

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Autos nº 1503385-76.2020.8.26.0228

Autoridade coatora: Vara plantão criminal da Capital

Maira Machado Frota Pinheiro, brasileira, solteira, advogada, inscrita na OAB/SP sob o nº [REDACTED] com escritório profissional na [REDACTED], vem respeitosamente perante Vossa Excelência, com fulcro no art. 5º, incisos LIV e LXV da Constituição da República, §§ 2º e 3º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678/92), art. 9º, 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/92) e art. 647 e 648, I, II e VI do Código de Processo Penal, impetrar

HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR

em favor de [REDACTED], brasileiro, solteiro, vendedor, portador da cédula de identidade [REDACTED], inscrito no [REDACTED], residente e domiciliado na Comarca de São Paulo [REDACTED] pois o paciente se encontra sofrendo constrangimento ilegal em razão de decisão proferida pelo juízo da Vara Plantão do Fórum Central Criminal, nos autos do inquérito policial indicado em epígrafe.

1. Síntese do processo

O paciente foi detido pelos policiais civis Wedsley Ribeiro e David Ricardo Lebrum em 12 de fevereiro de 2020 em horário desconhecido. O boletim de ocorrência (fls. 2-3) indica como horário da ocorrência apenas “à tarde”, constando como horário da comunicação e da elaboração as 13h51.

No depoimento dos dois agentes de segurança que efetuaram a detenção do paciente, de conteúdo idêntico, consta o seguinte:

Que é policial civil e nesta tarde estava na companhia de seu colega de profissão em policiamento ostensivo e preventivo pela circunscrição da 1ª Delegacia Seccional, na operação Buenos Ayres 2 quando passaram pela Rua Guaianases em frente o numeral 611 perceberam que um indivíduo estava parado numa atitude suspeita e decidiram observá-lo numa distância segura. Após alguns instantes viram outro indivíduo abordando esta pessoa e depois de ter lhe entregado algum valor em dinheiro recebeu algo em troca que aparentava ser substância entorpecente e desta forma resolveram se aproximar e abordá-los. Mesmo com a rapidez da aproximação dos policiais os indivíduos correram tentando empreender fuga, porém, apenas o suposto vendedor foi detido, sendo revistado foi localizado na sua posse 5 papелotes de maconha, bem como, uma quantia de R\$ 15,00 (vinte e cinco reais) em notas trocadas. Indagado, o acusado identificado como [REDACTED] respondeu que está desempregado e utiliza a venda de substâncias entorpecentes para manter seu sustento e da família além de seu vício, porém, não soube dizer onde poderia ser encontrado quem forneceu as drogas para venda nem mesmo a qualificação de tal pessoa. Foi dada voz de prisão ao acusado e conduzido com as substâncias e o dinheiro até esta delegacia de polícia para providências que achar necessária.

Em solo policial, o paciente supostamente, segundo a autoridade policial, exerceu seu direito ao silêncio.

Decretada a prisão em flagrante pela autoridade policial, o paciente foi encaminhado em 13 de fevereiro para audiência de custódia. Cinco horas antes da audiência, a defesa requereu a juntada, por meio do sistema e-saj, de documentação comprobatória da residência fixa, ocupação lícita, de que a família do paciente recentemente buscou auxílio para ele em clínicas de reabilitação, e de que o paciente é pai de duas crianças. Conforme confirmação de protocolo em anexo, a petição foi enviada ao sistema às 10h59 (conforme e-mail de confirmação enviado pelo esaj em anexo).

Protocolo Eletrônico e-Saj - Petição Intermediária Protocolada (1503385-76.2020.8.26.0228 - WPC0.20.70000894-2)

1 mensagem

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo <esaj@tjsp.jus.br>

13 de fevereiro de 2020 10:59

Para:

**Protocolo Eletrônico e-Saj
Petição Intermediária Protocolada (1503385-76.2020.8.26.0228 - WPC0.20.70000894-2)**

Prezado(a) Sr(a) **MAIRA MACHADO FROTA PINHEIRO**,

Sua petição intermediária foi protocolada em 13/02/2020 10:59:21 .
Estas são as informações referentes ao protocolo:

Peticionante: **MAIRA MACHADO FROTA PINHEIRO**

Número do protocolo: **WPC0.20.70000894-2**

Número do processo: **1503385-76.2020.8.26.0228**

Foro: Foro Plantão - 00ª CJ - Capital

Classe: Petições Diversas

Partes:

Documentos:

juntada de documentos custódia - 1.pdf (Petição*)
comprovante de residência - 1-2.pdf (Documento 1)
inscrição carnaval - 1.pdf (Documento 2)
crachá prefeitura - 1.pdf (Documento 3)
conversa whatsapp clínica - 1-4.pdf (Documento 4)
email clínica - 1.pdf (Documento 5)
certidões de nascimento filhos - 1-2.pdf (Documento 6)

Após a sua petição ser recebida e encaminhada pelo Tribunal, será possível acompanhar o andamento do processo através da Consulta de Processos Online existente no portal.

Ao adentrar a sala de audiências, antes do início da inquirição do paciente, esta patrona subscritora indagou a magistrada presidente da sessão sobre se a documentação havia sido devidamente juntada aos autos, pois caso não tivesse, havia também a cópia física dos mesmos documentos. A magistrada respondeu que estava visualizando os documentos. Qual não foi a surpresa desta defensora ao se deparar com a afirmação, na sentença, de que não houve apresentação de comprovação documental de residência fixa e ocupação lícita?

