das mulheres na prisão por crimes de drogas ganhou visibilidade, o que levou a iniciativas de reforma penitenciária e assuntos relacionados com a política de drogas, desde uma perspectiva de gênero. Alguns exemplos estão resumidos a seguir:

A. As Regras de Bangkok. As Regras de Bangkok foram aprovadas em 2010 e, embora não

seja um documento vinculativo para os Estados, tem amplo consenso internacional. As Regras de Bangkok complementam, mas não substituem as Regras de Mandela, sobre população carcerária em geral, e as Regras de Tóquio, sobre medidas alternativas. Estão dirigidas a meninas e mulheres privadas de liberdade, e procuram atender ao crescente encarceramento de mulheres, desde uma perspectiva de gênero. Baseiam-se no reconhecimento de que as mulheres privadas de liberdade são acusadas principalmente de crimes não violentos, têm uma história de vida marcada pela violência e também são as principais e únicas responsáveis pelo cuidado e sustento de seus filhos. Neste sentido, elas são consideradas, majoritariamente, como pessoas que não representam um risco para a sociedade. Ao longo do texto, ressalta-se a importância de se levar em conta a história de violência e as responsabilidades de cuidado das mulheres que estão na prisão, uma vez que são fatores que influenciam o envolvimento delas em atos criminosos, assim como também considerar as consequências de seu encarceramento. Da mesma forma, o texto defende a necessidade de condições prisionais que levem em conta as necessidades específicas das mulheres, principalmente do ponto de vista dos direitos sexuais e reprodutivos, os vínculos com a comunidade, a saúde e as responsabilidades como mães. Também recomenda o uso de medidas não privativas de liberdade em casos de delitos menores não violentos, particularmente no caso de mulheres grávidas ou mães.

B. Costa Rica. Em 2013, Costa Rica aprovou uma emenda à “Lei dos narcóticos, substâncias psicotrópicas, drogas de uso não autorizado, atividades conexas, lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo”, com a introdução do artigo 77 bis que prevê penas reduzidas para mulheres em condição de vulnerabilidade, acusadas de introduzir drogas em presídios. O texto do artigo diz textualmente:

A pena prevista no artigo anterior será de 3 a 8 anos de prisão, quando uma mulher for a autora ou participar na introdução de substâncias tóxicas, drogas ou substâncias psicotrópicas nos presídios, e satisfazer uma ou mais das seguintes condições:

- Estiver em situação de pobreza;
- For a chefe do lar em condição de vulnerabilidade;
- Tiver sob seu cuidado menores de idade, idosos ou pessoas com qualquer tipo de deficiência que justifiquem a dependência da pessoa que a cuida;
- For uma pessoa idosa em situação de vulnerabilidade (PIERIS, 2017, p. 2).

Antes desta reforma, todas as pessoas eram sentenciadas com o mesmo artigo, que prevê penas de entre oito e vinte anos para todos os crimes de drogas (exceto posse para uso pessoal, que não é considerada crime); 66% das mulheres na prisão foram acusadas de crime de drogas e a maioria delas se classificava no perfil descrito na primeira seção deste capítulo: pobres, com baixos níveis de escolaridade e mães solteiras. Também em 2014, forma-se a Rede Interinstitucional de Atenção Integral de Mulheres Envolvidas num Processo Penal e seus Familiares Dependentes em Situação de Vulnerabilidade, que atende todas as mulheres que entram em contato com o sistema de justiça criminal e suas famílias. Muitas instituições públicas participam

⁹⁰ Os dados apresentados foram compilados no âmbito do projeto “Meninas e meninos com mães e pais presos por crimes de drogas não violentos na América Latina e no Caribe. As vítimas invisíveis da guerra contra as drogas e encarceramento em massa”. Inédito, coordenado pelo Church World Service e Gurises Unidos e financiado pela Open Society Foundations.

da Rede (PIERIS, 2017a) que, de forma coordenada, oferece uma gama de serviços - educativos, laborais, de saúde, psicológicos etc. - às mulheres que decidem ser encaminhadas para a Rede, seja durante o processo ou na fase de execução da pena, e que satisfazem uma ou mais condições de vulnerabilidade. A Rede é uma experiência nova de abordagem de inclusão social com uma perspectiva de gênero que procura atender as causas sociais do crime e reverter o processo de exclusão social derivado da privação de liberdade. Além disso, a experiência da Costa Rica é um exemplo de uma política que parte do particular - mulheres acusadas de introduzir drogas em presídios - para beneficiar uma população crescente e que leva em conta as condições específicas das mulheres e o impacto do seu encarceramento nas pessoas que delas dependem.

- C. *Argentina*. Em 2008, a Argentina aprovou a Lei 26.742, com a qual é permitida a concessão de prisão domiciliar para mulheres grávidas ou mães de crianças até cinco anos de idade, ou que são responsáveis de uma pessoa com deficiência. Esta Lei baseia-se na impossibilidade de prestar o devido cuidado às mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais, e na importância de preservar a relação mãe-filho. Deve-se notar que é uma reforma que visa eminentemente servir o superior interesse da criança (DI CORLETO; MONCLÚS MASÓ, 2009) e que, de alguma forma, reproduz a ideia das mulheres como cuidadoras; ainda assim, levou a uma redução significativa no número de mulheres privadas de liberdade vivendo na prisão com seus filhos, caindo de 8% em 2008 para 5% em 2015 (MONCLÚS MASÓ, 2017). Ao ampliar as premissas que concedem o direito de prisão domiciliar, os índices de encarceramento das mulheres são impactados positivamente; no entanto, há uma série de obstáculos a serem levados em conta: por exemplo, as mulheres que não têm uma casa ou as estrangeiras têm menos probabilidades de serem beneficiadas por essa disposição legislativa.

CONCLUSÕES

A nível internacional, o número de mulheres privadas de liberdade por crimes relacionados às drogas está aumentando. Isso responde a um aumento no uso de drogas pelas mulheres e ao seu envolvimento em crimes relacionados às drogas desde um contexto de pobreza, desigualdade, discriminação de gênero e violência. Mas também responde ao tipo de ações tomadas pelos Estados: no contexto das drogas, elas favorecem uma abordagem punitiva e o uso excessivo do encarceramento. As consequências são devastadoras para as mulheres e suas famílias, especialmente para suas crianças. A incorporação da perspectiva de gênero nas políticas prisionais, através das Regras de Bangkok, tem contribuído para tornar visível a necessidade de implementar medidas alternativas no caso de mulheres acusadas de delitos menores não violentos, especialmente quando se trata de mulheres que são as principais e únicas cuidadoras dos seus filhos.

As medidas alternativas podem dar melhores resultados em termos de reincidência, além de serem mais baratas que a prisão; da mesma forma, podem ter faces diferentes: reformas legislativas, programas locais ou nacionais, públicos ou (semi) privatizados, focados em crimes, ou momentos processuais, ou de execução diferentes. A aplicação de medidas alternativas ainda é uma jornada cheia de dificuldades: desde a implementação, a falta de monitoramento e avaliação, as barreiras culturais e a falta de recursos suficientes para a implementação eficaz, com

uma abordagem que combine a redução do direito penal e o aumento das políticas de inclusão social. Além disso, as medidas alternativas não são uma panaceia, porque não necessariamente contribuem para a redução da população carcerária. Além do mais, a existência de medidas alternativas na lei não implica sua implementação *de facto*; para finalizar, algumas medidas alternativas, tais como a prisão domiciliar, por exemplo, devem ser estudadas para determinar suas vantagens e limitações na prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAPARRO, S.; PÉREZ CORREA, C.; YOUNGERS, C. (2017). **Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina**. Ciudad de México: CEDD.

DI CORLETO, J.; MONCLÚS MASÓ, M. (2009). El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años. ANITUA, I., y TEDESCO, I. (comp). (2009). **La Cultura Penal**. Homenaje a Edmundo S. Hendler. Buenos Aires: Editores del Puerto.

GIACOMELLO, C. (2017). Women and Drug Policies in Latin America: A Critical Review of the United Nations Resolution "Mainstreaming a Gender Perspective in Drug-Related Policies and Programmes". **The Howard Journal**, vol. 56, nº 3, pp. 288-308.

GIACOMELLO, C. (2013). **Género, drogas y prisión**. Experiencias de mujeres privadas de su libertad en México. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.

GIACOMELLO, C.; BLAS, I.; ERREGUERENA, I. (2017). **Políticas de drogas, género y encarcelamiento en México**: Una guía para políticas públicas incluyentes. Disponible en: <http://equis.org.mx/politicas-de-drogas-genero-y-encarcelamiento-en-mexico-una-guia-para-politicas-publicas-incluyentes>.

MONCLÚS MASÓ, M. (2017). El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as. DI CORLETO, J. (comp). (2017). **Género y justicia penal**. Buenos Aires: Ediciones Didot.

PIERIS, N. (2017). **La reducción del encarcelamiento de mujeres a través de reformas a la legislación sobre drogas en Costa Rica**. Disponible en: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2017/05/DONE-2-Costa-Rica-77bis_SPA_FINAL-.pdf.

SAAVEDRA, E.; LAPPADO, P.; BANGO, M.; MELLO, F. (2013). **Invisibles: ¿hasta cuándo?** Una primera aproximación a la vida y derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y el Caribe. Estudio de caso: Brasil, República Dominicana, Nicaragua y Uruguay. Disponible en: http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/12/Invisibles_hasta_cuando.pdf.

MUJERES, CRIMINALIZACIÓN Y POLÍTICAS DE DROGAS EN AMÉRICA LATINA

CORINA GIACOMELLO*

INTRODUCCIÓN

Gaby es una mujer indígena, originaria de un pueblo de Oaxaca, México, marcado por la pobreza, la ausencia del Estado y el narcotráfico.⁹¹ Desde su niñez se ha visto involucrada en el negocio internacional de las drogas. A los doce años empezó a transportar paquetes de marihuana; fue contratada por un señor del pueblo que le ofreció trabajo, pues Gaby y su familia estaban pasando una situación de pobreza alarmante, ya que el papá, migrado a los Estados Unidos unos años antes, dejó de mandarles dinero.

A los quince años, Gaby se reincorporó a la escuela. Un año después, un hombre de su pueblo la violó. Así, Gaby tuvo a su primera hija. Año después, otra relación llegó a su vida en la forma de un traficante de marihuana mayor que ella. Con él, tuvo otro hijo; el papá del niño se desentendió del embarazo. Gaby fue sola a parir a la clínica y sola enfrentó lo que la esperaba: el hijo nació con parálisis cerebral. Para pagar las visitas médicas y los estudios, Gaby regresó a la única actividad que, en su pueblo indígena de la sierra de Oaxaca, rendía algo de dinero: el negocio de la marihuana.

Gaby fue detenida y condenada a diez años de prisión por transporte de marihuana, la pena mínima, en México, por este delito. Su hijo, Diego, vivió con ella en la cárcel hasta que se presentó un dilema: una institución pública le ofreció proporcionarle a Diego cuidados de salud, entre otros, terapias de rehabilitación. Una opción era que Gaby acompañara a su hijo a la terapia y, terminado, volviera con él a la cárcel, para así poder seguir viviendo juntos. Sin embargo, el juez le negó esta oportunidad, con el argumento de que el delito es federal y, por lo tanto, no admite alternativas, ni siquiera temporales o por razones humanitarias, a la prisión. Asimismo, narra Gaby, el juez no omitió “argumentos” de tipo moral y discriminatorio, aludiendo que “el delito es el delito y los hijos son los hijos” y que Gaby debió pensar en las consecuencias de sus actos.

