



SUMÁRIO EXECUTIVO

Manuais sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia

SÉRIE FAZENDO JUSTIÇA
COLEÇÃO FORTALECIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

**SUMÁRIO
EXECUTIVO**

Manuais sobre
Tomada de Decisão
na Audiência de
Custódia



DEPEN
Departamento Penitenciário Nacional



UNODC
Escritório das Nações Unidas
sobre Drogas e Crime



CNJ CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA

SUMÁRIO EXECUTIVO:

Manuais sobre Tomada de Decisão na
Audiência de Custódia

ISBN:



A versão completa do **Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros Gerais** pode ser acessada pelo código QR ao lado.



A versão completa do **Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos** pode ser acessada pelo código QR ao lado.

Coordenação Série Fazendo Justiça

Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi
Natalia Albuquerque Dino de Castro e Costa
Renata Chiarinelli Laurino
Valdirene Daufemback
Talles Andrade de Souza
Débora Neto Zampier

Ficha Técnica

Elaboração

Luciano Nunes Ribeiro

Com base nos Manuais elaborados por

Maíra Rocha Machado

Supervisão técnica

Marina Lacerda e Silva
Rafael Barreto Souza
Luis Gustavo Cardoso

Colaboração

Ana Luíza Bandeira
Ana Paula Nunes
Daniela Dora Eilberg
Flora Moara Lima
Igo Gabriel dos Santos Ribeiro
Iuri de Castro Torres
Luis Gustavo Cardoso
Mariana Cretton

Marília Mundim da Costa

Nara Denilse Araújo

Tatiany dos Santos Fonseca

Vinícius Couto

Revisão

Janaina Camelo Homerin

Marina Lacerda e Silva

Luis Gustavo Cardoso

Diagramação

Diego Santos

Suporte técnico para tradução e diagramação

Bié Tradução de Línguas e Eventos Eireli

Traducción del portugués al español

Angela de Almeida Pontes

Apresentação

A Constituição brasileira alicerça nossas aspirações enquanto sociedade fundada no estado democrático de direito ao mesmo tempo em que fomenta o avanço social com respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Nesse sentido, é dever indelével das instituições, especialmente do Judiciário enquanto guardião de nossa Carta Magna em última instância, zelar para que nossas ações apontem para esse norte civilizatório, não apenas rechaçando desvios, mas agindo já para transformar o presente que almejamos.

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que quase 1 milhão de brasileiros vivem à margem da lei máxima do país dentro de nossas prisões, com efeitos nefastos para o grau de desenvolvimento inclusivo ao qual nos comprometemos por meio da Agenda 2030 das Nações Unidas. É para a superação definitiva desse cenário que trabalha o programa Fazendo Justiça, parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), com apoio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, na figura do Departamento Penitenciário Nacional.

Mesmo durante a pandemia de Covid-19, o programa vem realizando entregas estruturantes a partir da colaboração e do diálogo entre diferentes instituições em todo o espectro federativo. São 28 ações desenvolvidas simultaneamente para fases e necessidades do ciclo penal e do ciclo socioeducativo, que incluem a facilitação de serviços, reforço ao arcabouço normativo e produção e difusão de conhecimento. É no contexto desse último objetivo que se insere a presente publicação, agora parte integrante de um robusto catálogo que reúne avançado conhecimento técnico no campo da responsabilização e garantia de direitos, com orientação prática para aplicação imediata em todo o país.

O volume integra a coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia, elaborada pelo eixo de Proporcionalidade Penal do programa Fazendo Justiça (Eixo 1) para racionalizar a porta de entrada do sistema prisional conforme parâmetros nacionais e internacionais e à luz da Resolução CNJ nº 213/2015 e das recentes mudanças no Código de Processo Penal brasileiro. A partir de parceria com o PNUD e com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), o CNJ fomenta a legalidade das prisões, a proporcionalidade nas respostas penais e a inclusão social, visando a redução da superpopulação e superlotação carcerária.

Este Sumário Executivo apresenta o essencial do **Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros Gerais** e do **Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos**, publicados conjuntamente em 2020. As publicações buscam contribuir para a plena realização das audiências de custódia de forma global, com ênfase na avaliação da legalidade da prisão, na adoção de alternativas penais, no caráter excepcional da privação de liberdade, bem como nas diversas formas de vulnerabilidade que marcam socialmente as pessoas custodiadas. Este sumário também apresenta desafios e potencialidades para a atuação judicial diante de tipos penais recorrentes nos flagrantes que levam à audiência de custódia: furto, roubo e tráfico de drogas.

Luiz Fux

Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça

CNJ (Conselho Nacional de Justiça)

Presidente: Ministro Luiz Fux

Corregedor Nacional de Justiça: Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Conselheiros

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Tânia Regina Silva Reckziegel

Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Ivana Farina Navarrete Pena

Marcos Vinícius Jardim Rodrigues

André Luis Guimarães Godinho

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho

Sidney Pessoa Madruga

Mário Henrique Aguiar Goulart Ribeiro Nunes Maia

Secretário-Geral: Valter Shuenquener de Araujo

Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica: Marcus Livio Gomes

Diretor-Geral: Johaness Eck

Supervisor DMF/CNJ: Conselheiro Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro

Juiz Auxiliar da Presidência e Coordenador DMF/CNJ: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi

Juiz Auxiliar da Presidência - DMF/CNJ: Antonio Carlos de Castro Neves Tavares Juiz

Juiz Auxiliar da Presidência - DMF/CNJ: Carlos Gustavo Vianna Direito

Juiz Auxiliar da Presidência - DMF/CNJ: Fernando Pessoa da Silveira Mello

Juiz Auxiliar da Presidência - DMF/CNJ: Walter Godoy dos Santos Júnior

Diretora Executiva DMF/CNJ: Natalia Albuquerque Dino de Castro e Costa

Chefe de Gabinete DMF/CNJ: Renata Chiarinelli Laurino

MJSP (Ministério da Justiça e Segurança Pública)

Ministro da Justiça e Segurança Pública: Anderson Gustavo Torres

Depen - Diretora-Geral: Tânia Maria Matos Ferreira Fogaça

Depen - Diretor de Políticas Penitenciárias: Sandro Abel Sousa Barradas

PNUD BRASIL (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento)

Representante-Residente: Katyna Argueta

Representante-Residente Adjunto: Carlos Arboleda

Representante-Residente Assistente e Coordenadora da Área Programática: Maristela Baioni

Coordenadora da Unidade de Paz e Governança: Moema Freire

Coordenadora-Geral (equipe técnica): Valdirene Daufemback

Coordenador-Adjunto (equipe técnica): Talles Andrade de Souza

Coordenação Eixo 1 (equipe técnica): Fabiana de Lima Leite

Coordenador-Adjunto Eixo 1 (equipe técnica): Rafael Barreto Souza

UNODC (Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime)

Diretora do Escritório de Ligação e Parceria do UNODC no Brasil: Elena Abbati

Coordenador da Unidade de Estado de Direito: Nivio Nascimento

Assessor de Coordenação: Igo Gabriel dos Santos Ribeiro

Supervisora Jurídica: Marina Lacerda e Silva

Supervisora de Proteção Social: Nara Denilse de Araújo

Supervisor em Dados e Informações: Vinicius Assis Couto

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. PARAMETRIZAÇÃO JURÍDICA	11
2. O PROCESSO DECISÓRIO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM CINCO ETAPAS	14
ETAPA 0	15
Sanar irregularidades dos autos	
ETAPA 1	17
Verificar a legalidade e a regularidade do flagrante	
ETAPA 2	21
Enquadrar a conduta na lei com base nos autos e na entrevista	
ETAPA 3	25
Diante do flagrante regular e do enquadramento legal definido judicialmente, verificar a necessidade de se aplicar alguma medida cautelar	
ETAPA 4	28
PARTE 1: Decidir sobre a adequação da medida cautelar a partir de três critérios.....	28
PARTE 2: Qual medida cautelar deve ser aplicada a essa pessoa?	
Ou o que é necessário fazer, no curso do processo, em relação a essa pessoa?	33
ETAPA 5	38
Prisão provisória – a medida mais excepcional	
3. PARAMETRIZAÇÃO ESPECÍFICA PARA PERFIS DE PESSOAS CUSTODIADAS	42
GRAVIDEZ E MATERNIDADE	42
PAIS E DEMAIS RESPONSÁVEIS POR DEPENDENTES	44
PESSOAS LGBTQI+	44
PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E EM SITUAÇÃO DE EXTREMA VULNERABILIDADE	45
MIGRANTES	45
PESSOAS COM DOENÇAS GRAVES E OUTRAS QUESTÕES DE SAÚDE	46
PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA	47
PESSOAS COM TRANSTORNOS ASSOCIADOS AO USO DE DROGAS	47
INDÍGENAS	48

FLUXOGRAMA GERAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



● Medidas Judiciais e Não Judiciais
 ● Medidas Não Judiciais
 ● Decisão Judicial

INTRODUÇÃO

Este Sumário Executivo compõe um conjunto de ações do Projeto de Fortalecimento das Audiências de Custódia, implementado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) no âmbito do Programa Fazendo Justiça, uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Para o fortalecimento da audiência de custódia, o Programa desenvolve uma ação nacional em colaboração com o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC).

A sua finalidade é difundir e **divulgar**, no âmbito nacional e internacional, o conteúdo do **Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros Gerais**¹ e do **Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos**², da coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia, que sistematizam esforços e resultados do Programa Justiça Presente, desenvolvido entre 2019 e 2020 e cujas iniciativas, desde então, seguem sendo desenvolvidas, ampliadas e aprofundadas pelo Programa Fazendo Justiça, com importante foco para o fortalecimento das audiências de custódia.

Audiência de custódia é o ato em que a pessoa presa é apresentada diante do órgão judicial para que decida sobre a legalidade da prisão, a necessidade de medidas cautelares, para que colete indícios de tortura ou maus tratos cometidos contra a pessoa custodiada e promova encaminhamentos relacionados à proteção social. A sua fundamentação remonta ao Pacto de São José da Costa Rica, ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, ao Código de Processo Penal e às resoluções do CNJ, dentre as quais se ressalta a Resolução nº 213/2015.

Os manuais constituem material altamente qualificado e atualizado, que aborda, de maneira abrangente e detalhada, os serviços públicos e os tópicos mais relevantes para a audiência de custódia: tomada de decisão judicial, proteção social, prevenção e combate à tortura, e o uso de algemas e outros instrumentos em contenção, conforme parâmetros nacionais e internacionais.