(requisito cumulativo e que não se confunde com os bons antecedentes). Neste aspecto, veja-se que **NÃO** há indicação precisa de **atividade laboral remunerada**, de modo que as atividades ilícitas, a toda evidência, são fonte (ao menos alternativa) de renda (modelo de vida, com dedicação) – sem contar que a recolocação em liberdade neste momento (de maneira precoce) geraria presumível retorno às vias delitivas, meio de sustento. **NÃO** há ainda indicação precisa de **endereço fixo** que garanta a vinculação ao distrito da culpa, denotando que a cautela é necessária para a conveniência da instrução criminal e de eventual aplicação da lei penal. Não

Durante a inquirição, o defendente relatou que em momento algum disse aos policiais civis que o detiveram que estava traficando por estar desempregado. Descreveu que foi detido, imobilizado por meio de um golpe do tipo “gravata” ou “mata-leão”, jogado ao chão e em seguida na viatura

Juíza: o senhor sofreu algum tipo de violência policial?

Paciente: Não, excelência.

Juíza: Doutor Promotor?

Promotor: Sem perguntas.

Advogada: Na abordagem dos policiais, eles te deram uma gravata, um mata-leão?

Paciente: Sim, sim...

Advogada: Só pra esclarecer, porque você disse que não teve nenhum tipo de violência policial

Sobre este diálogo, cabe um triste esclarecimento. Esse tipo de manobra de contenção por meio de estrangulamento é tão comum, que o defendente sequer compreendeu que se trata de “violência policial”. A inquirição segue:

Advogada: O imóvel onde você mora, ele é próprio ou alugado?

Paciente: Ele é próprio.

Advogada: Você tem filhos?

Paciente: Tenho duas filhas.

Advogada: De quantos anos?

Paciente: Uma de cinco anos e a outra de quatro anos.

Advogada: Você convive com elas?

Paciente: Convivo sim.

Advogada: Com que frequência?

Paciente: Todos os finais de semana e busco e levo na creche.

Advogada: Você já teve internado em clínica de reabilitação?

Paciente: Sim.

Advogada: Quando?

Paciente: Em 2014.

Advogada: E você, em algum momento, ontem quando você foi abordado pelos policiais civis, disse que tava traficando?

Paciente: Não tive nenhum espaço de voz, nenhum momento. Eu só fui abordado, colocado no chão, e depois dentro do carro.

Advogada: Você é usuário de maconha?

Paciente: Crônico.

Advogada: Aquela maconha era pra seu uso pessoal?

Paciente: Sim.

Advogada: Sem mais, excelência.

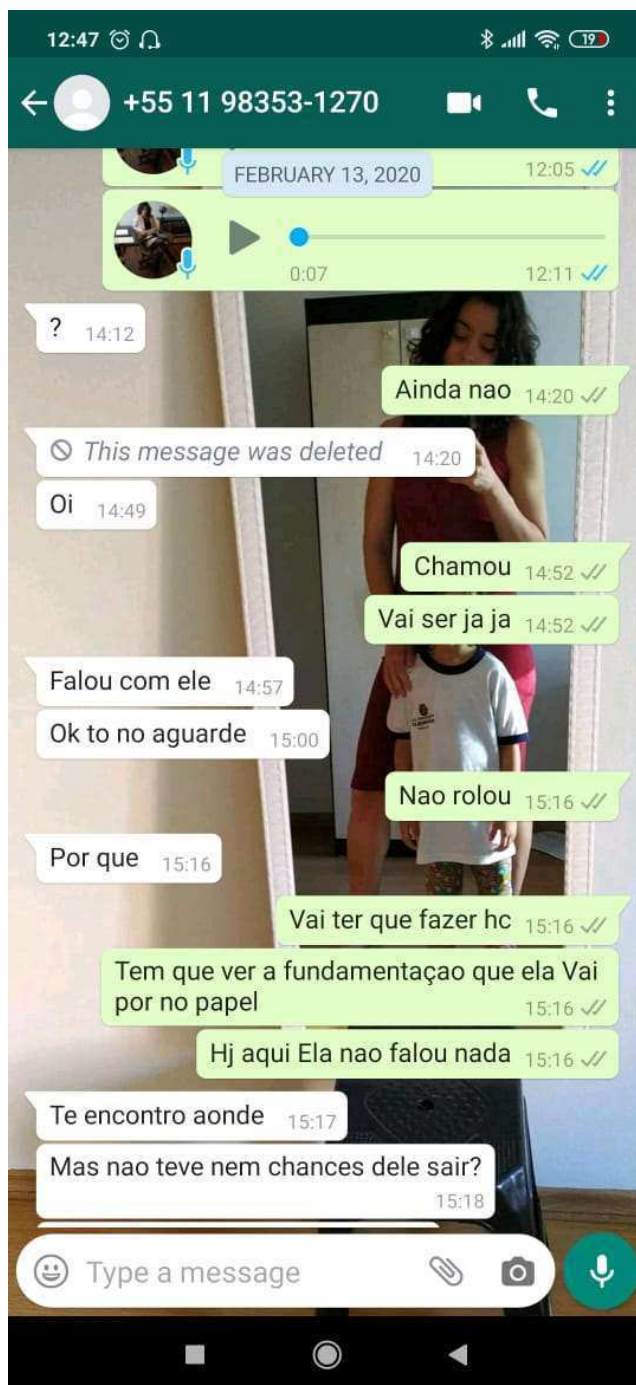
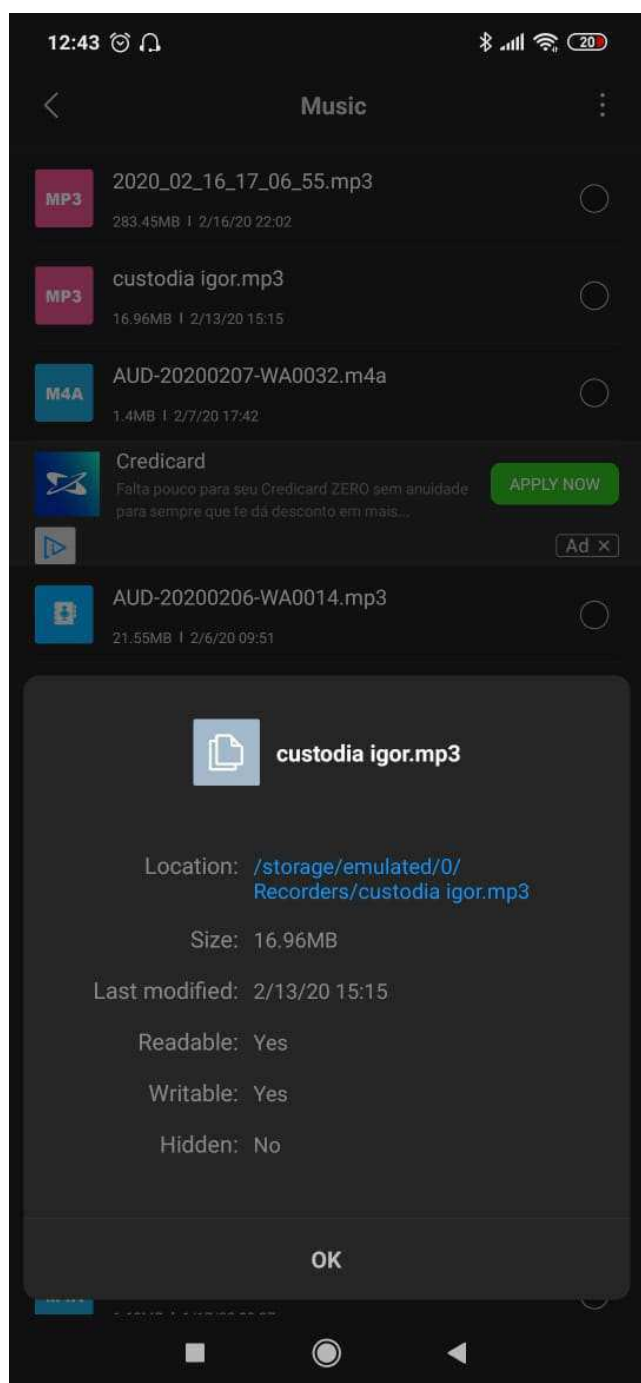
Finda a inquirição, o representante do Ministério Público fez sua sustentação oral, utilizando para tal um minuto e vinte e três segundos de seu tempo. Em seguida, a defesa iniciou sua sustentação oral, pugnando pelo relaxamento do flagrante e subsidiariamente pela concessão de liberdade provisória. Quando a fala da patrona contava com 10 minutos e 33 segundos, a defesa teve sua fala interrompida pela juíza, que disse:

“Doutora, só interrompendo a senhora um pouquinho, a senhora já passou dos quinze minutos estabelecidos por lei”

A defesa disse que concluiria rapidamente, e assim o fez, terminando a fala com 11 minutos e 11 segundos. A audiência terminou exatamente às 15h13. É possível constatar esse horário exato, bem como a duração exata da fala da defesa, pois esta patrona costuma gravar as próprias sustentações orais. O horário de criação do arquivo de áudio¹, correspondente ao horário em que a gravação é concluída, é de 15h15, e a gravação foi interrompida logo após a patrona conversar brevemente com o paciente na saída da audiência.

Corroborando essa informação, temos a captura de tela do celular desta patrona subscritora, em que a mesma avisa a família do paciente logo antes de a audiência de custódia começar e também logo depois de acabar:

1 Arquivo de mídia disponível em <https://drive.google.com/file/d/1O04PYKVrcWy6z7toLVKBOYVLMD0UIrdA/view?usp=sharing> acesso através do link



Durante a audiência, a magistrada apenas informou que estava convertendo a prisão em flagrante em provisória, sem contudo indicar os motivos de sua decisão. Quando a defesa acessou o sistema e-saj para consultar a decisão e analisar seus fundamentos, foi possível perceber que se tratava de uma decisão modelo absolutamente genérica, que não abordava nenhum dos argumentos apresentados pela defesa em sua sustentação oral nem levou em consideração a documentação juntada.

Em uma análise mais meticulosa da decisão, a defesa se deparou com a seguinte informação, referente ao protocolo da decisão no sistema e-saj. Na lateral da página, é possível ler qual portador de certificado digital assinou o documento e o horário de exato de sua liberação nos autos:

“este documento é cópia do original, assinado digitalmente por [REDACTED], liberado nos autos em 13/02/2020 às 15:05”

Processo Digital nº: 1503385-76.2020.8.26.0228
Classe – Assunto: Auto de Prisão Em Flagrante - Tráfico de Drogas e Condutas Afins
Documento de Origem: CF, CF, BO - 2040845/2020 - 77º D.P. SANTA CECILIA, 9993178 - 77º D.P. SANTA CECILIA, 695/20/341 - 77º D.P. SANTA CECILIA
Conduzido/a(s): [REDACTED]

Aos 13 de fevereiro de 2020, às 13:00, na sala de Audiências de Custódia do Foro Plantão - 00ª CJ - Capital, Comarca de SÃO PAULO, Estado de São Paulo, sob a presidência do(a) MM. Juiz(a) de Direito Dr(a). [REDACTED], comigo Escrevente ao final nomeado(a), foi aberta a Audiência de Custódia, nos autos do procedimento entre as partes em epígrafe. Cumpridas as formalidades legais e apregoadas as partes, [REDACTED]. O/a(s) autuado/a(s) declarou ter advogado(a) constituído(a), Dr.(a) MAIRÁ MACHADO FROTA PINHEIRO, [REDACTED]

liberado nos autos em 13/02/2020 às 15:05
ciaDocumento.do, informe o processo 1503385-76.2020.8.26.02

Ora, se a decisão foi liberada nos autos às 15h05, não seria possível que ela apreciasse os argumentos defensivos, **pois ela já estava nos autos antes mesmo de a defesa concluir sua fala.**

Isso significa que nada do que a defesa dissesse em audiência faria a menor diferença, pois não só a decisão já estava tomada, como ela já estava nos autos. A defesa era uma mera figurante, e seu exercício uma mera formalidade.