Gaby tuvo que tomar la decisión de sacar a su hijo de la cárcel, causando un dolor irreparable para ella y para él. Esto para que él tuviera acceso a los cuidados médicos necesarios.

91 *Versão original em espanhol. Entrevistamos a Gaby en julio de 2016, en el marco de un proyecto de elaboración de documentales de EQUIS Justicia para las Mujeres, Washington Office on Latin America (WOLA) y la productora mexicana Scopio.

EL CONTEXTO

Vivencias como las de Diego y Gaby pululan en las cárceles de México y en las de América Latina y el Caribe. Las mujeres se involucran como sujetos desechables del tráfico, ocupando los eslabones más bajos de la cadena delictiva, cometiendo, principalmente, delitos de drogas menores no violentos, en el marco de relaciones de género asimétricas y en el cumplimiento del rol social y cultural de madres principales o únicas cuidadoras (Giacomello, 2017).

Sus cuerpos están cruzados por distintos ejes que, en un intersticio aparentemente circunscrito, reflejan las contradicciones y las violencias de nuestra sociedad:

- A. *La violencia contra las niñas y las mujeres es una realidad y la respuesta predominante es la impunidad, por un lado, y la normalización social y cultural, por el otro. En las historias de vida de las mujeres privadas de la libertad, la violencia es una constante desde la infancia y se da en el seno de la familia, en las relaciones afectivas y de cuidado y confianza, para repetirse, luego, en la pareja. Es también violencia de Estado, ya que, en el ámbito de la detención, son víctimas de tortura, incluyendo tortura sexual (Giacomello et al., 2017).*
 - B. *Las políticas de drogas en la región siguen siendo marcadas por tendencias punitivas. La persecución de delitos contra la salud se caracteriza por el uso de la prisión preventiva, penas desproporcionales y el uso, en algunos casos, de prisiones alejadas del domicilio de origen de las personas privadas de la libertad (Chaparro et al., 2017). Los costos para las personas privadas de la libertad son enormes y sobre todo para las mujeres.*
 - C. *La fuerza punitiva del Estado recae sobre ellas, desde las detenciones con violencia, juicios de dudosa legalidad y penas desproporcionales en centros de reinserción en condiciones violatorias de derechos humanos.*
 - D. *Las condiciones penitenciarias de las cárceles de la región están marcadas, en términos generales, por hacinamiento, violencia, falta de separación entre procesados y sentenciados, carencias en el ámbito médico, educativo y de acceso al trabajo, malos tratos que se extienden a las personas que van de visita, tortura y uso excesivo de medicamentos controlados.*
- En el caso de las mujeres, las situaciones se agravan ya que, al existir pocos centros femeniles, o bien se encuentran alojadas en módulos o secciones de cárceles de hombres, o en centros femeniles que las aleja de su domicilio y, así, de sus afectos.
- E. *Las niñas y niños, hijas e hijos de las personas privadas de la libertad, sufren los impactos del encarcelamiento, a partir de la experiencia, a menudo traumática y violencia, de la detención, a todo lo que implica tener a un referente significativo encarcelado: separación de la familia, estigma, empobrecimiento, reducción de actividades de ocio, angustia, el contacto con la cárcel, la incursión en el trabajo infantil, son algunos de los múltiples efectos del encarcelamiento sobre una población invisibilizada y que no suele ser atendida por el Estado (Saavedra et al., 2013).*

- F. *Las mujeres encarceladas por delitos de drogas y sus familias, sufren, por lo tanto, una*

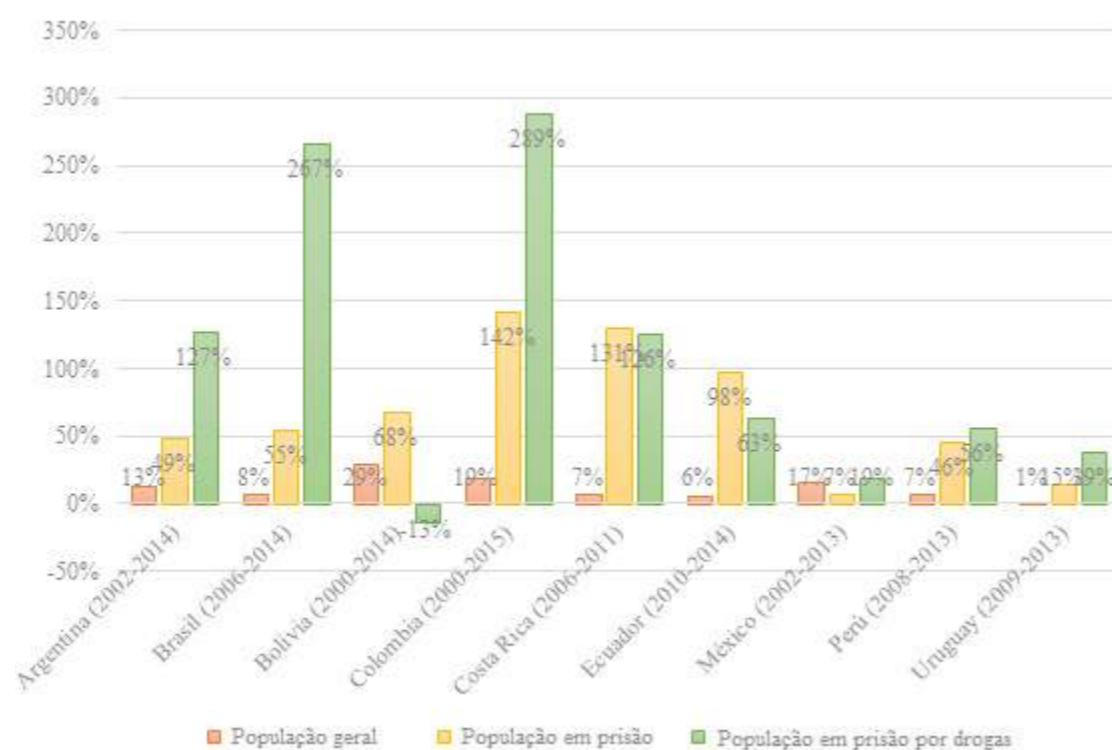
triple condena (Giacomello, 2013): una asociada a la criminalización de los delitos de drogas mediante el uso desproporcional del derecho penal; otra vinculada, como se deriva del testimonio de Gaby, de la penalización moral, inducida por la reproducción y normalización de patrones machistas en la procuración e impartición de justicia.

A continuación, antes de explorar algunos contextos de reforma, se muestran datos que dan cuenta del aumento de la población privada de la libertad por delitos de drogas y su impacto en las mujeres y en la infancia.

ALGUNOS DATOS

Grafico 1.

Variación porcentual de la población general, población en prisión y población en prisión por delitos de drogas



Fuente: Chaparro et al., Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina, Ciudad de México, CEDD, 2017.

Como se muestra en esta gráfica, en la mayoría de los países de la región, el número de personas privadas de la libertad por delitos de drogas ha crecido más que la población en general y que la población privada de la libertad por cualquier delito.

En la siguiente tabla se muestra información sobre mujeres en prisión por delitos de drogas.

Tabla 1.

Mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas⁹²

PAÍS	Mujeres privadas de la libertad			Mujeres privadas de la libertad por delitos de drogas		
	Población total	Sentenciadas	Procesadas	Población total	Sentenciadas	Procesadas
ARGENTINA (2015)	100% 2,963	48.6% 1,440	51.4% 1,523	36.9% 1,093	11.4% 339	25.5% 754
BRASIL (2014)	100% 37,380	69.9% 26,111	30.1% 11,269	63% 23,549	44% 16,461	19% 7,088
CHILE (2018)	100% 3,506	54.6% 1,914	45.4% 1,592	45% 1,578	24.6% 862	20.4% 716
COLOMBIA (2018)	100% 7,659	66.7% 5,110	32.9% 2,516	28.7% 2,201	19.7% 1,506	9% 695
MÉXICO (2016)	100% 10,718	57.7% 6,179	41.9% 4,495	14.1% 1,513	7.7% 828	6.4% 685
PANAMA (2018)	100% 870	44.5% 387	55.5% 483	70% 609	31.1% 271	38.9% 338
URUGUAY (2017)	100% 594	30.6% 182	69.4% 412	37.3% 222	11.4% 68	25.9% 154

Como muestran los datos, los delitos de drogas constituyen en muchos países la primera causa de encarcelamiento de mujeres.

De esta breve descripción cuantitativa y cualitativa, no cabe duda que el encarcelamiento derivado de las políticas de drogas, no solamente no sirve para frenar los flujos internacionales del tráfico y el aumento del consumo, sino que afecta a las poblaciones más pobres y marginadas y pone en riesgo el desarrollo de la niñez.

OPCIONES DE REFORMA

En los últimos años, el tema de las mujeres en prisión por delitos de drogas ha cobrado visibilidad, lo cual ha dado pie a iniciativas de reforma en materia penitenciaria y relacionada con políticas de drogas, desde una perspectiva de género. A continuación, se resumen algunos ejemplos.

⁹² Los datos presentados fueron recopilados en el marco del proyecto "Niñas y niños con madres y padres encarcelados por delitos de drogas no violentos en América Latina y el Caribe. *Las víctimas invisibles de la guerra contra las drogas y del encarcelamiento masivo*". Inédito, coordinado por Church World Service y Gurises Unidos y financiado por Open Society Foundations.

A. *Las Reglas de Bangkok.* Las Reglas de Bangkok fueron aprobadas en 2010 y aunque no constituyen un documento vinculante para los Estados, cuentan con un amplio consenso internacional. Las Reglas de Bangkok complementan, mas no sustituyen las Reglas Mandela, sobre población penitenciaria en general, y las Reglas de Tokio, sobre medidas alternativas. Se dirigen a niñas y mujeres privadas de la libertad, y procuran atender el creciente encarcelamiento de mujeres, con perspectiva de género. Parten del reconocimiento de que las mujeres privadas de la libertad son principalmente acusadas de delitos no violentos, con una historia de vida marcada por la violencia y, además, son las principales o únicas responsables de sus hijas e hijos. En este sentido, son consideradas, en su mayoría, como personas que no representan un riesgo para la sociedad. A lo largo del texto se insiste en la importancia de tomar en cuenta la historia de violencia y las responsabilidades de cuidado de las mujeres en prisión, puesto que éstas influyen en su involucramiento en hechos delictivos y en las consecuencias de su encarcelamiento. Asimismo, se aboga por condiciones de reclusión que tomen en cuenta sus necesidades específicas, principalmente desde el punto de vista de los derechos sexuales y reproductivos, los lazos con la comunidad, la salud y las responsabilidades como madres. También se recomienda el uso de medidas no privativas de la libertad cuando se trate de delitos menores no violentos, particularmente si se trata de mujeres embarazadas o madres.

B. *Costa Rica.* En 2013 Costa Rica aprobó una reforma a la “Ley sobre Estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales, y financiamiento al terrorismo”, introduciendo el artículo 77 bis, que prevé una reducción de penas para mujeres en condición de vulnerabilidad, acusadas de introducir drogas a centros de reclusión. El texto del artículo dice textualmente:

La pena prevista en el artículo anterior será de 3 a 8 años de prisión, cuando una mujer sea autora o participe en la introducción en establecimientos penitenciarios de sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y cumpla una o varias de las siguientes condiciones:

- Se encuentre en condición de pobreza;
- Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad;
- Tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo;
- Sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad (Pieris, 2017: 2).