1 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_juridico_1-web.pdf

2 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_juridico_2-web.pdf

Diante dos desafios que a realidade impõe, este Sumário Executivo é um convite para conhecer os novos parâmetros da audiência de custódia e acompanhar seu fortalecimento institucional e o seu estabelecimento definitivo como um instituto capaz de garantir as salvaguardas do devido processo legal e os direitos das pessoas submetidas à custódia do Estado.

A parametrização do processo decisório em audiência de custódia proposta se organiza em cinco etapas e indica decisões consistentes com os objetivos e valores da Resolução CNJ nº 213/2015 e seus protocolos. Os parâmetros enfatizam os casos de prisão em flagrante, mas podem ser aplicados, no que for cabível, às audiências realizadas por mandados de prisão cautelar ou definitiva.

Esta publicação também apresenta parâmetros específicos para decisões relativas aos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas, responsáveis por 53% dos casos levados às audiências de custódia³, e relativas a nove grupos específicos: (i) mães e gestantes; (ii) pais e demais responsáveis; (iii) pessoas LGBTQI+; (iv) pessoas em situação de rua e em situação de extrema vulnerabilidade; (v) migrantes; (vi) pessoas com doenças graves e outras questões de saúde; (vii) pessoas com deficiência auditiva; (viii) pessoas com transtornos associados ao uso de drogas e (ix) indígenas.

Para estruturar o processo decisório e identificar as etapas e as grandes questões que organizam cada uma delas, este documento apoia-se em decisões coletadas pela equipe do Projeto, com atuação em todo o território brasileiro. O instrumento de coleta buscou acessar os padrões decisórios recentes (referentes ao ano de 2019) e já existentes no país, os entraves cognitivos e operacionais, bem como as soluções e estratégias jurídicas utilizadas pela magistratura brasileira para tomar decisões consistentes com a Resolução CNJ nº 213/2015. O tratamento do material revelou medidas cautelares não previstas, previsões de prisão automática para descumprimento de cautelares, competências e procedimentos não previstos no marco normativo e, ainda, a aplicação das condições da fiança de modo autônomo. Apesar disso, a proposta do Manual se apoia no conjunto de decisões compatíveis com o quadro normativo em vigor.

3 De acordo com a pesquisa, as acusações mais frequentes são por roubo (22,1%), tráfico de drogas (16,9%) e furto (14%). FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Relatório Analítico Propositivo. 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: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/10/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_CNJ_2018.pdf

1. PARAMETRIZAÇÃO JURÍDICA

A ideia motriz de cada etapa do processo decisório é a valorização da independência judicial. Tal como proposta, a parametrização é para a magistratura (e não contra ela), para ampliar o papel que desempenha na gestão e no enfrentamento de problemas sociais levados cotidianamente aos tribunais, e, enfim, para qualificar e fortalecer a posição do Poder Judiciário.

É fundamental que a atuação da magistratura se diferencie da atuação das polícias e do Ministério Público. Para isso, o juiz ou juíza deve reconhecer seu papel de controle (e não de chancela) do conteúdo do auto de prisão em flagrante, maximizando o que a audiência de custódia fornece – a presença da pessoa custodiada, garantindo a realização plena das etapas envolvidas na audiência de custódia.

Antes de analisar as etapas do processo decisório, cumpre apresentar de maneira introdutória os crimes de furto, roubo e tráfico de drogas, os delitos mais recorrentes nas audiências de custódia. No decorrer das etapas, os parâmetros sobre tais crimes serão apresentados de maneira específica.

FURTO (ART. 155, CP)

- O art. 155 do Código Penal⁴ brasileiro prevê como crime de “furto simples” a ação de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, com pena de um a quatro anos de reclusão e multa, aumentando em 1/3 se é praticado em período noturno. Se o réu for primário e o bem subtraído for de “pequeno valor”, o furto é considerado “**privilegiado**”, sendo possível reduzir em até 2/3 ou aplicar somente a multa (§2). Além disso, afasta a possibilidade de decretar prisão preventiva diante da aplicação de pena inferior a 4 anos.

4 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, DOU de 31.12.1940. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

- De acordo com levantamento realizado em 2017⁵, das 726.354 pessoas presas, 234.866 (32%) foram condenadas ou aguardam julgamento por crimes patrimoniais. Dessas, 29.737 respondem por furto simples e 31.378 por furto qualificado (art. 155, §§ 4º e 5º, CP).
- Por ser um crime patrimonial, com frequência é associado a pessoas em situação de **extrema vulnerabilidade**, como pessoas em situação de rua e de baixa renda. Por isso, as audiências de custódia podem e devem cumprir papel central na conexão com a rede de **proteção social**. É importante que não ocorra a criminalização da pobreza diante de situações como falta de endereço fixo, documentos pessoais e trabalho regular.

ROUBO (ART. 157, CP)

- O roubo está previsto no art. 157 do Código Penal como o ato de “subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”, sob pena de reclusão de quatro a dez anos, com multa. Incorre na mesma pena quem, logo após subtrair a coisa, emprega grave ameaça ou violência contra pessoa para assegurar a impunidade do crime ou a posse da coisa (§1º)⁶.
- De acordo com levantamento realizado em 2017, 42.987 pessoas estavam presas - com condenação ou provisoriamente - por roubo simples (art. 157), e 93.461 por roubo qualificado (art. 157, § 2º). Somadas as quantidades, o roubo representa 26,2% das incidências penais⁷.

5 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2017. p. 87. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

6 A pena aumenta de um terço até a metade, nos termos do § 2º, em casos de concurso de pessoas (inciso II), se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância (inciso III), se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior (inciso IV), se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade (inciso V), se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego (inciso VI), se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma branca (inciso VII). O aumento passa a ser de dois terços (§ 2º-A) se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo (inciso I), ou se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (inciso II). Se a violência ou grave ameaça é exercida com emprego de arma de fogo de uso restrito ou proibido, aplica-se em dobro a pena (§ 2º-B). Por fim, se da violência resulta lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 a 18 anos mais multa (§ 3º, I), e se resulta morte, a pena é de reclusão de 20 a 30 anos, e multa.

7 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2017. p. 87. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, LEI Nº 11.343/2006)

- O crime de tráfico de drogas está previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006⁸, estabelecendo pena de 5 a 15 anos de prisão a quem “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. O § 4º prevê a possibilidade de **redução de 1/6 a 1/3** da pena caso o **agente seja primário**, de **bons antecedentes**, **não** se dedique às **atividades criminosas** e **não** integre **organização criminosa**. É o “**tráfico privilegiado**”, que, quando reconhecido, implica redução da pena e indica a possibilidade, a partir da análise de outros requisitos legais, de aplicação de pena restritiva de direitos em substituição à privação de liberdade.
- Tal crime é atribuído a 28% da população prisional⁹. No caso das mulheres, representa 62% das prisões¹⁰, demandando um tratamento especial na presente publicação.

8 BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. DOU de 24.8.2006. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

9 BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2017. p. 87. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

10 BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres - 2ª edição. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018.

2. O PROCESSO DECISÓRIO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA EM CINCO ETAPAS

GARANTIAS LIGADAS À REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Antes mesmo de iniciar a audiência de custódia, alguns elementos devem ser providenciados:

1. Garantias básicas e insumos emergenciais

- alimentação adequada e água potável;
- insumos emergenciais, abarcando vestimenta apropriada, calçados, absorventes íntimos e acesso a banho ou asseio;
- adequação da temperatura da sala de audiência;
- guarda e posterior devolução de pertences e roupas à pessoa custodiada;
- meios para assegurar o transporte após a audiência.

2. Atendimento social prévio à audiência de custódia

- Conforme **Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada**¹¹, realizado pelo Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, onde houver;

3. Uso excepcional de algemas (em conformidade com a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal – STF e com o **Manual sobre Algemas e Outros Instrumentos de Contenção em Audiências Judiciais**¹²); e

4. Vedação à presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia (art. 4º, parágrafo único, Res. nº 213/2015).

11 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_protecao_social-web.pdf

12 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Manual_de_algemas-web.pdf

Recebido o auto de prisão em flagrante, a autoridade judicial deve, em um primeiro momento, **analisar os aspectos formais do flagrante** contidos no art. 302 do CPP, bem como todo o procedimento de elaboração dos autos, do momento da prisão até a condução à unidade judiciária, incluindo aspectos materiais e garantias do flagrante, homologando-o em caso de legalidade e relaxando-o nos casos de ilegalidade (art. 310 do CPP).

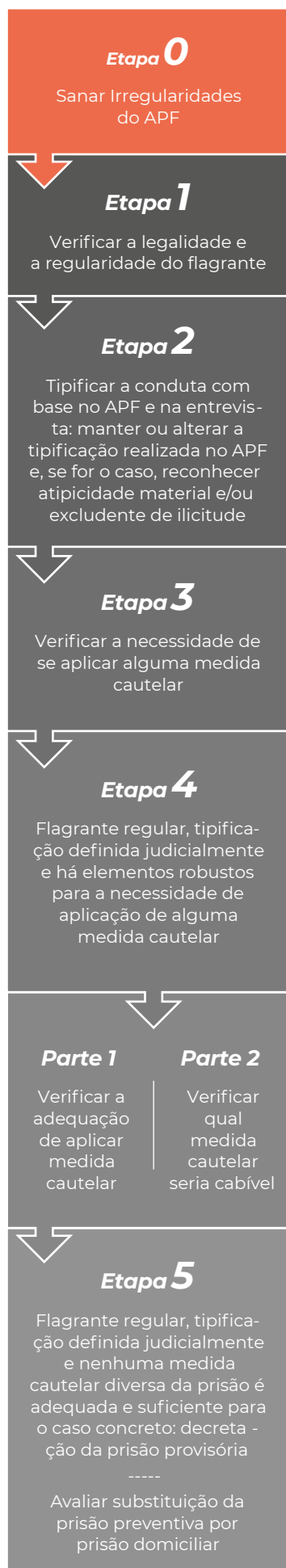
Sendo assim, as Etapas 0 (zero) e 1 (um) correspondem à averiguação dos aspectos de **legalidade e formalidade da prisão** (arts. 302, 304 e 306 do CPP), indicando aqueles que poderiam ser sanados e aqueles que levariam à nulidade e, portanto, ao relaxamento do flagrante.