2. Relaxamento do flagrante

2.1. Cerceamento de defesa e nulidade absoluta da audiência de custódia

Em março de 2019, o STJ reconheceu que a não realização de audiência de custódia configuraria situação teratológica a ponto de justificar a supressão de instância e a superação da Súmula 691 do STF, bem como entendeu como consequência da nulidade do ato, a necessidade de relaxamento do flagrante:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA. PEDIDO DE SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. TERATOLOGIA. PRISÃO EM FLAGRANTE POR MAIS DE 24 HORAS. DEMORA NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Permite-se a superação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal quando, a um primeiro olhar, constatar-se flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. No caso dos autos, o investigado foi preso em 13/12/2018 e permaneceu custodiado unicamente em função do flagrante até o cumprimento da decisão que deferiu o pedido liminar. 3. Considerando que a prisão em flagrante se caracteriza pela precariedade, de modo a não permitir-se a sua subsistência por tantos dias sem a homologação judicial e a convalidação em prisão preventiva, identifico manifesta ilegalidade na omissão apontada, a permitir a inauguração antecipada da competência constitucional deste Tribunal Superior. 4. Ordem concedida para, confirmada a liminar, relaxar a prisão em flagrante do autuado, sem prejuízo da possibilidade de decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Determinada, ainda, comunicação ao CNJ. (HC 485.355/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019)

Ora, em que se diferencia na prática a audiência de custódia do paciente, cujo desfecho foi definido independente da atuação da defesa, de uma que jamais aconteceu? Ignorar a defesa é uma forma bastante óbvia de cerceá-la. E uma audiência de custódia sem defesa é um procedimento que tem sua condição de existência comprometida de maneira incontornável.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa publicou no final de 2019 a pesquisa “O fim da liberdade - a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia²”. A pesquisa monitorou audiências de custódia em nove estados da Federação ao longo do ano de 2018, e dentre os achados constantes no relatório final, temos que na imensa maioria dos casos a decisão judicial converge com os pedidos da acusação e apenas em ínfima minoria há convergência entre judiciário e defesa e divergência com a acusação:

Com base nos pedidos principais de cada parte, temos que em 85,5% dos casos há convergência entre o pedido do MP e a decisão, enquanto que a decisão converge com o pedido da defesa em apenas 6,96% dos casos. Quando defesa e Ministério Público convergem, a decisão os acompanha em 83,6% dos casos.¹²⁸ Isso significa que é mais frequente a convergência entre MP e juiz/a do que entre as três esferas³.

O achado da pesquisa é bastante revelador daquilo que nós que atuamos nas trincheiras da criminalização terciária percebemos em nosso cotidiano: que muitas vezes se trata de um jogo de cartas marcadas com uma previsibilidade significativa dos desfechos. As estatísticas acima ainda sugerem que no contexto das audiências de custódia, que refletem a seletividade do sistema de justiça criminal de maneira bastante aguda, o exercício de defesa efetiva tem pouco impacto nos resultados.

Ainda que se trate de um jogo de cartas marcadas, as regras do jogo exigem que pelo menos formalmente seja permitido que a defesa aconteça, e que o não acolhimento dos pleitos defensivos ocorra por meio de decisão devidamente fundamentada.

2 Relatório completo disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/09/bf7efcc53341636f610e1cb2d3194d2c.pdf>

3 Idem, pp. 111

O caso do paciente, entretanto, se destaca pois nele passamos de uma realidade em que a defesa efetiva tem pouco impacto, para uma lógica teratológica em que a defesa é tratada como absolutamente dispensável.

A conduta da magistrada de interromper a fala da defesa alegando que a patrona havia extrapolado os quinze minutos legalmente estabelecidos para sustentação oral, quando na verdade haviam se passado apenas dez minutos, é particularmente emblemática nesse sentido. A defesa, ali, era apenas um inconveniente, e a intenção de exercê-la de forma efetiva foi mal recebida, como se estivesse atrapalhando o prosseguimento dos trabalhos do dia, e não como se fosse o aspecto imprescindível da individualização das decisões que definem a necessidade ou não de prisão processual.

Não é incomum que a audiência de custódia se inicie com uma sentença modelo já pronta. Não é tampouco incomum que o único aspecto de “individualização” presente nessas decisões seja a mera transcrição o conteúdo do auto de prisão em flagrante no corpo da sentença. Porém, a partir do momento que a decisão vai para o sistema antes mesmo da defesa **terminar de falar, um limite muito grave do cerceamento de defesa é transposto.**

No caso do paciente, a audiência de custódia está contaminada por nulidade absoluta, posto que a decisão que denegou sua liberdade foi liberada nos autos antes de a defesa concluir sua manifestação, e sem levar em consideração nenhum dos argumentos defensivos. O ato que homologou a prisão em flagrante é nulo pois foi realizado em desacordo com as fórmulas legais e com os princípios da ampla defesa e do contraditório, e o prejuízo é gritante: o paciente foi encarcerado por uma decisão totalmente carente de fundamentação idônea e de individualização.

Pelo exposto, requer-se a anulação da audiência de custódia, com o consequente relaxamento da prisão em flagrante de [REDACTED]

2.2. Irregularidade formal do auto de prisão em flagrante – nulidade do laudo de constatação

No auto de exibição e apreensão de fls. 11 consta a apreensão de R\$15,00 em moeda e de 5 porções de maconha. O entorpecente foi acondicionado, segundo o termo de requisição endereçado ao instituto de criminalística (fls. 15) no lacre de nº 00001840.