Antes de esta reforma, todas las personas eran sentenciadas con el mismo artículo, que prevé penas de entre ocho y veinte años por todos los delitos de drogas (excepto la posesión para consumo personal, que no es considerada delito); 66% de las mujeres en prisión estaba acusada de delitos de drogas y en su mayoría compartían el perfil descrito en la primera sección de este capítulo: pobres, con bajos niveles de estudio y madres solteras. Asimismo, en 2014 se constituye la Red Interinstitucional para la Atención Integral de Mujeres Vinculadas a un Proceso Penal y sus Familiares

Dependientes en Situaciones de Vulnerabilidad, que atiende a totalidad de las mujeres que entran en contacto con el sistema de justicia penal y sus familiares. En la Red participan numerosas instituciones públicas (Pieris, 2017 a) que, de manera coordinada, ofrecen un abanico de servicios – educativos, laborales, de salud, psicológicos, etc. – a las mujeres que decidan ser derivadas a la Red, o bien durante el proceso o en fase de ejecución de pena, y que cumplan con una o más condiciones de vulnerabilidad. La Red constituye una experiencia novedosa de enfoque de incorporación social con perspectiva de género que trata de atender las causas sociales del delito y revertir el proceso de exclusión social que acarrea la privación de la libertad. Además, la experiencia de Costa Rica se yergue como un ejemplo de política que parte de lo particular – las mujeres acusadas de introducir drogas a los centros de reclusión – para beneficiar a una población cada vez mayor y que toma en cuenta las condiciones específicas de las mujeres y el impacto de su encarcelamiento sobre las personas que dependen de ellas.

C. *Argentina.* En 2008 se aprobó en Argentina la ley 26.742, con la cual se permite la concesión del arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niñas y niños de hasta cinco años de edad o con una persona con discapacidad a su cargo. Esta ley se fundamenta en la imposibilidad de prestar los debidos cuidados a las mujeres embarazadas en los recintos penitenciarios y en la importancia de preservar el vínculo materno-filial. Cabe señalar que es una reforma que busca atender eminentemente el interés superior del niño (Di Corleto y Monclús Masó, 2009) y que, de alguna manera, reproduce la idea de las mujeres como cuidadoras; aun así, ha conllevado una reducción importante del número de mujeres privadas de la libertad que viven en prisión con sus hijas e hijos, pasando de 8% en 2008 a 5% en 2005 (Monclús Masó, 2017). Al ampliar los supuestos que otorgan el derecho domiciliario, se impacta positivamente en los índices de reclusión de las mujeres; sin embargo, existen una serie de obstáculos que deben tomarse en cuenta: por ejemplo, las mujeres que no cuentan con una vivienda o las extranjeras tienen menos probabilidades de que se les cumpla la disposición legislativa.

CONCLUSIONES

A nivel internacional, el número de mujeres privadas de la libertad por delitos relacionados con las drogas está aumentando. Esto responde a un aumento del uso de drogas por parte de las mujeres y al involucramiento en delitos de drogas a partir de un contexto de pobreza, desigualdad, discriminación de género y violencia. Pero también responde al tipo de acciones tomadas por los Estados: en el contexto de las drogas, éstas privilegian un enfoque punitivo y de uso excesivo de la prisión. Las consecuencias son devastadoras para las mujeres y sus familias, sobre todo sus hijas e hijos. La incorporación de la perspectiva de género en las políticas penitenciarias, a través de las Reglas de Bangkok, ha contribuido a visibilizar la necesidad de implementar medidas alternativas en el caso de mujeres acusadas de delitos menores no violentos, en particular si se trata de mujeres que son principales o únicas cuidadoras de sus hijas e hijos.

Las medidas alternativas pueden dar mejores resultados en términos de reincidencia, además de ser más económicas que la prisión; además, pueden tener rostros distintos: reformas

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E PERFORMATIVIDADE: NOTAS SOBRE ASPECTOS DE GÊNERO NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

RAISSA CARLA BELINTANI DE SOUZA⁹³
ROBERTA OLIVATO CANHEO⁹⁴

legislativas, programas locais o nacionais, públicas o (semi) privatizadas, enfocadas em delitos o momentos procesales o de ejecución distintos. La aplicación de medidas alternativas es todavía un recorrido lleno de dificultades: desde la implementación, la falta de monitoreo y evaluación, las barreras culturales y la falta de recursos suficientes para una implementación efectiva, con un abordaje que conjugue la reducción del derecho penal y el incremento de las políticas de incorporación social. Además, las medidas alternativas no son la panacea, ya que no contribuyen necesariamente a la reducción de la población penitenciaria. Asimismo, la existencia de medidas alternativas en la ley no implica su implementación *de facto*; finalmente, algunas medidas alternativas, como la detención domiciliaria, por ejemplo, deben ser estudiadas más a fondo, para conocer sus ventajas y límites en la práctica

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAPARRO, S. PÉREZ CORREA, C., y YOUNGERS, C. (2017). Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina. Ciudad de México: CEDD.

DI CORLETO, J., y MONCLÚS MASÓ, M. (2009). El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años. En ANITUA, I., y TEDESCO, I. (comp). (2009). La Cultura Penal. Homenaje a Edmundo S. Hendler. Buenos Aires: Editores del Puerto.

GIACOMELLO, C. (2017). Women and Drug Policies in Latin America: A Critical Review of the United Nations Resolution "Mainstreaming a Gender Perspective in Drug-Related Policies and Programmes". *The Howard Journal*, vol. 56, n° 3, 288-308.

GIACOMELLO, C. (2013). Género, drogas y prisión. Experiencias de mujeres privadas de su libertad en México. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.

GIACOMELLO, C., BLAS, I., y ERREGUERENA, I. (2017). Políticas de drogas, género y encarcelamiento en México: Una guía para políticas públicas incluyentes. Disponible en: <http://equis.org.mx/politicas-de-drogas-genero-y-encarcelamiento-en-mexico-una-guia-para-politicas-publicas-incluyentes>.

MONCLÚS MASÓ, M. (2017). El arresto domiciliario como alternativa al encierro carcelario en el caso de mujeres embarazadas o madres de niños/as pequeños/as. En DI CORLETO, J. (comp). (2017). Género y justicia penal. Buenos Aires: Ediciones Didot.

PIERIS, N. (2017). La reducción del encarcelamiento de mujeres a través de reformas a la legislación sobre drogas en Costa Rica. Disponible en: https://www.wola.org/wp-content/uploads/2017/05/DONE-2-Costa-Rica-77bis_SPA_FINAL-.pdf.

SAAVEDRA, E., LAPPADO, P., BANGO, M., y MELLO, F. (2013). Invisibles: ¿hasta cuándo? Una primera aproximación a la vida y derechos de niñas, niños y adolescentes con referentes adultos encarcelados en América Latina y el Caribe. Estudio de caso: Brasil, República Dominicana, Nicaragua y Uruguay. Disponible en: http://www.lasociedadcivil.org/wp-content/uploads/2014/12/Invisibles_hasta_cuando.pdf.

Dia 06 de fevereiro de 2018, 14:40, Fórum Criminal Ministro Mário Guimarães, Barra Funda. Duas pessoas são levadas à audiência de custódia, e assistidas pela Defensoria Pública, conversavam com a pessoa responsável por sua defesa na porta da sala onde se realizaria a audiência, momentos antes desta iniciar.

Estávamos em duas pesquisadoras no fórum aquele dia, conduzindo uma pesquisa realizada pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC). A pesquisa dá continuidade ao projeto "MulhereSemPrisão", que busca compreender quais dinâmicas do sistema de justiça criminal dificultam a aplicação de alternativas à prisão provisória para mulheres, além de aprofundar a compreensão sobre o aprisionamento e a realidade do encarceramento feminino. Nessa etapa, as pesquisadoras do Programa Justiça Sem Muros acompanharam, entre dezembro de 2017 e abril de 2018, audiências de custódia de mais de 200 mulheres nos fóruns criminais da capital de São Paulo e da comarca de Osasco.

Ao observarmos o contato entre as pessoas indiciadas e a defesa, pensamos se tratar de um homem cisgênero⁹⁵ e uma mulher, também cisgênero. Porém, ao nos aproximarmos, percebemos que ambas foram interpeladas por pronomes femininos, Joana e Carina⁹⁶. Joana vestia roupas socialmente atribuídas ao feminino, possuía cabelos longos, era negra. Era companheira de Carina, também negra, cabelos raspados, bigode, e vestia roupas socialmente atribuídas ao masculino.

O casal estava sendo acusado de tráfico, e fora apreendido com uma quantidade pequena de maconha. O juiz, após explicitar a finalidade daquela audiência, iniciou pela qualificação de Joana, perguntando sobre seu endereço de moradia, escolaridade, se era usuária de drogas, se possuía antecedentes criminais, se possuía filhos e de que idade. Por fim, indagou se Joana sofreu

93 Mestranda no Programa de Pós-Graduação "Humanidades, Direitos e Outras Legitimidades" da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (Diversitas/USP). Pesquisadora do Programa "Justiça Sem Muros" do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania.

94 Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Pesquisadora do Programa "Justiça Sem Muros" do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania.

95 Uma pessoa cisgênero é aquela que ao nascimento foi designada com o gênero correspondente com o qual se identifica, e que manteve a referência de si mesma em consonância com essa designação.

96 Nomes fictícios.

alguma violência policial no momento da prisão em flagrante. As mesmas perguntas foram feitas em seguida à Carina, com exceção da existência de filhos. Carina, apesar de socialmente poder ser lida como homem, não foi demandada sobre a possibilidade de possuir um nome social⁹⁷.

O casal relatou durante a audiência uma série de violências perpetradas pelos policiais militares responsáveis pela abordagem e prisão em flagrante. Dentre elas, chutes, socos na cabeça e nas costas, além de revista íntima vexatória para averiguação da posse de drogas.

A manifestação do Ministério Público foi pelo relaxamento da prisão em flagrante. Segundo seu representante, a abordagem policial não estava dentro dos limites legais, havia sido realizada dentro de um veículo e a quantidade de droga encontrada poderia facilmente ser para uso pessoal. A defesa, da mesma forma, requereu o relaxamento da prisão, em concordância com o Ministério Público, acrescentando ainda o elemento da revista íntima vexatória na sustentação do pedido. Todavia, a decisão judicial foi pela liberdade provisória com cautelares de comparecimento periódico, recolhimento domiciliar noturno, proibição de se ausentar da comarca e proibição de acesso a determinados lugares.

Após findada a audiência, analisamos os autos do processo e algumas questões nos chamaram a atenção. Carina, para quem não foi perguntado sobre a existência de filhos, em verdade possuía um, menor de 12 anos. Além disso, no auto de prisão em flagrante, destacava o depoimento policial: "(...) que [Carina], qual aparenta sinais de masculinidade, de imediato informou ser mulher".

A audiência narrada e as informações obtidas pela leitura dos autos possibilitam pensarmos sobre diversas questões, como a dinâmica das audiências de custódia atualmente realizadas em São Paulo. De início, a narrativa da audiência descrita nos permite refletir sobre as circunstâncias de efetivação do flagrante. A despeito de um dos objetivos da implementação das audiências de custódia ser a averiguação da legalidade da prisão⁹⁸, raramente vemos qualquer discussão sobre o que significa o "flagrante formalmente em ordem" - condição suscitada de forma exaustiva nas manifestações dos representantes do Ministério Público e também repetida pelos julgadores no momento de prolação da sentença. No caso de Joana e Carina, apesar de, excepcionalmente, ter sido questionada a legalidade da abordagem policial pelo promotor, o argumento foi desconsiderado pelo juiz no momento de sua decisão.