ETAPA 0

SANAR IRREGULARIDADES DOS AUTOS

A Etapa 0 (zero) corresponde à verificação de vícios que podem ser sanados pelo Judiciário. **Constatado o vício, devem ser tomadas ações concretas para saná-lo**, especialmente no que tange à:

- (i) comunicação da prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada e às autoridades responsáveis;
- (ii) interrogatório e escuta da pessoa custodiada, sendo comunicados e assegurados os direitos ao silêncio, a receber atendimento médico e à presença de um advogado ou advogada;
- (iii) garantia de intérprete para indígenas, pessoas com deficiência auditiva e pessoas migrantes. No caso de pessoas migrantes, garantia de comunicação à autoridade consular ou diplomática;
- (iv) entrega da nota de culpa com o motivo da prisão, o nome do condutor e das testemunhas, dentro do mesmo prazo de 24 horas; e
- (v) realização de exame de corpo de delito cautelar sem a presença de policiais. Caso não tenha ocorrido ou tenha ocorrido de maneira diversa, a autoridade judicial deverá determinar novo exame de corpo de delito com a formulação de quesitos.



ETAPA 1

VERIFICAR A LEGALIDADE E A REGULARIDADE DO FLAGRANTE

Na Etapa 1, a autoridade judicial deverá responder a perguntas que compõem os requisitos de **legalidade** do flagrante, a saber: a abordagem policial foi realizada corretamente? A apresentação da pessoa custodiada ao juízo competente foi realizada em até 24 horas? Houve flagrante mesmo?

Caso o juiz ou juíza responda **NÃO a alguma das perguntas**, a consequência deve ser o **relaxamento da prisão em flagrante**. Se responder **SIM a todas**, deve seguir para a **etapa seguinte**, em que será analisado o enquadramento legal conferido ao delito pela autoridade policial.

A abordagem policial foi realizada corretamente?

De modo geral, a abordagem policial realizada corretamente engloba: (i) **sem violência/tortura contra a pessoa**; (ii) **justificada com base em fatos concretos**; e (iii) **sem invasão de domicílio**.

- (i) Constatado indícios de tortura ou maus tratos¹³ por parte das autoridades policiais, por meio das informações do auto de prisão em flagrante, do exame de corpo de delito cautelar, das condições de apresentação da pessoa custodiada e, principalmente, do relato na audiência de custódia, **a prisão deve ser relaxada**.
- (ii) O juiz ou juíza deve atentar-se para indícios que **revelam falta de fundamentos objetivos na realização de abordagens policiais ou que apontem fragilidades dos relatos contidos nos autos**. Atenção especial para termos como “atitude suspeita”, “carro suspeito”, “pessoa suspeita”, “fundada suspeita” e outros elementos genéricos, como a “denúncia anônima”, que são utilizados para justificar a abordagem sem apontar fato concreto que a fundamente, muito comum em casos de perfilamento racial. Marcas corporais, como roupas e tatuagens, e associação de territórios com criminalidade também compõem esse processo, que leva à sobre-representação da população negra no sistema prisional. Além disso, é preciso contrapor a versão trazida pela polícia à versão da pessoa custodiada, principalmente em casos em que não há a oitiva de testemunhas presente no APF.

¹³ Ver Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos para Audiência de Custódia https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/manual_de_tortura-web.pdf

(iii) Conforme o art. 5º, XI, da Constituição, é vedada a entrada e permanência em domicílio sem consentimento do morador ou autorização judicial, salvo em casos flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro. Nos casos de autorização judicial, deverá ser cumprida entre 5h e 21h. **Caso tais ingresso e permanência ocorram em desacordo com a lei, é caso de relaxar o flagrante, porque ilegal**, e a ação da autoridade policial poderá ser configurada como **crime de abuso de autoridade** (art. 22 da Lei 13.869/2019). Quanto à autorização do morador, deve ser considerado com especial atenção o relato da pessoa custodiada.

A apresentação da pessoa custodiada ao juízo competente foi realizada em até 24 horas?

De posse dos autos, o juiz ou juíza deverá promover a audiência de custódia em até 24 horas após a realização da prisão. Caso o prazo seja descumprido sem motivação idônea, o flagrante deverá ser relaxado. Na verificação do respeito ao prazo, deverá ser considerada data e horário da prisão e tempo de permanência na viatura antes de chegar à delegacia.

Nos casos de grave enfermidade e de hospitalização da pessoa custodiada, deve-se considerar a situação como “motivação idônea” para flexibilização do prazo. A audiência de custódia nesses casos ocorrerá após o restabelecimento da condição de saúde ou de apresentação da pessoa e, somente depois, poderá ocorrer eventual prisão. A autoridade judicial deve estar atenta às causas da hospitalização, pois tais situações podem ser indicativas da ocorrência de violência policial.

Houve flagrante mesmo? De qual tipo? A autoridade judicial deve indicar fundamentadamente

Em qualquer das hipóteses de flagrante previstas no art. 302 do CPP, é imprescindível que o juiz indique quais os elementos robustos de autoria e materialidade do suposto crime. As hipóteses de flagrante são:

- (i) A pessoa custodiada estava cometendo o crime quando foi abordada?
- (ii) A pessoa custodiada tinha acabado de cometer o crime quando abordada?
- (iii) A pessoa custodiada foi perseguida, logo após, “em situação que faça presumir ser autor da infração”?
- (iv) A pessoa custodiada foi encontrada, logo depois, com instrumentos, armas, objetos “que façam presumir ser ele o autor da infração”?

Em todos esses casos, a construção argumentativa que reúne os elementos para homologação do flagrante deve indicar a hipótese pela qual a pessoa foi presa, deixando clara a situação fática e a fundamentação da prisão.

Legalidade do flagrante e hipóteses de crime impossível

FURTO

1. Na hipótese (i), no caso do furto, a autoridade judicial deve estar atenta à situação de **crime impossível**. Como previsto no art. 17 do Código Penal, “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”¹⁴.
2. **Não se pode falar sequer em tentativa, por ausência de tipicidade**, devendo ser **relaxada** a prisão.
3. Exemplos: quando a pessoa é abordada por funcionário antes de sair de estabelecimento com uma mercadoria que, de outro modo, poderia ser considerada objeto de furto.

ROUBO

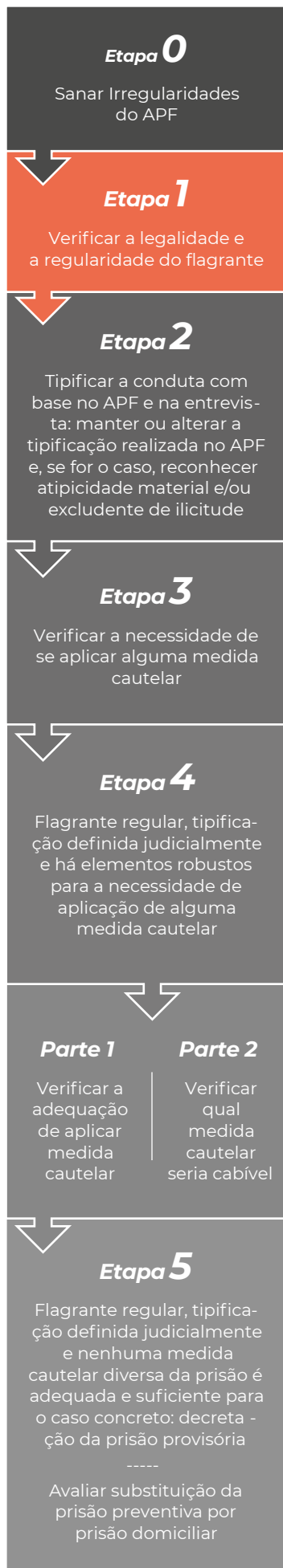
1. Os mesmos apontamentos para o crime de furto se aplicam aqui.
2. Parte da doutrina tradicional discute a possibilidade de roubo como crime impossível quando inexistente objeto material a ser tutelado.
3. Indica-se como exemplo a situação em que uma pessoa portando uma faca ameaça outra exigindo dinheiro, porém não há dinheiro.

Legalidade do flagrante e revista vexatória

TRÁFICO DE DROGAS

Se o juiz ou juíza verificar que a pessoa foi submetida, por agente do Estado, a revista vexatória, deve relaxar a prisão. É o caso, por exemplo, de pessoas visitantes de instituições prisionais, que são obrigadas a ficar nuas, agachar sobre um espelho e tossir. Nesses casos, é preciso relaxar o flagrante resultante de tal prática.

14 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, DOU de 31.12.1940. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm



Autoridade judicial diante da “situação” (= fatos + pessoa custodiada) a partir do auto de prisão em flagrante (APF) + entrevista da pessoa na audiência custódia + alegações do Ministério Público e da Defesa

Requisito:

- Irregularidades do APF sanadas

Referências

Tráfico de Drogas- Revista vexatória – Item 3.1 da Parte I do Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos

Abordagem policial foi realizada corretamente?

- (i) sem indícios de tortura ou maus tratos contra a pessoa
- (ii) justificada com base em fatos concretos
- (iii) sem invasão de domicílio

A apresentação da pessoa custodiada ao juízo competente foi realizada em até 24 horas?

Houve flagrante mesmo?

- (i) Pessoa custodiada estava cometendo o crime quando foi abordada? (art. 302, I, CPP)
- (ii) Pessoa custodiada tinha acabado de cometer o crime quando abordada? (art. 302, II, CPP)
- (iii) Pessoa custodiada foi perseguida, logo após, “em situação que faça presumir ser autor da infração”? (art. 302, III, CPP)
- (iv) Pessoa custodiada foi encontrada, logo depois, com instrumentos, armas, objetos “que façam presumir ser ele o autor da infração”? (art. 302, IV, CPP)

Referências

Furto – Crime Impossível – Item 1.1 da Parte I do Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos

Roubo – Crime Impossível – Item 2.1 da Parte I do Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos

Etapa seguinte

Relaxamento do flagrante

NÃO PARA QUALQUER DAS PERGUNTAS

NÃO PARA TODOS OS CASOS

SIM PARA TODAS AS TRÊS PERGUNTAS

ETAPA 2

ENQUADRAR A CONDUTA NA LEI COM BASE NOS AUTOS E NA ENTREVISTA: MANTER OU ALTERAR O ENQUADRAMENTO LEGAL REALIZADO E, SE FOR O CASO, RECONHECER ATIPICIDADE MATERIAL E/OU EXCLUDENTE DE ILICITUDE

Enquadrar a conduta com base nos autos e na entrevista:

Neste momento, é necessário que o juiz ou juíza verifique se os fatos descritos nos autos e relatados pela pessoa custodiada no momento da audiência correspondem ao enquadramento legal atribuído pela autoridade policial, alterando, se for o caso, para a capitulação adequada. Deve-se atentar a elementos que apontem fragilidades da materialidade do delito presentes nos autos, como a falta de objetividade na abordagem policial ou a falta de testemunhas diversas dos agentes policiais.