O laudo de constatação elaborado pelo Instituto de Criminalística apresenta importante contradição interna: enquanto no texto há a indicação de que o entorpecente apreendido teria massa líquida de 4 gramas, na fotografia da balança de precisão, há a indicação de 2.26g de massa:

Dos Materiais Recebidos e Examinados (1 Item(s)):

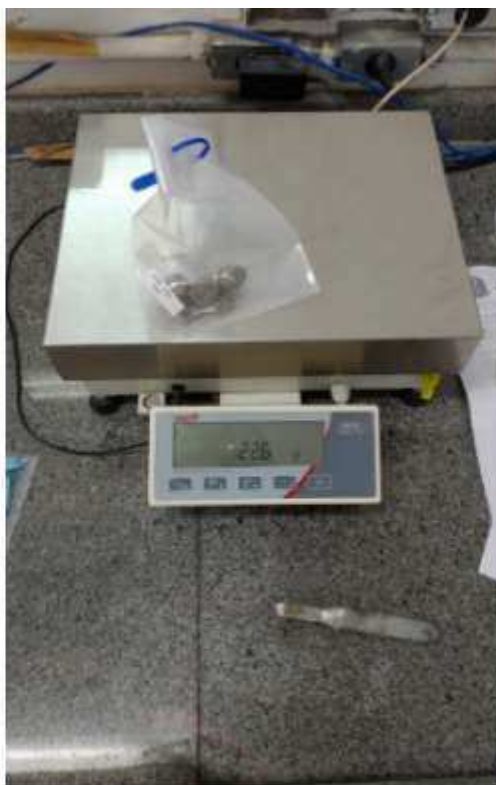
Todo material recebido encontrava-se acondicionado em invólucro(s) plástico(s) lacrado(s), acompanhado da requisição de exame pericial.

O Exame do mesmo revelou:

Item Único (Acondicionado sob o lacre 00001840)

Descrição: invólucro(s) plástico(s) encerrando porção de fragmentos vegetais constituídos de folhas, folíolos, inflorescência, caules e frutos

Massa Líquida: 4 grama(s).



Descrição: Imagem do material aqui recebido para perícia.

(Carregada por: Marcos Fernando Franco)

Em ambas as hipóteses estaríamos diante de extremamente exígua quantidade de entorpecente. Porém, o grande problema dessa divergência é que ela compromete completamente a confiabilidade do documento como um todo.

Com a retirada de amostra para posterior contraprova, a repetição da prova em questão fica igualmente inviável, pois não há prova de que a cadeia de custódia da prova foi preservada. Ainda, a decisão prolatada em audiência de custódia determina a destruição das substâncias apreendidas, o que compromete de maneira definitiva a possibilidade de produção de prova imprescindível para a configuração da materialidade delitiva.

É impossível saber a quantidade exata de entorpecente efetivamente apreendida, e em sendo o laudo de constatação requisito indispensável para a configuração da materialidade delitiva, a nulidade deste documento importa em irregularidade formal do auto de prisão em flagrante que enseja seu relaxamento, o que desde já se requer.

2.3. Irregularidade material – atipicidade da conduta por incidência do princípio da insignificância – ausência de lesividade

Mesmo com as divergências internas no laudo, a quantidade do entorpecente cuja posse é atribuída ao paciente é insignificante.

Ainda que se tome como verdade neste primeiro momento a alegação dos policiais sobre a suposta confissão informal no local da prisão, mesmo que o paciente tenha infirmado tal alegação na primeira oportunidade em que comprovadamente foi ouvido, a conduta é materialmente atípica diante da ausência de lesividade, donde decorre que o flagrante se torna materialmente irregular.

Antiga controvérsia jurisprudencial, a aplicabilidade do princípio da insignificância a delitos da lei de drogas foi reconhecida em 2019 pelo STF quando do julgamento do HC 127.573/SP em 1º de Novembro de 2019:

Habeas corpus. 2. Posse de 1 (um grama) de maconha. 3. Condenação à pena de 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado. 4. Pedido de absolvição. Atipicidade material. 5. Violação aos princípios da ofensividade, proporcionalidade e insignificância. 6. Parecer da Procuradoria-Geral da República pela concessão da ordem. 7. Ordem concedida para reconhecer a atipicidade material. (HC 127573, Relator(a):

Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-256 DIVULG 22-11-2019 PUBLIC 25-11-2019)

No voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes sustentou que a aplicabilidade do princípio é decorrência do princípio da proporcionalidade, cuja aplicação também se dá não só quando da elaboração normativa, mas também no controle difuso de constitucionalidade, quando da interpretação da norma em casos concretos. A restrição a direitos não se reporta apenas à previsão legal, mas também à compatibilidade entre a restrição e o princípio da proporcionalidade.

Aqui a defesa pede venia para transcrever alguns excertos do voto que em muito se relacionam com as circunstâncias concretas que ensejaram a prisão do paciente:

*O princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeitsprinzip) pode atingir, como objeto de seu controle, tanto uma norma em abstrato e sua própria validade, como, de forma mais específica, determinada interpretação da norma em um caso concreto. Isto significa que qualquer medida concreta que afete garantias fundamentais, no momento de aplicação da norma, deve ser compatível com o princípio da proporcionalidade. Um juízo sobre a proporcionalidade, nesse sentido, deve resultar de uma **rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido (pena) e os objetivos perseguidos pelo legislador (proteção do bem jurídico)**. A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se **indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade**. (...) O subprincípio da adequação (Geeignetheit) **exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos**. O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que **nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos**. (...) Em outros termos, o meio*