Nesse âmbito, cabe destaque à maneira como se deu a prisão do casal. Abordadas dentro de um veículo automotor, a droga apreendida teria sido encontrada no interior da vagina de Joana, após revista pessoal de uma agente policial feminina; evidenciando-se, assim, a realização de revista vexatória para encontrá-la. Esse tipo de conduta extrapola a já discricionária previsão do artigo 240, §2º do Código de Processo Penal, segundo a qual poderá ser efetuada

a denominada "busca pessoal" por agentes policiais quando "houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito". Como a praxe demonstra, tais "buscas" costumam ser baseadas em construções sociais estereotipadas e em juízos de valor dos próprios agentes.

Quanto ao elemento de gênero, também prevê o Código de Processo Penal, em seu artigo 249, que a busca pessoal em mulher será feita por outra mulher, "se não importar retardamento ou prejuízo da diligência"; ressalva que muitas vezes fundamenta a realização de revistas por homens, de maneira a potencializar a violência da abordagem. No entanto, ainda que efetuada por outra mulher, como no caso relatado, o excesso na conduta não é necessariamente afastado.

A revista vexatória, apesar de passível de enquadramento no crime de abuso de autoridade, constitui uma das principais formas de violência suportadas por mulheres no momento da abordagem policial. E conforme a tradicional retórica da violência de gênero, acaba sendo relativizada nos discursos dos atores do sistema de justiça criminal e até mesmo pelas vítimas, configurando invisibilidade perpetuada no decorrer do procedimento penal como um todo.

Outro ponto sensível na narrativa da audiência de Carina e Joana relaciona-se à conduta dos atores institucionais na percepção da performance de gênero das custodiadas. Talvez o motivo pelo qual Carina não foi indagada sobre uma eventual maternidade seja por performar atributos socialmente designados ao gênero masculino. De várias maneiras, essa situação ilustra o modo de operacionalização da norma cisgênera, no momento em que concebemos a identidade de gênero como um atributo autoevidente, que pode ser facilmente identificado pelo outro que não a vivencia.

Colocar essa questão percebida no caso de Carina em análise é importante por nos permitir entender os processos pelos quais ela, e qualquer pessoa, passa a existir como alguém generificado. Butler (2016, 2010) afirma a generificação performática do sujeito pelo discurso, pelas enunciações performativas que produzem e fixam os gêneros dos sujeitos, tornando-os inteligíveis enquanto homens ou mulheres, e os colocando assujeitados aos discursos de produção do gênero em seus corpos reiteradamente.

Assim, a norma generifica os sujeitos, sendo a performatividade do discurso - através da repetição de gestos que valida a construção do feminino ou masculino - responsável pela produção do gênero. Dessa forma, o caso de Carina elucida que "assim como as superfícies corporais são impostas como natural, elas podem tornar-se o lugar de uma performance dissonante e desnaturalizada, que revela o status performativo do próprio natural" (BUTLER, 2016, p. 252).

Mas, para além de refletirmos sobre a inteligibilidade de Carina enquanto homem ou enquanto mulher, uma vez que tal designação não nos cabe⁹⁹, é necessário que pensemos criticamente sobre a instrumentalização de questões de gênero por atores da justiça criminal, quando ela reproduz estereótipos e impede a quebra de paradigmas e uma maior abrangência na

97 O nome social é aquele pelo qual pessoas transexuais e travestis se identificam e são identificadas pela sociedade. Em 2004, com o lançamento do "Brasil Sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e Promoção da Cidadania Homossexual", o debate sobre ele se intensificou, sendo seu uso recomendado a partir de então em inúmeros serviços públicos e instituições.

98 As audiências de custódia foram implementadas em São Paulo, a partir do Provimento Conjunto n.03/2015, pela Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>. Último acesso em 08 jul. 2018. No mesmo ano, o Conselho Nacional de Justiça disciplinou o funcionamento das audiências de custódia em todo o país, através da edição da Resolução n 213 de 15/12/2015. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Último acesso em 08 jul. 2018. A medida atende ao disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo artigo 7º afirma que "toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz".

99 Em casos como o aqui relatado, entendemos que o critério utilizado deve ser o da autodeterminação, ou seja, o da identidade determinada pelo próprio sujeito, e não designada por terceiros. Este critério encontra respaldo nos princípios de Yogyakarta, convenção internacional da qual o Brasil é signatário e que se debruça sobre a aplicação da legislação internacional de Direitos Humanos relativos à orientação sexual e identidade de gênero.

aplicação de institutos jurídicos.

Retomando a questão da não pergunta sobre a existência de filhos, podemos refletir, por exemplo, sobre a aplicabilidade do Marco Legal da Primeira Infância ao caso, com a consequente possibilidade de conversão de uma eventual prisão preventiva em domiciliar enquanto medida restrita a quem performa o lugar socialmente atribuído à mulher. Pode-se, nesse sentido, atribuir ao instituto jurídico da prisão domiciliar, como hoje aplicado, o “rótulo” de medida adequada a mulheres socialmente entendidas dessa maneira, sendo caracterizador de sua feminização. Assim, uma quebra de paradigmas poderia ser a maior valorização da condição de cuidadores de crianças, independentemente do gênero, no momento da conversão da prisão em domiciliar.

A consideração do cuidado como determinante à prisão domiciliar ganhou destaque na histórica decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Habeas Corpus coletivo nº 143.641/SP. Ao ser concedida a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar “de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes **sob sua guarda**” (grifos nossos), o STF garantiu a todas as mulheres que exerçam o cuidado de seus filhos o já previsto direito de cumprir sua pena em regime domiciliar.

Ademais, o próprio Código de Processo Penal, nos incisos III e VI de seu artigo 318, também dispõe, respectivamente, sobre a possibilidade de concessão da prisão domiciliar a qualquer pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência, ou a homens que sejam os únicos responsáveis pelos cuidados de filho de até doze anos incompletos.

Vê-se, assim, que em momento algum as pessoas transexuais, sejam homens ou mulheres, foram excluídas das previsões legais ou jurisprudenciais, sendo a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a elas igualmente possível. Contudo, não é o que se observa na prática forense. Há casos, a exemplo do relatado no presente artigo, em que se torna evidente a constatação de como o controle dos elementos de gênero pelos atores institucionais influencia, de maneira ainda mais perversa, as decisões tomadas sobre as vidas de pessoas que, na visão desses terceiros, performam seus corpos de maneira contrária ao por eles considerado “natural”.

Além disso, a narrativa apresentada também nos permite refletir sobre a expansão da malha punitiva por meio da massiva aplicação de medidas cautelares, inclusive com a arbitrária criação de algumas. Muitas vezes lidas como benesses, as medidas cautelares podem ter impactos profundos na vida das pessoas indiciadas. A título exemplificativo, o recolhimento domiciliar noturno, além de reforçar a caracterização da mulher como restrita à clausura do lar, ainda pode significar a impossibilidade de agenciamentos para mulheres que sofrem violência doméstica - quando, por exemplo, elas se ausentam do lar em horários nos quais sabem estar mais suscetíveis à violência dos companheiros.

Por fim, a criação de medidas cautelares diversas daquelas previstas em lei é um fenômeno que, igualmente, merece destaque. No caso analisado, as medidas cautelares cumuladas à decisão de liberdade provisória das custodiadas não extrapolaram o rol do artigo 319 do Código de Processo Penal. Contudo, em diversos outros casos observados durante a condução da pesquisa, condutas bastante específicas, como a comprovação de acompanhamento pré-natal, foram cumuladas às decisões por liberdade provisória em caráter cautelar. Até mesmo o comparecimento a todos os atos do processo e a obrigatoriedade de informação sobre

eventuais mudanças de endereço, que seriam condições ao bom andamento procedimental, ganham natureza de medidas cautelares no discurso dos atores institucionais.

A exposição realizada no presente artigo nos conduz à conclusão de que, mesmo a análise de um único caso já é suficiente para evidenciar como as diversas normas de gênero operam no fortalecimento das estruturas regentes do sistema de justiça criminal, que atuam de forma ainda mais estigmatizante diante de pessoas consideradas desvirtuantes da normatividade cisgênera.

Partindo da violência enfrentada no momento do alegado flagrante, que na realidade feminina também costuma ser agravada pela revista vexatória e pelo consequente abuso sexual, a invisibilização se perpetua na lavratura do boletim de ocorrência, na formalização dos autos, na condução da audiência de custódia e em todas as demais instâncias decisórias do sistema. No mais, questões essenciais à identidade de pessoas transexuais, como o nome social, são sistematicamente desrespeitadas, e elementos como a existência de filhos são muitas vezes desconsiderados. A regra, então, é a absoluta invisibilização da subjetividade de pessoas a quem, durante toda a sua trajetória, foi negada a liberdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUTLER, J. **Corpos que pesam**: Sobre os limites discursivos do “sexo”. In: LOURO, G. L. (Org.). **O corpo educado**: Pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

_____. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CEDECA INTERLAGOS. “Enquadradas: a violência de gênero nas abordagens policiais”. **CEDECA Interlagos**. Publicado em 02 nov. 2017. Disponível em: <http://cedecainter.org.br/2017/11/02/enquadradas-a-violencia-de-genero-nas-abordagens-policiais/>. Acesso em 09/07/2018.

NORMATIVAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 213**, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em 08/07/2018.

PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA. **Provimento conjunto Nº 03/2015**: Dispõe sobre a apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>. Acesso em 08/07/2018.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. 2006. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 05/07/2018.

GARANTIR A LIBERDADE DAS MULHERES, ENVOLVE AS MULHERES NEGRAS E PERIFÉRICAS?

LORRAINE CARVALHO SILVA¹⁰⁰

O Levantamento mais recente sobre a população carcerária feminina é de junho de 2016 e aponta um total de 42.355 mulheres em privação de liberdade com um déficit de 15.326 vagas e uma taxa de aprisionamento de 40,6 a cada grupo de 100 mil mulheres. O Brasil, portanto, possui a quarta maior população carcerária feminina do mundo e a terceira maior taxa de encarceramento em um sistema penitenciário com superlotação, sendo esta mais uma violência do cárcere.

De 2000 a 2016, a população de mulheres em privação de liberdade aumentou em torno de 680% e em junho de 2016, 45% das mulheres cumpriam prisão provisória, ou seja, não haviam sido julgadas ainda, mas já se encontravam encarceradas. O aumento exponencial de mulheres no sistema penitenciário, ao senso comum, indica um maior cometimento de crimes, contudo, pela análise dos motivos do aprisionamento e as construções históricas dos processos de criminalização, é possível compreender que a prisão não está, necessariamente, relacionada à prática de crimes.

A estrutura socioeconômica do Brasil se constitui por opressões sistêmicas que hierarquizam a sociedade, impondo realidades diversas a determinados grupos sociais. Neste contexto, quando se fala em prisão, não só o cárcere representa a privação de liberdade, mas é um dos exemplos do poder de punição do Estado.

Instituída em 2015 pela Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia é a oportunidade de a pessoa acusada exercer seu direito à autodefesa, pois poderá contar a versão dos fatos não registrados no auto de prisão em flagrante. Contudo, esse direito só será plenamente exercido se a defesa construir essa visibilidade, impedindo que a audiência de custódia se torne um interrogatório, repleto de pré-julgamentos sobre o imaginário que se tem daquela pessoa presa. Pensar na audiência de custódia como um momento de sensibilização de juízas/juízes é, portanto, mais uma forma de invisibilizar a pessoa presa.

O Judiciário, em audiência de custódia, decide se a prisão em flagrante, realizada pela

autoridade policial, será validada ou não. Sendo lícita, qual medida judicial será aplicada contra a pessoa presa: prisão preventiva, medidas em meio aberto ou concessão de liberdade provisória. Contudo, o magistrado constituído pela branquitude e pelo seu ideal de neutralidade, observa a pessoa presa, majoritariamente negra e periférica, como alguém que para sair da imagem do perigoso, da ameaça a uma “ordem pública”, deve comprovar um comportamento aceito por essa hierarquia dominante.