A escuta da versão dos fatos da pessoa custodiada não pode ser confundida com a produção de provas para investigação ou ação penal relativas aos fatos objetos dos autos. A “impossibilidade de análise do mérito” não pode ser obstáculo para a avaliação da materialidade do crime, enquadramento e ilicitude da conduta. O entendimento em contrário impede a discussão de elementos relativos às finalidades da audiência de custódia e é prejudicial aos direitos da pessoa presa.

FURTO PRIVILEGIADO (art. 155, §2º, CP)

- Ocorre nos casos em que o réu é primário e o bem subtraído é de “pequeno valor”. Assim, não se pode decretar a prisão preventiva, pois a pena passa a ser inferior a 4 anos, devendo ser aplicado o princípio da homogeneidade.
- “**Bem de pequeno valor**” é aquele que não ultrapassa o equivalente ao **salário mínimo** da época¹⁵. Em grande parte dos furtos, o valor do bem é de fácil aferição, como no caso de produtos de lojas e supermercados. Nos casos de difícil aferição, na ausência de laudo apontando o valor, defende-se que seja priorizada a liberdade provisória, com posterior apresentação do laudo técnico.

15 BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROUBO

- No caso de **roubo**, caso se verifique que **não** houve **violência ou grave ameaça**, deve ser **alterado** o enquadramento como **furto**.

TRÁFICO DE DROGAS

- Para ser configurado tal crime, é necessário haver um **laudo toxicológico**, ainda que provisório, demonstrando a natureza e a quantidade de droga apreendida. Devido ao curto prazo para a realização da audiência, nem sempre é possível realizar o laudo a tempo. Não havendo laudo, o flagrante deve ser **relaxado** por **falta de materialidade**. Se após a elaboração do laudo for confirmado o crime, avalia-se a necessidade de medida cautelar para garantir a instrução criminal.

Mudança de enquadramento do crime de tráfico para o crime de uso de drogas

Constatada a presença de drogas, deve-se considerar a possibilidade de elas serem para o uso. Alguns fatores indicam a necessidade de reavaliação, por exemplo: não ter sido efetivamente presenciada a comercialização; possível histórico de uso abusivo de drogas ou tratamentos anteriores; baixa quantidade de dinheiro apreendida; ou a versão da própria pessoa sobre os fatos.

Reconhecimento do tráfico privilegiado e suas implicações

Estando presentes os requisitos, o juiz ou juíza deve **reconhecer o tráfico privilegiado**. Nesses casos, por aplicação do princípio da homogeneidade deve ser **afastada a possibilidade de prisão preventiva**.

Liberdade provisória e hediondez do delito

Apesar de o tráfico de drogas ser considerado crime hediondo, a sua hediondez não impede a concessão da liberdade provisória¹⁶.

Reconhecimento de atipicidade material – o princípio da insignificância: Há condutas que, apesar de contrárias à lei, não afetam significativamente o bem jurídico protegido por ela. Em ocorrendo, deve ser relaxada a prisão, por atipicidade material.

FURTO

Em 2004, o STF¹⁷ definiu os critérios para ser reconhecida a atipicidade material:

- (i) mínima ofensividade da conduta do agente,
- (ii) nenhuma periculosidade social da ação,
- (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e
- (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Importante destacar que a reincidência não deve afastar a incidência do princípio, pois se refere ao fato, e não ao autor, conforme decidido pelo STF¹⁸.

¹⁶ HC 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado em 06/12/2012.

¹⁷ HC 8441200/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Publicado em 19/11/2004.

¹⁸ HC 155.920/MG, Rel. Min. Celso de Mello. Publicado em 07/10/2020.

ROUBO

- Não pode ser aplicado ao crime de roubo, conforme entendimento majoritário, pois violência e grave ameaça não configuram baixa relevância e lesividade ao ordenamento jurídico.
- Para alguns autores, tal princípio se aplica quando o bem subtraído seja de valor ínfimo, inexistindo o caráter patrimonial (pois insignificante) e restando configurado o crime de constrangimento ilegal ou lesões corporais, mas não o crime de roubo.

Excludente de ilicitude: Estão previstas no art. 23 do Código Penal, sendo elas: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. Caso constatada uma dessas hipóteses, tem-se caso de concessão da liberdade provisória (art. 310, §1º CPP e decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Medida Cautelar no HC nº 186.421).

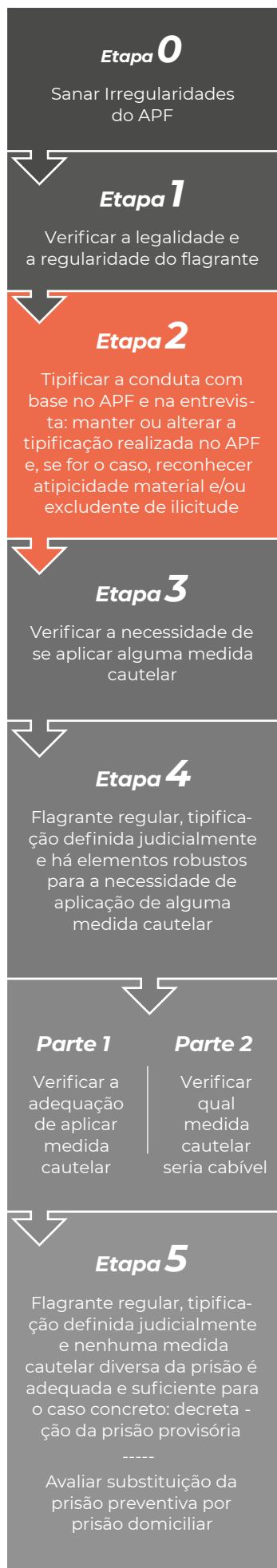
FURTO

A jurisprudência tem reconhecido o estado de necessidade (art. 24, CP) com base nos seguintes requisitos, que devem ser comprovados pela defesa:

- (i) que o delito tenha sido **cometido para mitigar a fome**;
- (ii) que seja o **único e derradeiro** recurso do agente (inevitabilidade do comportamento lesivo);
- (iii) que haja a subtração de coisa capaz de diretamente **contornar a emergência**; e
- (iv) que se verifique a **insuficiência dos recursos** adquiridos pelo agente com o trabalho ou a **impossibilidade de trabalhar**¹⁹.

Possibilidade de arquivamento do inquérito policial: Caso constatada atipicidade da conduta ou excludente de ilicitude, o representante do Ministério Público poderá pedir o imediato arquivamento do inquérito policial.

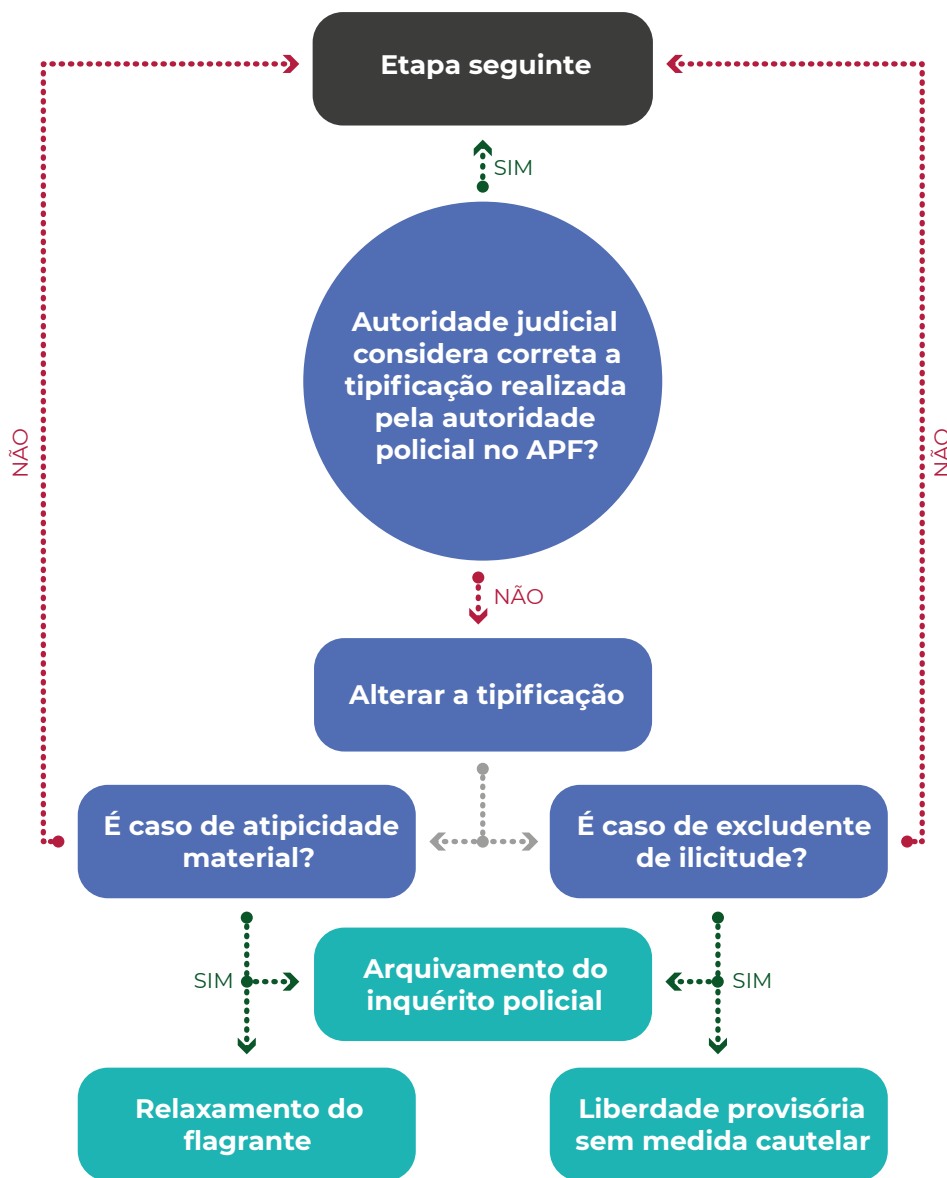
¹⁹ CUNHA, Rogério Sanches. Direito penal: parte especial. 3ª Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Ver também: Apelação 20161610081735APR - TJDF.