não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. (...) O ato não será adequado quando não proteger o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. Importante destacar a existência de parâmetros de controle. (...) **Entendo que a razão para a recusa da aplicação do princípio da insignificância em crimes de tráfico de entorpecentes está muito mais ligada a uma decisão político-criminal arbitrária do que propriamente a uma impossibilidade dogmática.** O principal argumento levantado por aqueles que sustentam tal inaplicabilidade é o de que o tráfico ilícito de entorpecentes se revela um crime de perigo abstrato, que tutela bens jurídicos difusos (segurança pública e paz social), e que, portanto, repele o emprego do princípio da insignificância. **No entanto, entendo que tal equação dogmática (crime de perigo abstrato + bem jurídico difuso = inaplicabilidade automática do princípio da insignificância) não se revela exatamente precisa em sua essência.** Diferentemente do que ocorre com os crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato pressupõem um juízo de possibilidade, ou de probabilidade, e não um juízo de certeza de perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal. **É preciso que haja, de todo modo, uma clara demonstração da potencialidade efetiva da conduta em vir a causar um perigo de dano ao valor protegido, já que o juízo de probabilidade que fundamenta os crimes de perigo abstrato não pode ser reduzido a nada ou a uma não possibilidade de risco de dano.** Se os crimes de perigo concreto exigem uma demonstração concreta do perigo, em uma certeza de risco de dano, os crimes de perigo abstrato exigem uma demonstração concreta da possibilidade de risco de dano, já que não são crimes de mera conduta.

Não foi a primeira vez que o STF reconheceu a aplicabilidade do princípio da insignificância a delitos da lei de drogas:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida. JSTF, HC 110478/SC, 1ª Turma Rel. Min. Dias Toffoli, j. 14.02.2012.

Em sendo o princípio da insignificância uma decorrência do princípio da proporcionalidade, temos que a restrição à liberdade decorrente da criminalização se mostra inadequada e desnecessária quando a conduta for de lesividade tão reduzida que não é capaz de efetivamente atingir o bem jurídico que a norma se propõe a proteger.

É precisamente este o caso do paciente: independente do entendimento acerca da destinação do entorpecente, se para o uso pessoal ou para o comércio, a quantidade apreendida é tão ínfima que não há que se falar em lesão ao bem jurídico da saúde pública. E quando a prova da materialidade ainda está eivada de nulidades, como é o caso do laudo de constatação, a desproporcionalidade da decisão encarceradora torna-se ainda mais gritante.

Pelo exposto, diante da demonstração de que a conduta do paciente é absolutamente desprovida de lesividade, portanto atípica em razão da incidência do princípio da insignificância, requer-se o reconhecimento da irregularidade material do auto de prisão em flagrante, com seu consequente relaxamento.

2.3. Irregularidade formal do auto de prisão em flagrante – infração de menor potencial ofensivo

A quantidade de entorpecente, bem como o que se sabe sobre as circunstâncias do crime nesta etapa de cognição sumária, conduzem à conclusão de que a conduta a ele atribuída melhor se amolda ao art. 28 da Lei 11.343/2006.

Com efeito, temos duas versões mutuamente excludentes sobre os fatos: (a) os policiais civis alegaram na delegacia que teria presenciado o paciente em conduta compatível com a venda de entorpecentes, e que o paciente teria confessado informalmente a traficância no momento de sua abordagem; (b) o paciente alegou na audiência de custódia que em momento algum confessou a traficância, pois sequer lhe foi dada oportunidade de falar até o momento da audiência, e que o entorpecente com ele apreendido era para seu consumo próprio.

A tese do tráfico se baseia única e exclusivamente na palavra dos policiais, vez que a (controversa) prova da materialidade consubstanciada no laudo de constatação **nada diz sobre a destinação que se daria ao entorpecente.**

Aderir à versão dos policiais civis implica em fazer recair exclusivamente sobre o paciente o ônus de comprovar a destinação do entorpecente para uso pessoal. E em Direito Penal, impera a presunção de inocência. Implica ainda em atribuir a uma prova de confiabilidade extremamente limitada o caráter de suficiência probatória, ao se inverter o ônus da prova e exigir que o acusado prove sua inocência. Como, além de através do depoimento do próprio paciente, seria

possível demonstrar que a abordagem não ocorreu exatamente da maneira que descreveram os policiais? Se trata de empreitada praticamente impossível. Não há registros audiovisuais da atuação dos policiais, nem outras testemunhas que tenham presenciado a abordagem e possam confirmar que os fatos se deram da maneira que os policiais descreveram.

A descrição de uma suposta venda que os policiais teriam presenciado e a menção à suposta confissão informal no local dos fatos são elementos centrais para a narrativa acusatória, pois a mera apreensão do entorpecente, dada sua diminuta quantidade, seria insuficiente para justificar a prisão. Por isso a presença desses elementos na narrativa dos policiais é perfeitamente compreensível, ainda que a defesa sustente que se trata de informações falsas.

O relato dos policiais é uma prova que, objetivamente, possui forte viés, na medida em que se trata de testemunhas que têm interesse direto em legitimar a própria atuação, sob pena de confessarem terem incorrido em atos de abuso de autoridade. Trata-se, portanto de uma testemunha que age movida também pelo interesse de não autoincriminação. Em qualquer outra hipótese, a própria legislação processual pátria por esse motivo liberaria a testemunha de seu compromisso de dizer a verdade e por esse motivo atribuiria a ela o papel de testemunha informante, cujo relato possui peso probatório diminuído.

Em pesquisa realizada a partir do mutirão carcerário do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, foi perguntado aos participantes (presos) se os mesmos haviam sido interrogados na delegacia e apenas 31,8% afirmaram que sim. Esse dado é preocupante, pois em todos os casos havia alguma informação – seja sobre o silêncio, seja um depoimento – no Boletim de Ocorrência. Soma-se a isso a constatação de que em 56,6% dos casos cuja resposta do entrevistado foi a de que não teve a oportunidade de falar em delegacia, os Boletins de Ocorrência traziam termos de interrogatórios preenchidos – com versões dos fatos supostamente narradas pelo assistido.”⁴

Os dados acima demonstram que o direito à defesa e à autodefesa em solo policial na etapa da lavratura do auto de prisão em flagrante se encontra bastante comprometido. E uma das finalidades da audiência de custódia é precisamente verificar as informações produzidas nessa etapa.