Neste ambiente, a defesa ativa da advogada(o) se torna essencial, pois deve assegurar que a audiência de custódia esteja voltada à pessoa acusada para que tenha voz, evitando que decisões judiciais sejam tomadas de maneira universal, sem observar as especificidades de cada pessoa que enfrenta uma audiência de custódia.

62% da população prisional feminina é negra, e ainda que seja de conhecimento amplo que não só as mulheres negras estão em maior número no cárcere, como também homens negros, há muito a se refletir e discutir sobre o que o encarceramento da população negra significa, em especial, em discussões com recortes de gênero e raça, pois se mulheres negras estão, majoritariamente, sendo encarceradas em massa hoje, não é de hoje que estas mulheres enfrentam o poder punitivo do Estado. Historicamente, são mulheres negras que estão na base da hierarquia social, que enfrentam longas jornadas de trabalho, quando inseridas no mercado formal são as que recebem os menores salários, mas as que, majoritariamente, são mães solas e única fonte de renda da família, além disso, predominam enquanto residentes em locais periféricos.

É um dos pontos relevantes à compreensão do encarceramento é a constante presença militarizada das autoridades policiais em territórios periféricos. Conforme a classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, periferias são “aglomerados subnormais”, partindo de uma nomenclatura oficial que elege as periferias como territórios anormais, naturalizar a presença militarizada da polícia não é tarefa difícil.

Não só por políticas de segurança pública como as unidades pacificadoras ou as intervenções militares no Rio de Janeiro, mas, historicamente, a relação entre população negra e polícia ocorre pela constante incursão do braço armado do Estado nas periferias. No final do século XIX e início do século XX, de acordo com Wlamyra Albuquerque (2009), com a conquista da abolição do período escravocrata, logo as comemorações dos “recém-libertos” foram associadas à vadiagem e celebrações com tambores e rodas de samba relacionadas a rebeliões e levantes, justificando-se, assim, as queixas às autoridades policiais para intervenção e repressão nesses espaços de reunião. O desrespeito à moral era um registro constante nos relatórios das delegacias e a associação dos “libertos” a comportamentos “inadequados” e manifestações de “perigo à ordem pública” tinham como objetivo disseminar que os negros eram predispostos à “subversão”, passando o controle e a vigilância desses corpos do “senhor” ao Estado e seu braço armado.

Não à toa, o Código Criminal de 1890, dois anos após a promulgação da Lei da abolição de 1888, criminaliza condutas como vadiagem, capoeiragem, mendicância, criminalizações que previam como condutas ilícitas comportamentos associados à população negra no contexto de construção da periculosidade negra. A vadiagem, por exemplo, estava prevista no artigo 399 “deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes” e continuava

100 Pós-graduanda do Social Innovation Management pelo Amani Institute; Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (2018); Pós-graduanda em Direitos Fundamentais pela parceria IBCCRIM/Universidade de Coimbra (2018); Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2015). Advogada. Advogada voluntária do projeto audiência de custódia do Instituto Pro Bono. Assistente de atuação política do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

afirmando que a pessoa condenada deveria também assinar um termo se comprometendo a encontrar uma ocupação em 15 dias, se este termo fosse descumprido, a pessoa condenada será recolhida à prisão novamente por uma pena de 1 a 3 anos.

Ressalta-se que o período pós-abolição envolve diversas políticas de favorecimento a imigrantes europeus, as quais foram um dos pilares das políticas de embranquecimento no início do século XX. Pensando que o Estado destinava às forças policiais a resolução de conflitos criados pelo medo da branquitude sobre as comemorações e manifestações da população negra e restringia o acesso dessa mesma população a bens e serviços públicos ao mesmo tempo em que facilitava a vinda e a permanência de imigrantes europeus ao Brasil, criminalizar a “vadiagem” foi uma ferramenta de justificativa ao poder punitivo do Estado utilizado contra pessoas negras.

A invisibilidade da população negra ao acesso de bens e serviços públicos de qualidade e sua hipervisibilidade ao poder punitivo e de vigilância do Estado evidencia que o sistema de justiça e, portanto, o poder judiciário foi construído sobre as bases do racismo. Então, falar sobre territorialidade e como as periferias são retratadas, falar sobre a violência constante das autoridades policiais nesses territórios, as políticas de segurança pública de um estado penal inserido em um estado dito democrático e as formas de aprisionamento para além do cárcere são fundamentais ao entendimento de que o sistema de justiça criminal não foi forjado para resolução de conflitos sociais.

Os processos de criminalização não surgiram com a “guerra às drogas”, ao contrário, a “guerra às drogas” é, hoje, um desses processos, que tampouco se limita ao encarceramento, mas motiva, atualmente, a vigilância armada nas periferias, a exploração midiática de reforço da “periculosidade negra”, a manutenção do racismo como estrutural e estruturante nas relações sociais no país, como um dia foi a vadiagem, por exemplo.

O “combate às drogas”, portanto, não se limita à criminalização de substâncias entorpecentes, mas se coloca como política estatal de controle, a partir da determinação de que algumas drogas serão proibidas, ao permitir que alguns corpos serão estigmatizados como “traficantes” ou que certas drogas são mais reprováveis que outras, como é o imaginário social sobre o crack, quando passa a ser justificativa para o extermínio da juventude negra, ao autorizar a violência policial. Logo, o encarceramento em massa é um dos resultados que se vê dessa construção de periculosidade.

Crimes relacionados ao tráfico de drogas representam 62% das acusações contra as mulheres. Conclui-se que a maior parte das acusações em audiência de custódia envolve a Lei de Drogas e, neste cenário de construção histórica racial, pergunto: será que os termos técnicos reforçam essas associações criminalizantes contra mulheres negras?

Conhecendo o contexto histórico do Brasil e entendendo que o regular funcionamento do sistema de justiça criminal não resolve conflitos sociais, é possível afirmar que os processos de criminalização contra a população negra afetam em intensidade as mulheres negras e as readaptações dessas ferramentas históricas de controle estão representadas pelo aumento em mais de 680% o encarceramento de mulheres.

O artigo 312, do Código de Processo Penal dispõe que a prisão preventiva será decretada

se em “garantia da ordem pública” como um de seus requisitos e a fim de se demonstrar a inexistência de perigo à tal ordem pública, a defesa costuma se apoiar na existência de “residência fixa” e exercício de “atividade lícita” enquanto comprovação da conformidade da pessoa acusada na sociedade, resquícios de uma criminalização de 1890. E não só, é a reafirmação de que aquela pessoa - majoritariamente uma pessoa negra - pode, dessa vez, ser considerada “não-perigosa” por se enquadrar no comportamento adequado de moralidade.

As mulheres negras, no entanto, pela interseccionalidade de gênero e raça, ao serem impostas àquele local de acusada nas audiências de custódia, não se enquadram nem ao imaginário social de comportamento adequado, tampouco de feminilidade. O estereótipo da “negra forte” como brava e raivosa assume dois papéis, portanto, de periculosidade desse corpo contra a sociedade e de propensão à “criminalidade”. Percebe-se que nenhum dos argumentos, residência fixa e trabalho lícito, buscam contrapor a prática considerada criminosa ou apresentam especificidades sobre aquela pessoa acusada, pois o sistema de justiça criminal permanece atrelado à figura da “personalidade criminosa” da população negra e a defesa acaba por reproduzir a comprovação de que aquela mulher negra, acusada por tráfico de drogas não é o vadio do século XIX.

Idealizar que a dinâmica da audiência de custódia iria alterar processos históricos de construção de uma criminalidade negra não é o propósito do texto, ainda que muito tenha se afirmado que as audiências de custódia sensibilizariam os julgadores e julgadoras ao verem a pessoa presa, muitas vezes machucada por ter sofrido violência policial e que isso refletiria em menos prisão. Contudo, ainda me questiono se esse argumento de sensibilidade pode ser universalizado de modo a alterar a imagem de um corpo negro, periférico marcado pela vulnerabilidade do racismo, classismo e às mulheres negras, do patriarcalismo. E, ainda, uma defesa que se foca na juíza(juiz), consegue dar voz àquela mulher negra algemada na sala da audiência?

A prisão é um instituto mais abrangente que o cárcere. O papel da defesa, ao entender essa relação, é justamente evitar a perpetuação de tratamento universal à pessoa acusada, que tem um perfil determinado e uma relação histórica com processos de criminalização. A coletividade que assimila o racismo, o patriarcalismo e o classismo contra mulheres negras não apaga a individualidade dessas mulheres e a defesa, no exercício de construir conjuntamente as estratégias argumentativas contra a decretação de uma prisão preventiva, deve também articular sobre as especificidades dessas opressões e entender que as mulheres negras, no todo a população negra, não é livre nem em liberdade.

Compreender todas essas conjunturas deve influenciar, portanto, quando se sustenta a aplicação de uma prisão domiciliar, cujo nome já expõe a condição de prisão, assim como de medidas alternativas, as quais além de serem pensadas em conformidade com as necessidades de cada pessoa presa, devem ser também compreendidas em seus efeitos sob determinados grupos sociais. A afirmação de que a mulher negra sofre opressões interseccionais evidencia que medidas universais anti-cárcere não significam, necessariamente, uma situação de não prisão.

A prisão domiciliar para mulher negra e periférica pode se tornar mais uma vulnerabilidade a favor da punição por parte do Estado. Seu corpo e o território de sua residência são alvos históricos de opressão; majoritariamente, exercem trabalhos informais e são a única fonte de renda dos filhos e da família. Uma prisão domiciliar pode significar uma medida longe do cárcere, mas não de uma prisão e isso deve ser de constante atenção a uma defesa ativa.

MULHERES E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: A LIBERDADE NÃO SE PERDE APENAS ATRÁS DAS GRADES

RAQUEL DA CRUZ LIMA¹⁰¹

Medidas alternativas à prisão também estão distantes de significar o afastamento da prisão à população negra. Restou demonstrado que a população negra e periférica não está em liberdade, mas em permanente vigilância pela presença militarizada do braço armado do Estado, contudo esta situação se torna ainda mais vulnerável quando se tem restrições penais a serem seguidas e cumpridas. Qual o significado de uma tornozeleira eletrônica em uma mulher negra moradora de periferia, se não o estigma de “criminosa” ou a impossibilidade de cumprir o “recolhimento noturno” quando se trabalha como empregada doméstica que dorme no serviço.

Quando se afirma a universalidade das decisões judiciais, é também um olhar sobre a postura da defesa em focar sobre contrapor argumentos contra a prisão preventiva e esquecer que prisão para mulheres negras não se limita ao cárcere, mas engloba todas as políticas de controle do corpo negro e periférico. Fatores que exigem também da defesa uma construção conjunta quanto às especificidades daquela pessoa acusada, no momento da audiência de custódia.

O papel da defesa é refletir sobre a individualização enquanto pedido, após a entrevista pessoal para construir conjuntamente a defesa e envolver a pessoa presa no processo que a ela diz respeito. Sabe-se que o processo não será exclusivamente voltado à acusação, mas ao que aquele corpo representa no imaginário social.

Enquanto coletividade, entender a estrutura histórica e social do Brasil é essencial para análise dos processos de criminalização. A acusação é traduzida pelo artigo 33, da Lei 11.343 de 2006, todavia, há estruturantes de opressão interseccional e histórica de exclusão envolvendo os quatorze verbos deste tipo penal e, mais profundamente, o funcionamento do sistema de justiça. De dentro dessa engrenagem, omitir-se e ser condescendente a essa reprodução não constitui uma defesa ativa, ampla e anti-discriminatória, como deve ser a atuação dos que buscam reduzir danos.