Autoridade judicial diante da “situação” (= fatos + pessoa custodiada) a partir do auto de prisão em flagrante (APF) + entrevista da pessoa na audiência custódia + alegações do Ministério Público e da Defesa

Requisito:

- Legalidade e regularidade do APF



Referências

Furto – Item 1.2 da Parte I do Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis
Necessidade de laudo de avaliação do valor da res furtiva (1.2.1)
Reconhecimento do furto privilegiado (1.2.2)
Reconhecimento de atipicidade material: o princípio da insignificância (1.2.3)
Excludente de ilicitude: o estado de necessidade no caso de “furto famélico” (1.2.4)

Roubo – Item 2.2 da Parte I do Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis
Violência, grave ameaça e caracterização do roubo (2.2.1)
Princípio da insignificância: possibilidades de aplicação em casos de roubo (2.2.2)

Tráfico de Drogas – Item 3.2 da Parte I do Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis
Necessidade de laudo toxicológico provisório (3.2.1)
Desclassificação de tráfico para uso de drogas (3.2.2)
Reconhecimento do tráfico privilegiado e suas implicações (3.2.3)
Classificação como “associação para o tráfico” (art. 35, Lei nº 11.343/2016) (3.2.4)

ETAPA 3

DIANTE DO FLAGRANTE REGULAR E DO ENQUADRAMENTO LEGAL DEFINIDO JUDICIALMENTE, VERIFICAR A NECESSIDADE DE SE APLICAR ALGUMA MEDIDA CAUTELAR

Passadas as outras etapas, **avalia-se a necessidade** de aplicação de medida cautelar, **desde que haja requerimento nesse sentido** (art. 282, §2º e art. 311 do CPP), visto que não se pode decretar medida cautelar de ofício (sem que haja solicitação das partes, da autoridade policial ou do Ministério Público).

A medida cautelar possui natureza processual, caráter provisório e proporcional. Seus fins são sempre vinculados à proteção do processo, e não pode se transformar em antecipação da pena, pois violaria a presunção de inocência.

A aplicação da medida cautelar possui **dois requisitos** (art. 282 do CPP):

- I – **Necessidade** para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;
- II – **Adequação** da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Na etapa 3, a autoridade judicial deverá avaliar se há **elementos concretos** indicando a **necessidade** de aplicação de uma medida cautelar, em alguma das citadas hipóteses do inciso I.

O juiz ou juíza deverá responder às perguntas: “há **elementos concretos** que indiquem que a pessoa custodiada irá **frustrar** a aplicação da lei penal?” e “há **elementos concretos** que indiquem que a pessoa custodiada irá **impedir/comprometer** a investigação ou instrução criminal?”. Se a resposta for **NÃO** para as duas perguntas, deve ser concedida a **liberdade provisória sem qualquer medida cautelar**.

- **Risco de frustrar a aplicação da lei penal** são os elementos concretos apontando a **possibilidade de evasão do processo**. Nesse sentido, a imposição de cautelares é necessária “para evitar que, diante da provável **fuga do acusado**, pelo temor da condenação, venha a ser frustrada a futura execução da sanção punitiva”²⁰.
- **Impedir ou comprometer a investigação ou instrução criminal** significa praticar atos que **coloquem em risco elementos importantes para a instrução processual (provas)**. Por exemplo: intimidar testemunhas ou peritos, destruir, ocultar ou adulterar provas²¹. Logo, a aplicação de cautelar com essa finalidade busca conservar os meios ou instrumentos (provas) para que se possa chegar a tal resultado (sentença condenatória)²².

É importante destacar que possuir **endereço certo, ocupação lícita e documento com foto** conta positivamente como indicadores de que a pessoa **não irá se furtar à aplicação da lei**. Contudo, a ausência dessas características não deve levar à **criminalização** das situações de **pobreza e outras vulnerabilidades**, especialmente de pessoas migrantes e em situação de rua.

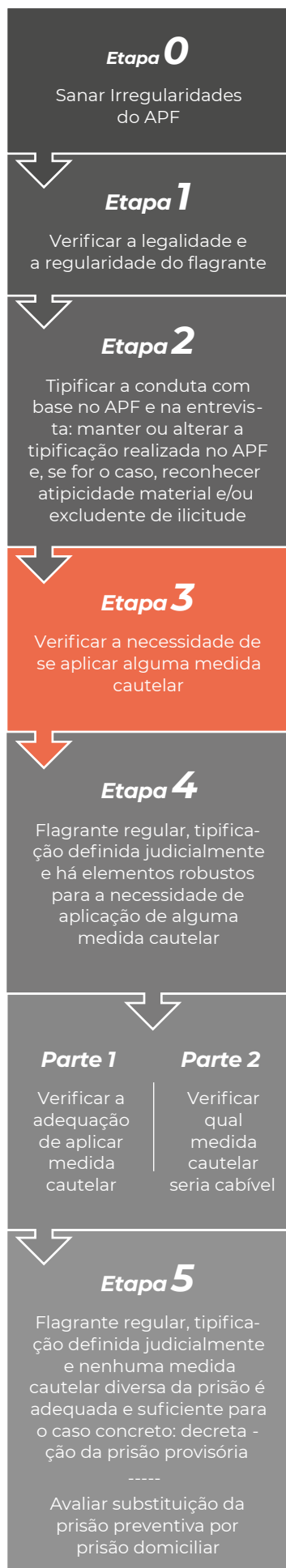
Quanto ao requisito “**nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais**”, o Manual propõe que **não funcione como requisito autônomo apto a justificar a imposição de medidas cautelares**. Isto é, **deve estar condicionado ao critério de necessidade** para ser válido e adequar-se à natureza acautelatória das medidas trazidas no art. 319 do CPP, da mesma maneira que o critério de “proteção da ordem pública”, conforme aprofundado na Etapa 5.

Dessa forma, reitera-se que **todos os critérios para aplicação das medidas cautelares devem estar ligados à sua função processual**.

20 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 983.

21 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 982

22 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. Op. Cit., 2010, p. 674



Requisitos:

- Legalidade e regularidade do APF
- Tipificação da conduta definida judicialmente com base no APF e na entrevista
- Existência de requerimento para imposição de alguma medida cautelar

Referências

Ausência de endereço fixo, ocupação lícita e documentos com foto não justifica a imposição de medida cautelar, sob risco de criminalizar situações de pobreza e outras vulnerabilidades, especialmente de pessoas em situação de rua e migrantes – Itens 4 e 5.1 da Parte II do Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos

Há necessidade de aplicação de uma medida cautelar?

- (i) Há elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá frustrar aplicação da lei penal?
- (ii) Há elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá impedir/comprometer a investigação ou instrução criminal?

SIM PARA ALGUM DOS ITENS

NÃO PARA AMBOS OS ITENS

Etapa seguinte

Liberdade provisória sem medida cautelar

ETAPA 4

FLAGRANTE REGULAR, ENQUADRAMENTO LEGAL DEFINIDO JUDICIALMENTE E HÁ ELEMENTOS ROBUSTOS INDICANDO A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE ALGUMA MEDIDA CAUTELAR: ADEQUAÇÃO DAS MEDIDAS CABÍVEIS

Considerando os três critérios do inciso II do art. 282 do CPP: “gravidade do crime”, “circunstâncias do fato” e “condições pessoais” da pessoa custodiada, é preciso responder às perguntas: qual medida cautelar deve ser aplicada a essa pessoa? Ou o que é necessário fazer, no curso do processo, em relação a essa pessoa?

PARTE 1: DECIDIR SOBRE A ADEQUAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR A PARTIR DE TRÊS CRITÉRIOS

1. “Condições pessoais da pessoa indiciada ou acusada”

Quanto a este critério, serão apresentados dois perfis cujas condições pessoais podem devolver a análise à Etapa 3 (liberdade provisória). Tais perfis possuem proteção especial dada pelo CPP e pela jurisprudência, em virtude de suas vulnerabilidades frente ao sistema de justiça criminal e das reduzidas chances de pôr em risco a instrução criminal, motivo pelo qual deve ser priorizada a liberdade provisória.

Após a apresentação desses dois perfis, aborda-se como lidar com os casos em que a pessoa custodiada teve contato anterior com o sistema de justiça criminal.

Perfis abarcados pelo art. 318, CPP

O art. 318 apresenta a possibilidade de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar quando o agente for:

- I. Maior de 80 (oitenta) anos;
- II. Extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- III. Imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- IV e V. Gestante e mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
- VI. Homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Primários e pessoas que não tiveram contato com o sistema penitenciário

Caso a pessoa custodiada nunca tenha tido contato com o sistema penitenciário, a análise das condições pessoais frente às demais condições **deve privilegiar a liberdade provisória**. Deve-se considerar, na tomada de decisão, que a passagem pelo cárcere deixa estigmas na vida das pessoas, marcando negativa e violentamente suas trajetórias, e que no atual contexto de falência do sistema prisional o cárcere é responsável por inserir indivíduos em contexto de violência e crime organizado.

Contato anterior com o Sistema de Justiça

Tendo em vista a necessidade de se analisar restritivamente o contato anterior com o sistema de Justiça, propõem-se parâmetros de tratamento para casos de reincidência e antecedentes.

CONTATO ANTERIOR	O QUE É?	QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS?
Reincidência	Ocorre quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, desde que não tenha decorrido tempo superior a 5 anos após a data do cumprimento ou extinção da pena.	Não leva à conversão automática da prisão em flagrante em preventiva.
Antecedentes	Correspondem ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência ²³ .	Quando verificados, os maus antecedentes não podem impedir a decretação da liberdade provisória ou aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Devem ser ponderados com outros elementos pessoais.

23 GRECO, Rogério. Código de Processo Penal Comentado. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019. p. 166

Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas	Atos infracionais são condutas descritas como crime praticadas por criança ou adolescente. Medidas socioeducativas são medidas judiciais aplicáveis em decorrência de ato infracional praticado por adolescente²⁴. Não têm natureza de pena.	Não devem ser contados como reincidência ou antecedentes. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ entende que podem fundamentar prisão preventiva na vida adulta, desde que sejam observados: (i) a análise da gravidade concreta do ato infracional, (ii) o tempo decorrido entre o ato infracional e o crime; (iii) a comprovação efetiva da ocorrência do ato infracional.
Flagrante acompanhado de descumprimento de medida cautelar anteriormente aplicada	É o caso de pessoa que já passou por audiência de custódia, teve medida cautelar aplicada e depois foi presa em flagrante por outro crime e em descumprimento da cautelar anteriormente aplicada. Ex: Prisão por furto cometido de noite quando vigente a medida de recolhimento domiciliar noturno.	Exceto no caso de violência doméstica, não enseja a decretação de prisão preventiva, mas sim exige uma nova análise da situação para aplicar a medida mais adequada. É preciso compreender as circunstâncias e motivos que determinaram o interrompimento ou não realização de tais medidas.
Passagem anterior por audiência de custódia, sem descumprimento de medida cautelar	Em observância ao princípio <i>do in dubio pro reo</i>, não deve ser tomada como indicativo de maus antecedentes, nem deve ser o único elemento a sustentar o decreto de prisão preventiva ou a imposição de medidas cautelares mais gravosas.	