4 . Mutirão carcerário realizado pelo IDDD no Centro de Detenção Provisória de Guarulhos I, que ensejou a publicação do relatório *Liberdade em Foco - Redução do uso abusivo da prisão provisória na cidade de São Paulo*, p. 36. Disponível em: <https://bit.ly/2zqB1hG>.

A prova testemunhal produzida a partir do relato de agentes de segurança é a principal e em geral a única prova na imensa maioria dos casos que envolvem crimes da Lei de Drogas. É o que se verifica dos achados da pesquisa “Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo⁵” produzida pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo.

Segundo a pesquisa, em 74% dos flagrantes de tráfico na capital paulista, a principal prova é a palavra dos dois agentes de segurança que figuram como condutor e testemunha no auto de prisão em flagrante. Em 44% dos casos analisados, os policiais alegaram que o acusado confessou a autoria no momento da prisão, mas nos depoimentos formais realizados em juízo, apenas 11% dos acusados efetivamente confessaram a autoria. Na fase judicial, as mesmas “confissões informais” rechaçadas no depoimento do acusado são valoradas pelo judiciário como “forte indício de culpa”. A mesma pesquisa identificou taxa de absolvição de apenas 3%.

Temos, portanto, que essa narrativa sobre supostas confissões informais *in loco* que não se repetem nem na fase policial nem em juízo é bastante frequente. No caso do paciente, essa narrativa se mostrou essencial para legitimar sua prisão, diante da pequena quantidade de entorpecente apreendido, que seria perfeitamente compatível com o porte para uso pessoal.

A crítica à atribuição do caráter de suficiência probatória à palavra de agentes de segurança não é uma crítica moral às pessoas dos policiais, e sim uma crítica a um *standard probatório* permissivo e à naturalização da produção em massa de decisões condenatórias com base em provas que, na prática, no curso dos processos, são de impossível verificação.

Na pesquisa “O fim da liberdade - a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia⁶”, identificou-se que dentre os acusados de tráfico, 65% eram negros (como o paciente). Em 90% dos casos de tráfico, a única prova em desfavor do preso era o testemunho policial. Sobre essa questão, o relatório da pesquisa tece as seguintes considerações:

No universo de crimes considerados (2.313), o tráfico surge em 26% dos casos, isoladamente considerado, e em 34,3% dos casos,

5JESUS, MGM de et al. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. **São Paulo: Núcleo de Estudo da Violência da USP. E-book**, 2011.

6 Instituto de Defesa do Direito de Defesa, O fim da liberdade - a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódiaRelatório completo disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/09/bf7efcc53341636f610e1cb2d3194d2c.pdf>

*considerando também os casos com concurso de crimes. É um número bastante expressivo, pois sinaliza **qual tipo de crime é majoritariamente levado pelas autoridades policiais à audiência de custódia.** Lembrando que o tráfico de drogas é um crime sem violência ou grave ameaça e sem vítimas⁷.*

Diante das versões mutuamente excludentes disponíveis no presente processo, faz-se necessário voltar o olhar para os aspectos objetivos, vez que quanto à prova testemunhal, subjetiva, a dúvida deve pesar em favor do acusado. Afinal, em que pese a decisão sobre a prisão processual abarcar uma análise apenas perfunctória do mérito da acusação, a existência de indícios de autoria e materialidade é o primeiro critério para a análise da pertinência da previsão provisória. E os elementos constantes na narrativa acusatória sempre são levados em consideração para avaliar essa pertinência. Seria arbitrário considerar as questões de mérito apenas no que interessa para piorar a situação do réu e ao mesmo tempo desconsiderá-las quando inseridas na argumentação defensiva.

Quanto a esses aspectos objetivos, temos que se a diferenciação entre porte para tráfico e porte para uso pessoal dependesse da quantidade de entorpecente apreendido, o paciente se enquadraria na categoria de usuário segundo todos os parâmetros disponíveis na doutrina e no direito comparável.

O Sindicato Nacional dos Peritos Criminais entregou em 2019 um estudo ao STF propondo a adoção de critérios quantitativos para diferenciação entre uso e tráfico, estabelecendo para a maconha a quantidade de **40 gramas** como limite do compatível com uso pessoal. O parâmetro da Associação Brasileira de Jurimetria é entre 5 e 15 gramas.⁸ 40 gramas é também a quantidade permitida para porte no Uruguai⁹; no estado americano do Colorado é permitido a compra de até 8 gramas por pessoa¹⁰; no estado americano da Califórnia é permitido a compra de até 28 gramas¹¹; em Portugal, 25 gramas e na Espanha 20 gramas¹². **Assim, temos que a**

7 idem, pp. 67

8 <https://www.jota.info/stf/do-supremo/quantos-gramas-separam-um-usuario-de-drogas-de-um-trafficante-30052019>

9 <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2018/10/11/no-uruguai-maconha-entre-maiores-de-55-anos-cresce-229-apos-legalizacao.htm>

10 <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/colorado-debate-aumento-de-crimes-apos-legalizacao-da-maconha>

11 <https://veja.abril.com.br/mundo/fila-cadastro-e-imposto-o-comercio-da-maconha-na-california/>

12 <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/12/veja-como-e-legislacao-relativa-maconha-em-outros-paises.html>

quantidade de entorpecente atribuída ao paciente seria considerada compatível com a finalidade do uso pessoal em qualquer uma dessas hipóteses.