As audiências de custódia começaram a ser realizadas no Brasil em 2015 como uma inovação institucional que buscava avançar na compatibilização entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, e reduzir a quantidade de presos provisórios. A principal referência para a sua criação foi a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), ratificada pelo Brasil em 1992 e que prevê que toda pessoa detida deve ser levada sem demora a um juiz (artigo 7.5). Em duas decisões, o Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de demonstrar a importância da CADH na fundamentação legal das audiências de custódia: na Ação Direta de Inconstitucionalidade que questionou o provimento autorizando as audiências de custódia em São Paulo e na medida cautelar da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário e ordenou a realização das audiências de custódia em todo o país¹⁰².

Em entrevista, o juiz-corregedor à época da implantação das audiências de custódia em São Paulo também destacou que as audiências de custódia advêm do texto da Convenção Americana:

Então foram elaborados também provimentos conjuntos da Corregedoria e da Presidência, justamente para verificar como a gente iria fazer isso aqui na capital. E por que foi necessário nascer o provimento? Porque não há nenhuma lei, não há nenhuma lei ordinária disciplinando essa matéria. **Se fez a absorção imediata das linhas do Pacto de San Jose da Costa Rica para poder aplicar** [grifo nosso].¹⁰³

Sendo a base normativa das audiências de custódia a CADH, deve-se encarar esse instituto em conformidade com o entendimento dos órgãos responsáveis pela sua interpretação – a Corte Interamericana e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos –, que associam as audiências de custódia à excepcionalidade da prisão preventiva e ao direito à presunção de inocência¹⁰⁴. Para a Corte, a aplicação da prisão preventiva deve respeitar os princípios da legalidade, da

101 Doutoranda e mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo e coordenou as pesquisas MulheresSem-Prisão e Fora de foco, ambas do Instituto Terra Trabalho e CidadaniaOtáv

102 FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? Revista Justiça Do Direito (UPF), v. 31, 2017, pp. 283-284.

103 Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais - Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra. Brasília: 2018, p. 104.

104 Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” Vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, par. 228.

presunção de inocência, da razoabilidade, da necessidade e da proporcionalidade, e só pode ser admitida diante de **dois fins legítimos**: i) evitar o risco de a pessoa imputada de se evadir à ação da justiça ii) evitar que se obstrua o desenvolvimento normal das investigações e do processo¹⁰⁵. A limitação ao uso da prisão preventiva considera ainda que toda privação de liberdade, mesmo que justificada, traz o risco de interferir diretamente na dignidade humana, já que restringe em grande medida a autonomia individual e coloca a pessoa presa em uma situação de impotência¹⁰⁶.

Para a Comissão Interamericana, o encarceramento de mulheres tem uma dimensão própria, dadas as violações particulares decorrentes da condição de gênero, e exige que os Estados adotem todas as medidas necessárias para que os direitos das mulheres sejam efetivamente respeitados¹⁰⁷. Essa orientação está alinhada às Regras de Bangkok, que determinam que se deve priorizar a aplicação de medidas não privativas de liberdade às mulheres em contato com a justiça criminal¹⁰⁸. Para isso, a avaliação da situação pré-processual das mulheres deve incluir a perspectiva de gênero em todas as dimensões, além de considerar outras vulnerabilidades, como ser mulher idosa ou com deficiência¹⁰⁹.

A normativa internacional e sua interpretação pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos deixam inequívoco o caráter de redução do encarceramento provisório que as audiências de custódia devem ter. Exatamente por isso muitos monitoramentos sobre os impactos das audiências de custódia até agora têm problematizado a ausência de redução na população de presos provisórios. Pesquisa feita pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública registrou no período de sete meses um crescimento significativo no número de presos provisórios em todo o país, que passou de 37,6% da população carcerária em dezembro de 2015 para 40% em junho de 2016¹¹⁰. Dos seis estados pesquisados, em todos eles houve crescimento do percentual de presos provisórios no período de dezembro de 2015 a junho de 2016, colocando em questão a efetividade das audiências de custódia para o objetivo de redução do encarceramento¹¹¹.

Infelizmente são poucos os estudos que adotam o recorte de gênero para avaliar o resultado das audiências de custódia. Todavia, minha experiência de observação de audiências no Fórum Criminal da Barra Funda, em São Paulo, entre outubro e novembro de 2017, e a pesquisa da Defensoria Pública do Rio de Janeiro sugerem que as mulheres têm ficado em prisão preventiva menos do que os homens¹¹². No entanto, ainda que seja possível generalizar

esse dado para todo o Brasil, ele não é suficiente para afirmar que as audiências de custódia têm reduzido as desigualdades a que as mulheres estão sujeitas. Para essa análise, é preciso superar o binômio prisão ou liberdade.

Em primeiro lugar, tem sido observado o uso excessivo de medidas cautelares alternativas à prisão. Na pesquisa realizada pelo IDDD, constatou-se que nas audiências que resultaram em liberdade a maioria impôs medidas cautelares, sendo que no Ceará houve apenas um caso de liberdade irrestrita e nenhum caso sem aplicação de cautelares no Distrito Federal e em Pernambuco¹¹³. No Rio de Janeiro, pesquisa do Cesec identificou apenas 1,3% de casos em que houve liberdade provisória sem cautelares¹¹⁴. Além disso, em todos os estados estudados pelo IDDD, o número de cautelares superou o total de casos, indicando que sempre que se concede cautelar a alguém, mais de uma medida é aplicada. Em Pernambuco, a média foi da aplicação de mais de três cautelares por caso. Adicionalmente à cumulação de medidas, outro cenário desperta preocupação quanto à legalidade: a aplicação de medidas não arroladas no art. 319 do Código de Processo Penal, como ocorreu em 45,5% dos casos acompanhados em Minas Gerais¹¹⁵.

Essa banalização das medidas cautelares ignora seu caráter intrinsecamente restritivo de direitos e o impacto mais gravoso quanto mais vulneráveis são as pessoas às quais elas se aplicam¹¹⁶. Para pessoas pobres, o custo da condução para chegar até o fórum pode tornar inviável cumprir uma medida de comparecimento periódico em juízo. O recolhimento domiciliar noturno e a proibição de frequentar determinados lugares são medidas que reforçam o estereótipo de gênero que restringe a mulher ao espaço do lar e agrava a desigualdade no gozo do direito à circulação pela cidade.

Ainda que não seja uma medida cautelar alternativa à prisão, a prisão domiciliar, que tem sido mais difundida desde o habeas corpus coletivo para gestantes e mães de filhos até 12 anos¹¹⁷, também exige reflexão sobre seu impacto na manutenção de condições de vulnerabilidade. De um lado, ela reafirma a centralidade da maternidade para a valoração positiva da figura da mulher. De outro, restringe o próprio exercício da maternagem ao espaço exclusivamente doméstico e limita o exercício de atividades remuneradas. Esse impacto negativo da prisão domiciliar sobre a geração de renda já foi observado pela Comissão Interamericana na Bolívia¹¹⁸.

A prisão domiciliar pode também se transformar em uma situação de risco para mulheres com histórico de violência doméstica. Uma mulher presa que entrevistei relatou que sempre sofreu agressões do pai, do ex-companheiro e do atual namorado, e que por isso preferiria

105 Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, par. 74.

106 ONU. Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak, A/64/215, 3 ago. 2009, par. 47. Disponível em: <<http://bit.ly/2uZT8Jv>>/.

107 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.163 Doc. 105, 3 jul. 2017, par. 198. Disponível em: <<http://bit.ly/2vhLTVV>>/.

108 Conselho Nacional De Justiça. Regras De Bangkok - Regras Das Nações Unidas Para O Tratamento De Mulheres Presas E Medidas Não Privativas De Liberdade Para Mulheres Infratoras. Série Tratados Internacionais De Direitos Humanos. Brasília: 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/regrasdebangkok>>.

109 Comissão Interamericana de Direitos Humanos, op. cit., par. 203.

110 Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais - Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra. Brasília: 2018, pp. 46-48

111 No Distrito Federal passou de 21,3 para 24%; a Paraíba de 39,9 para 42%; o Rio Grande do Sul de 34,5 para 38%; Santa Catarina de 23,6 para 36%; São Paulo de 29,2 para 32% e Tocantins de 37,8 para 39%.

112 Os dados da Defensoria são de concessão de liberdade provisória para mulheres em 72% dos casos e 42% em relação aos homens. Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Relatório do 2º ano das audiências de custódia no Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <<http://bit.ly/2vfpHCu>>.

113 IDDD. Audiências de Custódia - Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. São Paulo: 2017, p. 47-49. Disponível em: <<http://bit.ly/2LK9Ndu>>.

114 LEMGRUBER, Julita et al. Liberdade Mais Que Tardia: As Audiências de Custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: CESEK, 2016, p. 75. Disponível em: <<http://bit.ly/2mQeAvN>>.

115 IDDD, op. cit., p. 50.

116 A maior dificuldade para cumprir alternativas penais - como são as medidas cautelares - por parte de pessoas socialmente vulneráveis está discutida no relatório Fora de foco: caminhos e descaminhos da política de alternativas à prisão. Disponível em: <<http://bit.ly/ForaDeFoco>>.

117 Trata-se do HC coletivo nº 143.641/SP, solicitado pelo Coletivo de Advogados de Direitos Humanos (CADHu) e pela Defensoria Pública da União (DPU), em favor das mulheres grávidas e mães de filhos menores de 12 anos, concedido pela Segunda Turma do STF em 20 de fevereiro de 2018.

118 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas. OEA/Ser.L/V/II.163 Doc. 105, 3 jul. 2017, par. 237. Disponível em: <<http://bit.ly/2vhLTVV>>.

continuar presa a ficar somente em sua casa no regime de prisão domiciliar¹¹⁹.

O segundo aspecto que se destaca é que reforço às desigualdades de gênero pode emergir independentemente do resultado da audiência de custódia, advindo da interação entre a mulher presa e os atores judiciais presentes. Apesar de o encontro presencial ser valioso para exigir do juiz uma maior responsabilização na tomada de decisão sobre a liberdade de uma pessoa e o olhar diretamente para a pessoa presa permitir a identificação, por exemplo, de casos de gestação avançada; o olho no olho também visibiliza diferenças de classe e raça entre pessoas presas e juízes, e reproduz comportamentos discriminatórios.

Operadores da justiça criminal entrevistados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública consideram que “ver” a pessoa detida é importante para a finalidade da audiência de custódia e reivindicam que, a partir da experiência acumulada, são capazes de “bater o olho” na pessoa presa e identificar informações supostamente relevantes para a sua decisão:

Acho muito bom [a audiência de custódia], porque você tem contato direto com a pessoa que foi presa, tira aquela coisa fria do papel, você lê o que está escrito na delegacia e você às vezes não consegue personificar. E já tem o preconceito, você acha que fazendo audiência de custódia não vai entrar no mérito da coisa, não vai julgar a pessoa, mas você percebe muitos aspectos pessoais dela. **Você consegue nitidamente notar se aquela pessoa é criminosa e se cometeu um crime, se ela é hipossuficiente, se ela tem uma cara acabada de um “craqueiro”, se é possível que aquela pessoa seja dona de uma boca ou se é uma pessoa que está levando a droguinha para um canto. Dá para você fazer uma pequena separação do joio do trigo. Esse contato eu acho fundamental para não colocar na cadeia quem não precisa e colocar quem efetivamente precisa ir para a cadeia**¹²⁰ [grifo nosso].