2. Diferentes contextos de vida

Em seguida, para determinar qual a medida mais adequada, a autoridade judicial deve considerar as especificidades dos diferentes contextos de vida das pessoas custodiadas, tais como: necessidades e possibilidades de **deslocamento na cidade, condições financeiras, condições de moradia**, períodos de **trabalho e estudo, condições de saúde**, fatores **socioeconômicos**, fatores ligados à **identidade de gênero** e a outros elementos indicadores de **vulnerabilidade social**.

Para isso, o juiz ou juíza deve fazer perguntas que permitam conhecer a realidade da pessoa custodiada, para **definir quais medidas cautelares ela teria condições de cumprir**,

24 ZAPATER, Maíra Cardoso. Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

de modo a evitar que eventual descumprimento leve à decretação da prisão preventiva ou outra medida mais gravosa. Deve também considerar as informações colhidas durante atendimento social prévio à audiência de custódia.

3. “Gravidade do crime” e “circunstâncias do fato”

Em razão da já mencionada natureza processual das cautelares, deve ser feita uma interpretação restritiva das ideias de gravidade do delito e circunstâncias do fato, avaliando as circunstâncias específicas de cada caso e observando como se relacionam com possíveis riscos à investigação, instrução e aplicação da lei penal. Em situações em que a gravidade do fato está ligada apenas aos elementos abstratos do crime previstos em lei, deve-se interpretar pela liberdade provisória.

FURTO

As condutas elementares do tipo previstas no art. 155, tanto do *caput*, quanto das qualificadoras (§ 4º), por si só, não devem caracterizar-se como justificativa de sua gravidade. É o caso do emprego de chave falsa, destruição ou rompimento de obstáculo, concurso de duas ou mais pessoas, entre outros.

ROUBO

No caso do roubo, não justificam a gravidade, por exemplo, concurso de pessoas e utilização de arma de fogo.

TRÁFICO DE DROGAS

Casos de concurso de agentes (art. 69 do CP), assim como argumentos dissociados do caso, como os malefícios que drogas causam na sociedade, por exemplo, não devem ser considerados.

O princípio da homogeneidade

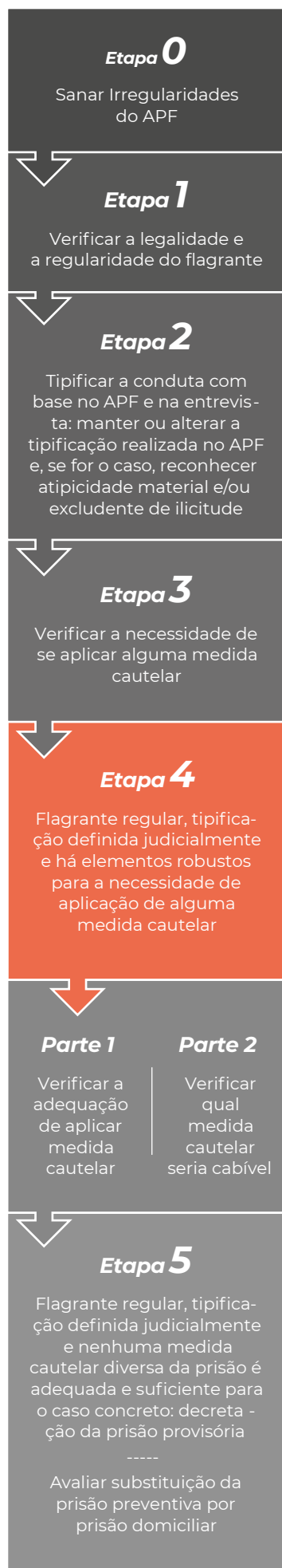
Decorre do princípio da proporcionalidade, e prevê **que a gravidade da medida cautelar não pode ser maior do que a pena aplicada em eventual condenação.**

Dessa forma, caso seja verificado que, pelo princípio da homogeneidade, possível condenação teria a substituição da pena por medidas substitutivas da prisão ou aplicação de sanção mais branda, o juiz não deve decretar a prisão preventiva.

Destaca-se que, na análise da possível pena, devem ser consideradas as condições atenuantes (art. 65 do Código Penal), como o agente ter idade menor de 21 ou maior de 70 anos, ou ter havido reparação do dano ou tentativa, como a devolução da coisa roubada ou furtada.

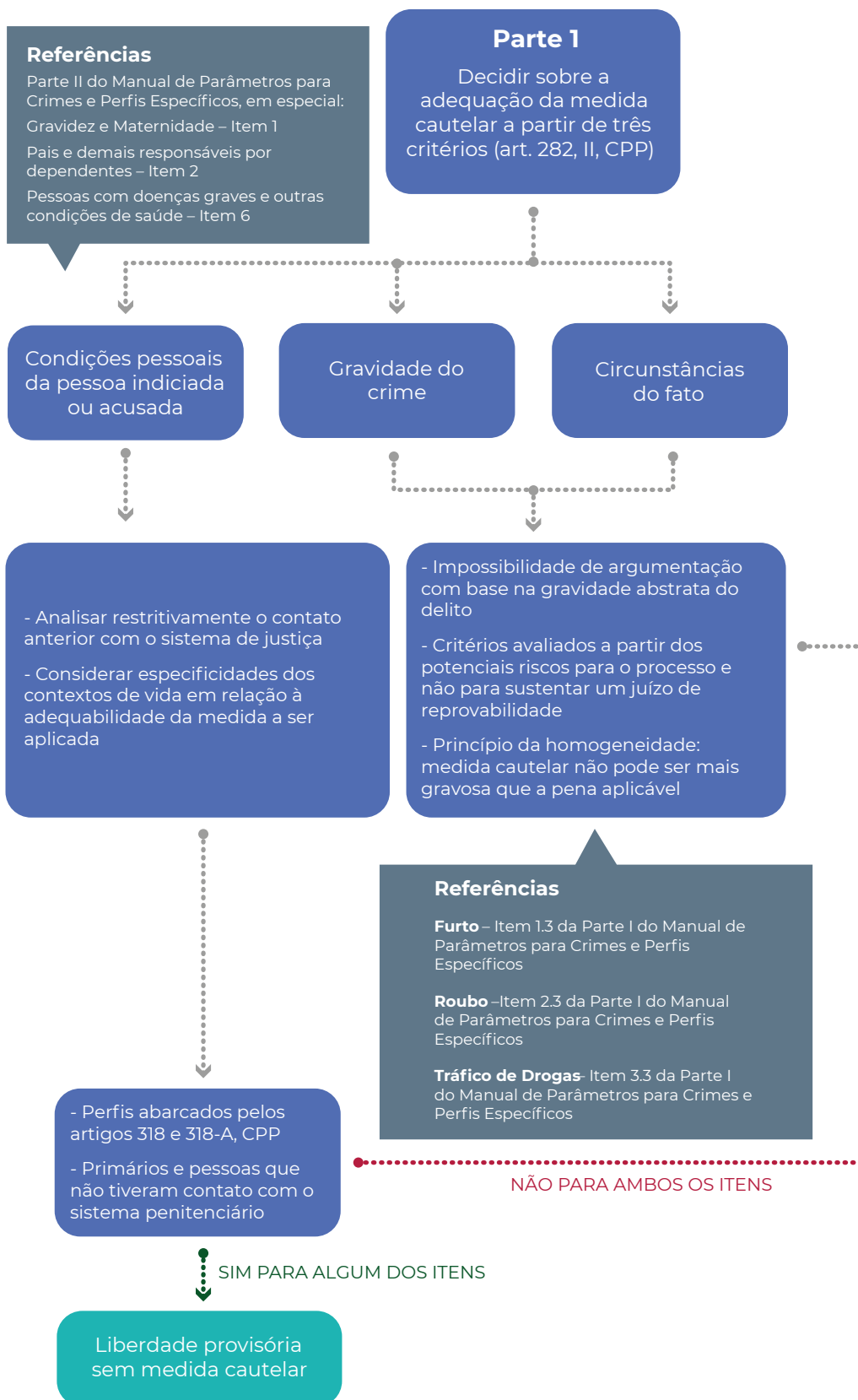
FURTO

As hipóteses de **furto simples** (art. 155, *caput*), **furto tentado** (quando não se consome o crime por circunstâncias alheias à vontade do agente) e **furto privilegiado** (§2º) devem excluir a possibilidade de prisão preventiva, tendo em vista a probabilidade de que no julgamento definitivo a pena seja substituída por penas alternativas ou mesmo por multa.



Requisitos:

- Legalidade e regularidade do APF
- Tipificação da conduta definida judicialmente com base no APF e na entrevista
- Existência de requerimento para imposição de alguma medida cautelar
- Elementos robustos indicando a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar



ETAPA 4

PARTE 2: QUAL MEDIDA CAUTELAR DEVE SER APLICADA A ESSA PESSOA? OU O QUE É NECESSÁRIO FAZER, NO CURSO DO PROCESSO, EM RELAÇÃO A ESSA PESSOA?

As medidas cautelares são apresentadas como **alternativas umas às outras**, de modo a evitar sua aplicação cumulativa, ou em “combo”. Para melhor entender sobre o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão, ver **Manual de Gestão para as Alternativas Penais**²⁵.

Como decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2020²⁶, a autoridade judicial não pode aplicar medidas cautelares que não estejam previstas em lei, devendo se restringir às medidas previstas nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal.

Diante de uma interpretação sistemática da lei processual penal, as medidas cautelares devem ser justificadas pelo caso concreto e devem observar a excepcionalidade da restrição. Ou seja, **quanto mais restritivas as medidas, maior o seu caráter de excepcionalidade**.

O juiz ou juíza deve **decidir qual a mais adequada para alcançar a finalidade que deseja**, pautando-se sempre pelo **princípio da proporcionalidade** – este entendido como:

- (i) **adequação**: medida apta para seus meios e fins;
- (ii) **necessidade**: medida não pode exceder o imprescindível para obter o resultado; e
- (iii) **proporcionalidade em sentido estrito**: devem ser considerados os direitos fundamentais em jogo, pautando-se pela dignidade da pessoa humana.

DETERMINAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES MAIS ADEQUADAS A CADA SITUAÇÃO CONCRETA

Nesta Etapa, buscando evitar a aplicação de combos desproporcionais à situação concreta, **propõe-se que as medidas compatíveis com as funções que se quer alcançar sejam indicadas como “alternativas” umas às outras**. A tabela abaixo sistematiza as correlações entre as funções e as medidas cautelares.

²⁵ https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-Penais_ARTE_web.pdf.

²⁶ HC 186421. Rel. Min. Celso de Mello. Publicado em 17/11/2020.