Considerando que o paciente não confirmou a confissão informal quando ouvido em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, e considerando ainda que ele explicitamente afirmou que a destinação do entorpecente era seu próprio consumo, e que a quantidade com ele encontrada é perfeitamente compatível com os parâmetros quantitativos estabelecidos pelo direito comparado, caso Vossas Excelências não reconheçam a tese de atipicidade material por incidência do princípio da insignificância, requer-se a desclassificação da conduta imputada ao paciente para aquela prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, com o consequente relaxamento da prisão em flagrante e remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal na forma do art. 69 da Lei 9099/1995.

3. Liberdade Provisória

Como tese subsidiária, caso Vossas Excelências entendam pela regularidade formal e material do auto de prisão em flagrante, o que desde já se rechaça, requer-se a concessão da liberdade provisória, diante da ausência dos requisitos autorizadores da manutenção da custódia cautelar.

Conforme documentação em anexo, o paciente possui residência fixa, morando com sua mãe e irmãos em imóvel próprio, podendo, portanto, ser facilmente localizado para ser intimado a comparecer a todos os atos do processo. Não há que se falar, portanto, em necessidade da prisão por conveniência da instrução criminal ou para garantir a aplicação da lei penal.

Não há provas que possam ser destruídas, nem tampouco qualquer possibilidade ou indicativo de que o paciente viria a interferir na produção de prova testemunhal, ainda mais considerando que as únicas testemunhas de acusação são dois policiais.

Ademais, o paciente possui ocupação lícita, também conforme documentação. Igor foi aprovado no processo seletivo de vendedores ambulantes credenciados pela prefeitura para as festividades de pré-carnaval e carnaval, e também trabalha como entregador para a empresa Rappi. O paciente ainda é pai de duas crianças, de cuja criação participa ativamente.

Quando à garantia da ordem pública, importante ressaltar que o risco de reiteração delitiva não deve ser presumido, e que o paciente não deve ser considerado reincidente na medida em que a condenação que ostenta não é definitiva e se encontra atualmente em grau de recurso. Ademais, em seu interrogatório no processo anterior, o paciente negou a autoria do delito e a decisão condenatória (objeto de recurso) viola o art. 155 do CPP, na medida em que se baseia fundamentalmente em elementos de informação produzidos na etapa policial e não repetidos em juízo. Em relação a este ponto, temos ainda que, por se tratar de condenação provisória, sem trânsito em julgado, o paciente ainda faz jus à causa de diminuição do §4º do art. 33, o que torna a prisão cautelar desproporcional também por se tratar de medida mais gravosa do que a pena que se tem em perspectiva, mesmo na pior das hipóteses. A condição de adicto ainda faz com que o paciente faça jus à causa de diminuição do art. 46 da Lei 11.343/2006.

Ademais, ao paciente é atribuída a prática de infração sem violência ou grave ameaça e de conduta de baixíssima lesividade, dado a pequena quantidade de entorpecente apreendida.

Há ainda comprovação documental de que a família do paciente vinha buscando tratamento para ele em razão da drogadição. Considerando a gravidade concreta da conduta, há diversas medidas cautelares diversas da prisão que se mostram soluções mais adequadas, necessárias e proporcionais enquanto a autoria e materialidade definitivas se encontram sub judice.

A imposição de comparecimento mensal ou quinzenal em juízo, bem como o encaminhamento do paciente ao CAPS-AD para tratamento, seriam medidas muito mais adequadas e compatíveis com a gravidade em concreto da conduta imputada, caso Vossas Excelências entendam pela necessidade de imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

4. Da Liminar

Para a concessão da tutela de urgência, faz-se necessária a comprovação cumulativa dos dois requisitos concebidos pela doutrina e jurisprudência: A plausibilidade jurídica do pedido e o perigo na demora.

A nulidade da audiência de custódia foi devidamente comprovada pela prova documental e audiovisual fornecida pela defesa. Em relação à plausibilidade jurídica do pedido subsidiário de liberdade provisória, temos que esta se configura na documentação comprobatória da residência fixa e ocupação lícita, restando preenchido o critério do *fumus boni iuris*.

O perigo na demora, por sua vez, se configura pois o encarceramento do paciente implica sua submissão a regime de privação de liberdade desproporcionalmente gravoso, ainda mais considerando o **estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário**. Acentua-se o perigo na medida em que o paciente, usuário que necessita de tratamento, não se encontra recebendo a atenção que sua saúde necessita.

Pelo exposto, requer-se a concessão liminar da ordem de Habeas Corpus para que seja imediatamente expedido alvará de soltura, de forma que seja franqueada ao paciente a oportunidade de responder ao processo em liberdade.

5 Requerimento

Pelos fatos e fundamentos jurídicos acima aduzidos, requer-se:

(i) A concessão LIMINAR da ordem de Habeas Corpus, ante a presença de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*;

(ii) Que seja oficiada a autoridade coatora para prestar as informações de praxe, com posterior remessa dos autos ao Ministério Público, com regular prosseguimento do feito;

(iii) Que seja conhecido e provido o pedido de Habeas Corpus, tornando definitivos os efeitos da liminar concedida.

A defesa desde já manifesta sua oposição ao julgamento virtual do presente *writ*, vez que em caso de indeferimento da liminar, realizará sustentação oral.

Nestes termos que se pede e espera deferimento.

São Paulo, 17 de Fevereiro de 2020

Maira Machado Frota Pinheiro

OAB/SP 403.756

A pesquisa identificou ainda que em São Paulo, em 67% dos casos de tráfico, o desfecho da audiência de custódia foi a decretação da prisão preventiva¹³. É portanto praticamente automático que uma prisão em flagrante por tráfico acarretará prisão provisória.

13 “O tráfico de drogas é o primeiro crime não violento com maior índice de decretação de prisão preventiva, ficando à frente, inclusive, de crimes como feminicídio e lesão corporal grave ou gravíssima (inclusive em concurso com violência contra a mulher)” pp. 107