Os dados sobre os resultados das audiências de custódia mostram que, se é verdade que o olhar do operador tem importância para a tomada de decisão, o mais provável é que esse reconhecimento seja um mecanismo de filtragem racial e que reproduz tratamentos discriminatórios contra pessoas negras. Em São Paulo, enquanto 30,4% dos brancos presos em flagrante tiveram a prisão convertida em preventiva, esta mesma decisão foi tomada para 44,1% dos presos negros. Da mesma forma, enquanto 52,3% dos brancos presos em flagrante tiveram concessão de liberdade com a aplicação de medidas cautelares, apenas 39,4% dos presos negros obtiveram o mesmo tipo de concessão¹²¹.

O “olho no olho” ainda deixa juízes à vontade para fazerem julgamentos moralizantes travestidos de conselhos, principalmente quando anunciam sua decisão. A pesquisadora Luiza Guimarães Moreira testemunhou uma situação dessas na audiência de uma jovem, mãe de uma filha de dois anos, presa com crack para seu consumo pessoal e que sofrera violência sexual da polícia. O magistrado disse em tom agressivo: “a senhora devia se tratar, pois quem

tem de cuidar da sua filha é você! Não é sua mãe que deve ficar com a sua filha, você é a mãe dela”. A custodiada desabou em lágrimas, abaixou a cabeça e nada disse¹²². Para Carolina Ferreira, esse tipo de postura serve para silenciar a pessoa presa e mascarar os fundamentos da decisão. No entanto, é curioso como nestes sermões está o raro momento em que juízes dialogam com a pessoa presa com uma linguagem compreensível, ainda que autoritária¹²³.

Desse cenário conclui-se que para que as audiências de custódia estejam alinhadas às diretrizes do direito internacional dos direitos humanos, não basta que elas se proponham a reduzir a quantidade de prisões preventivas. Além de ainda ser necessário avançar e muito no caráter excepcional da prisão, há ao menos dois aspectos aos quais é preciso atentar: a reprodução de estereótipos de gênero na dinâmica das audiências e a aplicação indiscriminada de medidas cautelares que reproduzem condições de desigualdade entre homens e mulheres. Sobre as medidas cautelares, como se trata de uma restrição de direitos, sua aplicação deve ser condicionada à observância dos princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade, próprios em uma sociedade democráticas. Para a Comissão Interamericana, a posição de desigualdade histórica das mulheres, históricos de vitimização e o impacto da prisão sobre pessoas que estejam sob seus cuidados são outros fatores a serem levados em consideração¹²⁴.

Por fim, não se pode esquecer que toda audiência de custódia que não apurar se a prisão em flagrante ocorreu de forma legal está fadada a ser um procedimento que perpetua violações de direitos. O crime que mais aprisiona mulheres, o tráfico de drogas, é o crime que em São Paulo mais gerou relaxamento de flagrantes, já que muitas prisões são realizadas pela polícia na intenção de cumprir metas e não possuem indícios mínimos de materialidade e autoria¹²⁵. Além disso, discutir as condições em que se deram a prisão é dar visibilidade para a forma de atuação da polícia e questionar a naturalização com que os territórios habitados por pessoas pobres estão sujeitos a intervenções repressivas e invasão do domicílio.

119 CRUZ LIMA et al. Mulheres Sem Prisão: Desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. São Paulo: ITTC, 2017, p. 192. Disponível em: <<http://bit.ly/mulheresemprisao>>.

120 Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais - Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra. Brasília: 2018, p. 106.

121 Idem, p. 99.

122 MOREIRA, Luiza Guimarães. As Audiências de Custódia no Distrito Federal: Um Necessário Recorte de Raça e Gênero. Monografia apresentada como requisito para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Brasília, 2017, p. 60. Disponível em: <<http://bit.ly/2vgPkCZ>>.

123 FERREIRA, Carolina Costa. Audiências de custódia: instituto de descarcerização ou de reafirmação de estereótipos? Revista Justiça Do Direito (UPF), v. 31, 2017, p. 299.

124 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe Sobre El Uso De La Prisión Preventiva En Las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13 30 diciembre 2013, par. 230. Disponível em: <<http://bit.ly/2Ahvkvu>>.

125 Conselho Nacional de Justiça. Justiça Pesquisa Direitos e Garantias Fundamentais - Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra. Brasília: 2018, pp. 96; 122-123.

A ATUAÇÃO *PRO BONO* DO MATTOS FILHO, VEIGA FILHO, MARREY JR. E QUIROGA EM AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA. CONTRIBUIÇÕES PARA A REFLEXÃO SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA ADVOCACIA.

BIANCA DOS SANTOS WAKS¹²⁶
FLAVIA REGINA DE SOUZA OLIVEIRA¹²⁷
ROBERTO QUIROGA MOSQUERA¹²⁸

O advento das audiências de custódia no Brasil, em dezembro de 2015¹²⁹, coincidiu com outro marco importante para o acesso à justiça: o reconhecimento formal da advocacia *pro bono*¹³⁰ a organizações da sociedade civil e pessoas físicas desprovidas de recursos.

Embora fruto de processos de articulação distintos, a coincidência temporal de ambas as iniciativas tornou possível a aproximação entre dois universos até então bastante distantes: o da advocacia empresarial e o de pessoas físicas em situação de vulnerabilidade, que se veem diante do sistema de justiça criminal.

Antes de expor os efeitos da aproximação entre esses dois universos, é fundamental considerarmos o contexto de extrema desigualdade social do país – em que 50% da população possui menos de 3% da riqueza total¹³¹ – e as consequências diretas que a assimetria no acesso a bens e direitos implica no acesso à justiça.

Dados do Ministério da Justiça¹³² mostram que o perfil daqueles que acionam, reiteradamente, as instituições do judiciário – e, portanto, poderiam, *a priori*, fazer valer seus direitos – é majoritariamente composto por órgãos da administração pública e instituições financeiras. Em paralelo, a ausência de defensores públicos em 72% das localidades que possuem juízes impede que aqueles em situação de vulnerabilidade tenham assegurado o seu direito à efetiva prestação jurisdicional.

Ainda que não se possa afirmar que o acesso ao judiciário garante, por si só, o pleno acesso à justiça, esta concentração da litigância em poucos atores, somada à insuficiência de defensores públicos, indica que o direito fundamental de livre acesso ao poder judiciário por aqueles que não possuem recursos para promover a defesa de seus interesses ainda constitui um enorme desafio.

Especificamente no campo da justiça criminal, o grave contexto de desigualdade social tem seus reflexos em outros indicadores: o país tem a 3ª taxa mundial de encarceramento e possui o 3º maior número de presos – sendo que 40,2% deles aguardam julgamento¹³³. O perfil da maioria – jovens negros e pardos, sem ensino superior – revela que o encarceramento guarda relação precisamente com a parcela da população mais alijada do acesso a bens e direitos.

Diante deste cenário urge uma análise crítica sobre a responsabilidade dos profissionais do Direito e dos escritórios de advocacia. Que papel podem desempenhar no enfrentamento desta assimetria? Como podem incidir nesta realidade?

Não obstante a função social do advogado esteja prevista no código que rege a profissão, pouco se avançou na discussão sobre os seus contornos. A criação das Defensorias Públicas e os debates atinentes à provisão gratuita de serviços jurídicos não foram acompanhados de maior reflexão sobre o papel a ser desempenhado por integrantes da advocacia privada. No entanto, nos últimos anos, o desenvolvimento da advocacia *pro bono* e o crescente interesse de escritórios em fortalecer essa prática vem trazendo inovações significativas.

O Mattos Filho foi pioneiro na oferta de serviços jurídicos *pro bono* no Brasil e vem tomando iniciativas contundentes nesta frente. Quando da aprovação do Novo Código de Ética e Disciplina da OAB, o escritório criou uma coordenação específica para a atividade, reconhecendo a necessidade de uma gestão exclusivamente dedicada ao novo perfil de cliente. Além disso, delimitou o atendimento a pessoas físicas a frentes relacionadas à promoção e defesa dos direitos humanos.

A maior institucionalização da atividade no escritório coincidiu, ainda, com a criação da prática de Direito Penal Empresarial, cujos profissionais, além de habituados à advocacia *pro bono*, detêm um conhecimento jurídico valioso para a atuação neste campo. No início de 2018, o escritório deu um passo ainda mais significativo, ao transformar o Programa Pro bono

126 Bianca dos Santos Waks é advogada coordenadora da prática 100% *pro bono* do escritório Mattos Filho. Desde 2016, está exclusivamente dedicada ao desenvolvimento da atuação jurídica gratuita do escritório, com foco na promoção e defesa de direitos humanos.

127 Flávia Regina de Souza Oliveira é sócia do escritório Mattos Filho, dedicada à prática de Organizações da sociedade civil, Negócios sociais e Direitos humanos. Em 1999, Flávia Regina foi uma das pioneiras da advocacia *pro bono* no Brasil.

128 Roberto Quiroga é sócio do escritório Mattos Filho e, desde 1999, um dos pioneiros da advocacia *pro bono* no Brasil. É professor de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e do Mestrado Profissional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

129 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 213 (15 de dezembro de 2015). <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>> Acesso em 16 de julho de 2018.

130 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Ato provimento nº 166 (09 de novembro de 2015). <<http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/166-2015?search=166&provimentos=True>> Acesso em 15 de julho de 2018.

131 OXFAM. A distância que nos une. Um retrato das desigualdades brasileiras. Relatório disponível em <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/arquivos/Relatorio_A_distancia_que_nos_une.pdf> Acesso em 16 de julho de 2017.

132 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ). Atlas de Acesso à Justiça: indicadores nacionais de acesso à justiça. Brasília, 2015. <http://www.acessojustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj_2015.pdf> Acesso em 15 de julho de 2018.

133 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). Relatório. Brasília, 2016. <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf> Acesso em 16 de julho de 2018.

em uma prática jurídica específica, denominada “100% Pro bono”, e formada por uma equipe de advogados unicamente dedicados a casos de interesse público e social.

O aumento do investimento do Mattos Filho na advocacia *pro bono* criou as condições para atuarmos no projeto “Audiências de Custódia”, desenvolvido pelo Instituto Pro Bono no Fórum de Itapeverica da Serra, região da grande São Paulo com altos níveis de vulnerabilidade social. Desde janeiro de 2018, advogamos em 22 audiências, que atenderam a um total de 26 presos. Impetramos seis *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e logramos a concessão da ordem de liberdade provisória em cinco deles. Embora sejam números pouco expressivos diante da enorme demanda existente, os casos atendidos mobilizaram profissionais de diversas áreas e nos fizeram constatar o enorme potencial de contribuição que escritórios como o Mattos Filho podem oferecer nesta área.

Percebemos que a atuação em audiências de custódia, além de demonstrar o nosso compromisso com a democratização do acesso à justiça, constitui uma oportunidade de desenvolvimento técnico e humano do profissional do Direito.

O contato com clientes advindos de uma realidade social bastante distante à do dia a dia da advocacia privada – em sua maioria jovens das periferias, sem emprego formal e com baixa escolaridade – permite que o advogado amplie o seu repertório de experiências e desenvolva uma percepção crítica sobre o contexto em que vive a maioria dos brasileiros.

Além disso, a atuação em audiências de custódia aprimora o conhecimento técnico-jurídico do profissional que deve, rapidamente, e em condições pouco habituais, reunir-se com o cliente custodiado, estabelecer a estratégia de defesa, formular uma argumentação consistente – ainda que inicialmente limitada aos aspectos que envolvem a legalidade da prisão –, conhecer os códigos que envolvem o contato com o Ministério Público e o Juiz e envidar todos os esforços para alcançar o melhor resultado, em uma audiência de curtíssima duração.