Quadro 1. Medidas cautelares diversas da prisão e suas funções²⁷

	I. CC	II. CPL	III. CPP	IV. CPC	V. CRN	VI. SFP	VII. IP	VIII. CF	IX. ME
Supervisão do risco de fuga									
Tutela da prova									
Medida acessória (fiscalização)									

Dessa forma, devem ser consideradas as seguintes medidas, uma a uma, na ordem de fases que segue²⁸.

Fase 1: Comparecimento periódico em juízo

Por ser medida que responde às funções gerais de proteção do processo e de responsabilização da pessoa custodiada, a autoridade judicial deve considerar primeiramente se, sozinha, é capaz de cumprir as necessidades de cada caso particular. Em caso positivo, deve ser priorizada sua aplicação, sempre buscando adequá-la às condições pessoais da pessoa custodiada.

Vale mencionar que existe a possibilidade de o comparecimento ser feito diretamente na Central Integrada de Alternativas Penais, sendo o atendimento especializado capaz de acompanhar a(s) medida(s) cautelar(es) determinada(s) e os seus desdobramentos sobre a vida daquela pessoa.

²⁷ As medidas cautelares se encontram no eixo horizontal, em sigla: CC – comparecimento periódico (art. 319, I); CPL – proibição de acesso ou frequência a lugares (art. 319, II); CPP – proibição de contato com pessoa; CPC – proibição de se ausentar da comarca (art. 319, IV); CRN – recolhimento noturno (art. 319, V); SFP – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica (art. 319, VI); IP – internação provisória (art. 319, VII); CF – fiança (art. 319, VIII); ME – monitoração eletrônica (art. 319, IX)

²⁸ Foram excluídas da proposta as medidas de internação provisória (inciso VII) - já que incompatível à avaliação médica com a temporalidade da custódia -, assim como a medida de recolhimento noturno (inciso V), tendo em vista a onerosidade excessiva que representa, bem como a dificuldade de fiscalização de seu cumprimento e a existência de outras medidas que respondem à mesma função. Além disso, também se exclui a medida de “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira” (inciso VI) em razão de sua especificidade e possibilidade de aplicação restrita a circunstâncias bastante limitadas.

Fase 2: Proibição de contato com pessoa determinada e/ou proibição de acesso a lugares determinados

No segundo momento, deve ser feita a pergunta: *é necessário proteger alguém ou resguardar algum lugar, para proteger a investigação e a instrução?* Se sim, essas medidas passam para a fase de adequação e verificação da proporcionalidade. Caso contrário, não devem ser aplicadas, pois irão agir como instrumento de banimento social, excessivamente oneroso à pessoa custodiada.

Fase 3: Proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial

Esta medida se justifica apenas nos casos em que haja fatos concretos e recentes indicando a possibilidade de fuga ou de ausentar-se da comarca, evadindo-se do processo. Caso contrário, deve ser priorizada a medida de comparecimento periódico em juízo para alcançar a função de responsabilização e vinculação ao processo.

Fase 4: Fiança

Pelo seu caráter múltiplo, é tida como mais gravosa do que as medidas anteriores, devendo as outras ser priorizadas. Caso aplicada, não deve ser acumulada com medidas de comparecimento periódico em juízo e proibição de ausentar-se da comarca.

Caso se entenda necessária sua aplicação, sobretudo pelas obrigações que gera (arts. 327 e 328 do CPP), é importante lembrar que isso pode se dar sem a imposição do ônus financeiro, tendo em vista o perfil socioeconômico da maioria das pessoas levadas às audiências de custódia. A pessoa custodiada deve ser informada sobre seus direitos, inclusive sobre a possibilidade de restituição do valor ao fim do processo.

Fase 5: Monitoração eletrônica

É a mais gravosa de todas as medidas cautelares e a que representa maior ônus. Sua utilização deve ser excepcional e justificada em elementos concretos, e não como forma de controle penal sobre os indivíduos.

Somente deve ser aplicada após o juiz ou juíza, com base em elementos concretos, indicar a razão de as outras medidas não serem cabíveis nem adequadas.

Na audiência de custódia, sua imposição somente seria cabível para “crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos ou condenadas por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado” e para “pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar”.

Caso aplicada, a monitoração deve ser articulada com a rede de proteção social, minimizando práticas discriminatórias, abusivas e lesivas, bem como garantindo o acesso ao trabalho, educação, saúde e a manutenção de laços sociais às pessoas monitoradas.

Se, após a análise da proporcionalidade em sentido estrito, passando por todas as fases, constatar-se que nenhuma dessas medidas é adequada, e havendo requerimento nesse sentido, passa-se à Etapa 5, referente à prisão preventiva.

Referências

Análise da proporcionalidade sobre o cabimento de medida cautelar faz com que sua aplicação deva ser balizada pelas condições pessoais e contexto de vida da pessoa custodiada: Parte II do Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos

Parte 2

Escolher as medidas compatíveis com as funções que se quer alcançar, pautando-se pelo princípio da proporcionalidade:

- (i) adequação - medida apta aos seus meios e fins
- (ii) necessidade - a medida não deve exceder o imprescindível para obter o resultado esperado
- (iii) proporcionalidade em sentido estrito - sopesar os direitos fundamentais impactados

Fase 1: Comparecimento periódico em juízo
Capaz de responder a diversas funções concomitantemente

Recomenda-se: Liberdade provisória com comparecimento periódico em juízo

Fase 2: Proibição de contato com pessoa determinada e/ou proibição de acesso a lugares determinados
Se for necessário proteger alguém ou resguardar algum lugar para proteger a investigação e a instrução

Recomenda-se: Liberdade provisória com proibição de contato com pessoa determinada e/ou proibição de acesso a lugares determinados

Fase 3: Proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial
Se houver fatos concretos e recentes que indiquem a possibilidade de fuga ou de se ausentar da comarca, evadindo-se do processo

Recomenda-se: Liberdade provisória com proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial

Fase 4: Fiança
Se obrigações geradas fizerem, no caso concreto, mais sentido do que as mencionadas no art. 319, CPP

Recomenda-se: Liberdade provisória com fiança sem ou com ônus financeiro

Fase 5: Monitoração eletrônica
Cautelar mais gravosa e com maior ônus para a pessoa custodiada, aplicável se inadequadas as demais cautelares

Recomenda-se: Liberdade provisória com monitoração eletrônica com prazo para reavaliação

Etapa seguinte

NÃO PARA TODOS OS ITENS

NÃO PARA TODAS AS FASES ANTERIORES

Etapa 0

Sanar Irregularidades do APF

Etapa 1

Verificar a legalidade e a regularidade do flagrante

Etapa 2

Tipificar a conduta com base no APF e na entrevista: manter ou alterar a tipificação realizada no APF e, se for o caso, reconhecer atipicidade material e/ou excludente de ilicitude

Etapa 3

Verificar a necessidade de se aplicar alguma medida cautelar

Etapa 4

Flagrante regular, tipificação definida judicialmente e há elementos robustos para a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar

Parte 1

Verificar a adequação de aplicar medida cautelar

Parte 2

Verificar qual medida cautelar seria cabível

Etapa 5

Flagrante regular, tipificação definida judicialmente e nenhuma medida cautelar diversa da prisão é adequada e suficiente para o caso concreto: decretação da prisão provisória

Avaliar substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar

ETAPA 5

PRISÃO PROVISÓRIA – A MEDIDA MAIS EXCEPCIONAL

Percorridas todas as outras Etapas e havendo os pressupostos de (i) **“existência de requerimento”** e (ii) **“constatação da inadequação das outras medidas para substituir a prisão, de maneira fundamentada com base em elementos concretos”**, passa-se à análise da prisão preventiva.

Nos termos do art. 313 do CPP, só se admite decretação de prisão preventiva: (i) nos crimes punidos com **pena máxima acima de 4 anos de prisão**; (ii) se houver **condenação transitada em julgado por outro crime doloso**; ou (iii) se o crime envolver **violência doméstica e familiar** contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução de medidas protetivas de urgência. Cumpridos tais critérios, analisam-se os **requisitos materiais contidos no art. 312 do CPP**.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada: como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

Com base nesse artigo e nas decisões coletadas, o foco está nos elementos que compõem a “garantia da ordem pública”, visto que o elemento da “ordem econômica” é raro e não surgiu no material coletado, e que a “conveniência da instrução criminal” e a “aplicação da lei penal” já foram apresentadas na Etapa 3.

Destaca-se que constitui crime decretar prisão preventiva fora das hipóteses legais, assim como não substituí-la por medida alternativa quando cabível (art. 9º da Lei nº 13.869/2019).

Discursos sobre a “ordem” na fundamentação da prisão preventiva

Na análise das decisões em audiência de custódia, foram identificados seis eixos de entendimento sobre o que seria “ordem pública”. São eles:

i. Prisão como resposta à “gravidade do delito”

A utilização do argumento da “gravidade”, mesmo que baseada em elementos concretos, quando dissociada do critério de **necessidade**, acaba por antecipar a lógica de aplicação de uma eventual pena. Ou seja, **viola a cautelaridade** inerente à prisão preventiva.

ii. **Prisão como forma de evitar a “reiteração delitiva”**

Baseia-se em projeções futuras, presumindo-se a consumação de delitos que ainda não ocorreram. Esse entendimento viola o princípio da presunção de inocência.

iii. **Prisão como segregação de indivíduos contrários à ordem e “propensos ao crime”: a “periculosidade social”**

Muito comum na conceituação de ordem pública, essa noção é usada para determinar se as pessoas são ou não capazes de permanecer no convívio em sociedade. Configurando verdadeira medida de execução antecipada da pena e defesa social²⁹, tal noção viola frontalmente a presunção de inocência.

iv. **Prisão como medida de “segurança pública”**

Semelhante aos outros conceitos, a noção de proteção da segurança pública possui natureza de prevenção e defesa social contra indivíduos considerados perigosos³⁰, e viola a função processual da prisão preventiva.

v. **Prisão como mecanismo de “restabelecimento da credibilidade das instituições”**

Comumente utilizada, a justificativa da prisão com base na credibilidade das instituições já teve sua legitimidade afastada pelo Supremo Tribunal Federal³¹, por ser contrária à Constituição Federal.

vi. **Prisão como resposta aos anseios da sociedade: o “clamor público”**

A utilização do clamor público dá à prisão cautelar caráter de antecipação de pena, afastando-se da função de preservação do processo, prevista na Etapa 3.

A ordem pública em relação à cautelaridade da prisão preventiva

A fim de harmonizar a interpretação conferida aos critérios para decretação da prisão preventiva com o preceito constitucional de proteção à presunção de inocência, propõe-se que a prisão pela **“ordem pública”** esteja **condicionada à análise de necessidade apresentada na Etapa 3**. Ou seja, que a ordem pública **não funcione como requisito autônomo** apto a justificar a prisão preventiva e que esteja **condicionada ao critério de necessidade** para ser válida e adequar-se à natureza acautelatória da prisão preventiva.