No entanto, não resta dúvida que o seu maior atributo é dar concretude à função social da advocacia, em uma relação de troca em que o custodiado tem garantido o seu direito de defesa, e o advogado, por sua vez, a oportunidade de adquirir vivência, experiência técnica e senso crítico.

Nesta medida, ao investir e valorizar a atuação *pro bono*, o Mattos Filho quer fazer avançar a reflexão sobre a função social da advocacia, seja na esfera criminal ou em outras frentes relacionadas à defesa dos direitos humanos. Pretende, assim, criar condições para que as novas gerações de profissionais do Direito possam se dedicar à advocacia privada e, ao mesmo tempo, buscar reverter o cenário de desigualdade no acesso à justiça no país.



ELOÍSA MACHADO,
CONSELHEIRA DO INSTITUTO PRO BONO
E ATUOU NO HABEAS CORPUS COLETIVO QUE CONCEDEU
A LIBERDADE PROVISÓRIA A MÃES PRESAS

LIBERDADE DE MULHERES NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

As Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok) determinam que diante da discriminação de gênero que perpassa a sociedade, a liberdade de mulheres deve ser sempre priorizada, especialmente gestantes e responsáveis pelos cuidados dos filhos. No Brasil, vivenciamos um aumento expressivo do aprisionamento feminino nos últimos anos, em grande parte em razão da criminalização do tráfico de drogas. Apesar das normativas e decisões judiciais – como o HC Coletivo 143.641 do STF - que reconhecem a violência e a intensificação de vulnerabilidades de mulheres que o cárcere representa, ainda existe uma resistência dos atores do sistema de justiça em sua aplicação.

Diante do exposto, recomenda-se aos atores do sistema de justiça:

1. Exercitar uma escuta ativa de mulheres nas audiências de custódia e na entrevista prévia, para que sua narrativa sobre a prisão e os impactos dessa em sua vida sejam considerados na tomada de decisão (seja da defesa, acusação ou do juiz). Evitar pré-julgamentos relacionados a gravidade abstrata do crime praticado na formulação de perguntas sobre o momento da prisão e as circunstâncias pessoais.
2. Adotar uma perspectiva de gênero na aplicação da Lei de Drogas que leve em consideração as vulnerabilidades das mulheres inseridas na cadeia do tráfico de drogas, em sua maioria pobres e com pouco acesso a oportunidades. Ademais, cabe aos atores do sistema de justiça considerar os fatores socioeconômicos que levam a participação de mulheres no tráfico de drogas e a desproporcionalidade da prisão preventiva em casos de atuação em atividades secundárias da cadeia de venda de entorpecentes como a guarda e transporte.
3. Aplicar o Marco Legal da Primeira Infância e o Habeas Corpus Coletivo 143.641 do STF para substituição da prisão preventiva, abstendo-se da utilização de argumentos moralistas sobre o exercício da maternidade de mulheres para justificar uma ausência de imprescindibilidade da mulher no cuidado dos filhos ou/e uma situação excepcionalíssima para afastar sua aplicação. Destaca-se que a aplicação da prisão domiciliar não deverá ser automática, mas levar em consideração o caso concreto
4. A prisão domiciliar deve ser compreendida como restritiva de liberdade e de direitos, por essa razão atores do sistema de justiça devem na aplicação da medida mitigar seus efeitos restritivos, autorizando as gestantes a realização do acompanhamento médico pré-natal e pós-natal; o exercício de atividades laborativas, especialmente

para mulheres arrimo de família e a retirada no banco do benefício social do bolsa família, entre outras.

5. A ausência de endereço fixo não pode ser um obstáculo para aplicação da prisão domiciliar, visto que é dever constitucional do Estado a garantia e proteção do direito à moradia. A rede socioassistencial, por exemplo, poderá ser acionada para que indique prontamente vaga em casa abrigo ou albergue.
6. Os atores do sistema de justiça devem reconhecer que muitas mulheres em contato com a justiça criminal apresentam histórico de violências institucionais e familiares. Não raro, a casa é ser um lugar de violência doméstica, ou seja, de insegurança para mulher. A identificação de relatos de violência familiar não deve ser compreendida como um obstáculo para aplicação de prisão domiciliar, conforme já apontado na pesquisa MulheresSemPrisão do Instituto Terra Trabalho e Cidadania. Ao contrário, além de serem priorizadas medidas não restritivas de liberdade, podem ser acionados, com o consentimento informado da mulher, equipamentos da Rede de Enfrentamento à violência de gênero do município.
7. Considerar outros marcadores sociais da diferença na tomada da decisão sobre aplicação da prisão preventiva, atentando-se a aplicação de alternativas ao cárcere para mulheres idosas e com deficiência.
8. Exercer uma escuta ativa das mulheres nas denúncias de violência de gênero praticadas no momento da prisão em flagrante, de forma a realizar encaminhamentos como a instauração de inquérito policial para investigar a situação, diligências cabíveis e o relaxamento da prisão, especialmente em casos de revista vexatória.
9. A audiência de custódia não deve ser entendida como espaço adequado para determinar a suspensão do poder familiar, visto que não existem possibilidades para o exercício de sua ampla defesa e do devido processo que incluiu, entre outros, a escuta de crianças e adolescentes.
10. Articular a rede de apoio socioassistencial as mulheres em situação de prisão, como a finalidade de garantir acesso à direitos e manutenção de vínculos familiares, conforme previsto pelo ECA e o Marco Legal da Primeira Infância.

PRISÕES EM FLAGRANTE PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

A atual legislação sobre drogas é uma das principais responsáveis pelo aumento da população carcerária brasileira. A nova legislação não se propôs a descriminalizar o uso de drogas, apesar de estabelecer diretrizes para distinguir usuários e traficantes. Além disso, a própria aplicação da lei passou a ser marcada por um componente racial e territorial, sendo a população negra periférica a mais atingida pela violência no combate ao tráfico e por prisões ilegais. Durante dois dias do evento **Audiências de Custódia: pensando estratégias de combate ao encarceramento provisório** as discussões foram marcadas pela importância de se construir um olhar intersetorial por parte dos atores de justiça sobre a política de drogas que possa ir além do jurídico, envolvendo setores de saúde médica e assistência social e compreendendo a dinâmica e o fluxo da circulação de substâncias ilícitas em nossa sociedade. Mais do que isso, apontou-se a necessidade de reconhecer ilegalidades e seletividades que perpassam a prisão por tráfico de drogas.

Deste modo, recomenda-se aos atores do sistema de justiça:

1. A partir de formações, estimular maior conhecimento sobre a circulação das substâncias ilícitas e da dinâmica do tráfico de drogas, em espaços de elite ou periféricos, para compreender que a diversidade ou grande quantidade de drogas nem sempre deve ser associada ao tráfico de drogas. Aproximação de núcleos de pesquisa, membros da sociedade civil e a leitura de artigos acadêmicos e a escuta da narrativa das próprias pessoas presas nas audiências podem contribuir para a construção desse repertório.
2. Não aplicar cautelares desproporcionais como o afastamento por mais de 500 metros de “lojas do tráfico” ou “biqueiras” desconsiderando que as pessoas que residem em regiões periféricas e áreas de favela vivem próximas a região de fluxo de tráfico de drogas. Recomenda-se atenção para os endereços indicados no Boletim de Ocorrência quanto ao local da prisão e ao domicílio da pessoa presa, os quais geralmente se localizam no mesmo bairro ou região.
3. Reconhecer o uso de drogas como uma questão de saúde e não de justiça criminal, atentando-se aos casos em concreto, de forma individualizada e reconhecendo o necessário relaxamento de prisões em flagrante por uso de entorpecentes.
4. Reconhecer o tráfico de drogas como não hediondo, conforme determinação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, para fins de aplicação de alternativas ao encarceramento e reconhecimento da desproporcionalidade de prisões preventivas nesses casos.

5. Reconhecer as ilegalidades que acompanham a prisão em flagrante em crimes de tráfico de drogas, como a invasão de domicílio, a abordagem e diligências policiais por guarda civil municipal, o flagrante forjado e a prática de atos de violência e tortura, a exemplo da revista vexatória.
6. Conhecer as redes socioassistenciais disponíveis no município e no Estado facilitando o encaminhamento de pessoas presas em flagrante, caso seja de seu interesse, assim estimulando a compreensão dos atores do sistema de justiça das possibilidades de acesso a direitos em liberdade.
7. O encaminhamento de pessoas usuárias de drogas para equipamentos de saúde como o CAPS e UBS não deverá ser compulsório e inserido no rol de cautelares diversas da prisão, mas sim compreendido como um mecanismo de acesso a direitos.
8. Fiscalizar a atuação policial nas prisões por acusação de tráfico de drogas, especialmente nos casos em que violência é relatada pela pessoa presa em flagrante, realizando diligências e encaminhamentos para além da instauração de inquérito policial e exame do Instituto Médico Legal. A ausência de marcas físicas visíveis não deve ser adotada como critério para garantia de credibilidade da narrativa da pessoa presa, sendo a negação da violência relatada sem investigação um modo de revitimização.
9. Implantara Central Integrada de Acompanhamento de Alternativas Penais em todos os fóruns nos quais há realização de audiências de custódia.
10. Produzir de dados sobre a atuação judicial nos casos de pessoas presas acusadas de tráfico de drogas.

FORTALECIMENTO DO DIREITO À AMPLA DEFESA NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Durante dois dias do evento **Audiências de Custódia: pensando estratégias de combate ao encarceramento provisório**, uma das principais preocupações de advogadas presentes foi justamente os obstáculos impostos para um real acesso à ampla defesa. De um lado, em nome de uma celeridade processual nas audiências de custódia, é comum que sejam exigidos dos advogados/as e defensores/as o uso de um tempo máximo para a entrevista prévia ou mesmo uma redução no número de perguntas realizadas e tempo de manifestação. De outro lado, a ausência de alimentação, água e vestimenta das pessoas em flagrante também demonstrou ter impactos diretos no exercício de uma ampla defesa. Esses são apenas alguns dos fatores que influenciam uma restrição discricionária do direito à ampla defesa, de modo que se recomenda ao Ministério Público e ao Judiciário que:

1. Seja permitido aos familiares de pessoas presas em flagrante acompanharem as audiências de custódia, na parte da manhã ou da tarde, de forma a garantir o direito à publicidade das audiências e do contato familiar para as pessoas presas.
2. Seja cumprida a determinação na Súmula 11 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, sendo necessário fundamentar sua utilização, não podendo ser uso ser discricionário, amplo e geral em nome de uma suposta segurança abstrata do fórum no qual se realizam as audiências.
3. Seja cumprida a determinação da Resolução 213 do CNJ que determina o direito da pessoa presa em flagrante de ter assegurado um atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais
4. Não seja delimitado um tempo máximo e pré-determinado para a entrevista prévia das pessoas presas em flagrante, garantindo que a pessoa presa possa ter acesso às informações processuais de seu caso, assim como se consultar de forma livre com o seu/sua defensor/a.
5. Sejam realizados encaminhamentos em relação aos requerimentos da defesa referente ao fornecimento de água, alimentação e vestimenta as pessoas presas provisoriamente, garantindo seus direitos à dignidade e saúde.



PARTICIPANTES, PALESTRANTES
E EQUIPE DO INSTITUTO PRO BONO
NAS OFICINAS AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

PROBONO.ORG.BR

   INSTITUTOPROBONO

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-65-80894-00-0



9 786580 894000