29 FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione. Trad. port. de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 510.

30 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais. Op. Cit., 2019, p. 132

31 STF (2ª Turma). HC 101.055/GO. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 10/11/2009. DJ de 17/12/2009.

Possibilidades de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar

A prisão preventiva **pode** ser substituída por prisão domiciliar nos casos previstos no já mencionado art. 318 (maior de 80 anos, pessoa debilitada por doença grave, entre outros). No que tange às mulheres gestantes, mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, em 2018 a legislação foi alterada e a prisão domiciliar se tornou obrigatória, exceto para dois casos que serão tratados no tópico seguinte.

Ocorrendo a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, recomenda-se que o juiz ou juíza flexibilize a medida para permitir o exercício de trabalho, estudos, tratamentos médicos e cuidados com filhos e dependentes.

Por fim, cabe destacar que não é recomendável a decretação da monitoração eletrônica cumulada com a prisão domiciliar, visto que ambas as medidas são de alto controle e restrição, e os efeitos na vida da pessoa custodiada podem ser extremamente graves.

Etapa 0

Sanar Irregularidades do APF

Etapa 1

Verificar a legalidade e a regularidade do flagrante

Etapa 2

Tipificar a conduta com base no APF e na entrevista: manter ou alterar a tipificação realizada no APF e, se for o caso, reconhecer atipicidade material e/ou excludente de ilicitude

Etapa 3

Verificar a necessidade de se aplicar alguma medida cautelar

Etapa 4

Flagrante regular, tipificação definida judicialmente e há elementos robustos para a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar

Parte 1

Verificar a adequação de aplicar medida cautelar

Parte 2

Verificar qual medida cautelar seria cabível

Etapa 5

Flagrante regular, tipificação definida judicialmente e nenhuma medida cautelar diversa da prisão é adequada e suficiente para o caso concreto: decreta - ção da prisão provisória

Avaliar substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar

Requisitos:

- Legalidade e regularidade do APF
- Tipificação da conduta definida judicialmente com base no APF e na entrevista
- Elementos robustos indicando a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar
- Nenhuma medida cautelar diversa da prisão é adequada e suficiente para o caso concreto
- Justificação fundamentada nos elementos do caso concreto, de forma individualizada, sobre o não cabimento de substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar
- Existência de requerimento específico para decretação de prisão provisória

Lembrete

Necessidade de estar amparada por finalidade cautelar (etapa 3)

Cuidado ao analisar os requisitos, não sendo cabível a prisão como:

- (i) resposta à gravidade do delito
- (ii) forma de evitar a "reiteração delitiva"
- (iii) segregação de indivíduos contrários à ordem e "propensos ao crime"
- (iv) medida de segurança pública
- (v) mecanismo de restabelecimento da credibilidade das instituições
- (vi) resposta ao "clamor público"

Presentes os requisitos para decretação de prisão preventiva?

SIM

NÃO

Trata-se de hipótese prevista nos arts. 318 ou 318-A, CPP?

Retorno à etapa anterior

SIM

NÃO

Prisão domiciliar

Prisão preventiva

Referências

Parte II do Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos, em especial:

- Gravidez e Maternidade – Item 1
- Pais e demais responsáveis por dependentes – Item 2
- Pessoas com doenças graves e outras condições de saúde – Item 6

3. PARAMETRIZAÇÃO ESPECÍFICA PARA PERFIS DE PESSOAS CUSTODIADAS

A apresentação de parâmetros específicos sobre o processo decisório de determinados grupos sociais se justifica em função da proteção que a própria lei apresenta, mas também porque vários marcadores sociais, como classe, raça, etnia, gênero, sexualidade, nacionalidade, geração³², informam vulnerabilidades acentuadas sobre tais perfis em relação ao sistema criminal, bem como violências específicas que tais grupos podem sofrer. Assim, propõe-se a leitura deste documento em conjunto com o Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia e com o Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos para Audiência de Custódia.

GRAVIDEZ E MATERNIDADE

Em 2018, foi aprovada lei determinando, como regra, que **a prisão preventiva imposta à mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar**, desde que: (i) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa e (ii) não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Essa nova lei veio para reforçar e ampliar outra lei aprovada em 2016³³ e uma decisão do STF proferida em 2018³⁴, garantindo o melhor interesse da criança e o pleno exercício da maternidade.

32 Categoria de análise referente à idade. Conforme menção presente no Manual, ser idoso, por exemplo, pode indicar vulnerabilidades.

33 A Lei nº 13.257/2016 alterou o CPP ampliando as hipóteses de prisão domiciliar cautelar (art. 318, CPP) para mulheres gestantes, mães de crianças com até 12 anos ou responsáveis por pessoas com deficiência.

34 A decisão do Supremo Tribunal Federal no HC coletivo nº 143.641 reforçou a aplicabilidade da lei, ao determinar a concessão da prisão domiciliar para todas as mulheres que se enquadram nas condições do Marco Legal. Apesar disso, a decisão colocou novas restrições à lei, estabelecendo 3 hipóteses em que a prisão domiciliar não se aplicaria: (i) casos em que o crime foi cometido contra descendentes; (ii) crimes cometidos com violência ou grave ameaça, bem como as (iii) “situações excepcionalíssimas”. HC 143.641. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, julgado em 20/02/2019, DJe: 09/10/2018.

Questionamentos e meios de comprovação do exercício de maternidade ou gravidez

A interpretação em maior conformidade com a Resolução CNJ nº 213/2015 é a que dá **credibilidade à palavra da mulher**, com a possibilidade de comprovação documental posterior.

Encaminhamentos aos órgãos do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente

Nos casos que envolvem mulheres grávidas e mães, é comum haver decisões determinando o encaminhamento a órgãos de proteção à criança e ao adolescente no sentido de **pôr em questão o exercício da maternidade** da mulher custodiada. Contudo, qualquer medida do tipo deve ser feita com base na **proteção integral** da criança, buscando fortalecer a **convivência familiar e comunitária junto à família natural** e um ambiente que valorize o desenvolvimento integral da criança.

O princípio do melhor interesse da criança não pode ser pensado de maneira separada do direito ao pleno exercício da maternidade, à moradia e à convivência familiar. Portanto, é necessário pensar uma tutela jurídica conjunta da maternidade e da infância, **evitando a separação de mães e filhos**. Havendo necessidade de encaminhamentos, recomenda-se que sejam feitos visando a proteção social, com o apoio do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada para a adoção de medidas de cuidado e assistência.

Condições da prisão domiciliar

O cuidado com os filhos se dá de forma ampla, contemplando, por exemplo, a inserção em cadastros de proteção social e o trabalho para sustento da família. Portanto, deve haver ajustes individualizados, de acordo com o **contexto de cada família**, para tornar **efetivo o cumprimento** da medida.

Por fim, cabe reforçar que a prisão domiciliar tem natureza estritamente substitutiva à prisão preventiva, não se tratando de medida de excelência para gestantes, mães.

PAIS E DEMAIS RESPONSÁVEIS POR DEPENDENTES

O tratamento dado a mulheres que têm filhos menores de 12 anos ou que necessitam de cuidados especiais deve ser dado também a **outras pessoas que se encontram em situação análoga**. Ou seja, tios, tias, avós ou avôs responsáveis por seus sobrinhos ou netos; pais responsáveis por filhos que dele dependam (ainda que apenas financeiramente); companheiros (as) de mulheres grávidas; adultos responsáveis pelos cuidados de idosos, entre outros.

Nesse sentido, e em complementação ao Manual, destaca-se o acórdão proferido recentemente pela 2ª Turma do STF³⁵, em que foi concedida ordem de *habeas corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão cautelar dos pais e responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, observadas as condicionantes nele apontadas.

Nesses casos se aplicam as legislações que tratam da infância e da adolescência, que devem ser levadas em consideração para priorizar a liberdade provisória ou, em sendo o caso de prisão preventiva, conversão em prisão domiciliar.

PESSOAS LGBTQI+

Em relação às audiências de custódia de pessoas LGBTQI+, é necessário que o juiz ou juíza estejam atentos, especialmente, a 2 pontos: (i) a importância de utilização do **nome social** da pessoa, quando transexual ou travesti; e (ii) nos casos de prisão, que a decisão sobre o local de privação de liberdade seja tomada com a participação da pessoa custodiada, considerando sua segurança e proteção.

Em complementação ao Manual, ressalta-se, ainda, que o STF, em recente decisão³⁶, adequando-se às normas internacionais sobre o tema, determinou que cabe “às transexuais e travestis com identidade de gênero feminina o **direito de opção** por cumprir pena: (i) em **estabelecimento prisional feminino**; ou (ii) em **estabelecimento prisional masculino**, porém em **área reservada**, que garanta a sua **segurança**”.

Por fim, destaca-se que homens transexuais também podem ser gestantes ou lactantes, devendo-se aplicar a eles os mesmos parâmetros referentes às mulheres.

35 HC 165.704, Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado em 24/02/2021.

36 MC na ADPF 527/DF. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Publicado em 22/03/2021.

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E EM SITUAÇÃO DE EXTREMA VULNERABILIDADE

A vedação da criminalização da pobreza é um princípio previsto na Resolução CNJ nº 213/2015, que determina que a “a situação de vulnerabilidade social das pessoas autuadas e conduzidas à audiência de custódia não pode ser critério de seletividade em seu desfavor na consideração sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva. (...)”. Dessa forma, é necessário que a autoridade judicial compreenda que a **falta de endereço fixo não** pode ser utilizada como justificativa para a **prisão preventiva**. Devem-se considerar alternativas para a intimação da pessoa, como utilizar o endereço de órgãos de assistência social para enviar correspondências a essas pessoas. Ou, ainda, considerar o ponto da cidade em que a pessoa pode ser normalmente encontrada.

A **falta de documentos**, da mesma forma, **não deve ser criminalizada**. Apesar da autorização legal³⁷, ao invés de decretar a prisão, a autoridade judicial deve considerar a própria situação como um **indicador de vulnerabilidade** e acionar a **rede de proteção social** para regularizar a situação documental.

É comum que a população em situação de rua apresente **problemas de saúde** ou outras questões decorrentes do uso de substâncias psicoativas, incluindo a síndrome de dependência, que não devem justificar a prisão ou internação compulsória.

Destaca-se, ainda, que os encaminhamentos à rede de proteção social devem sempre preservar a autonomia, a voluntariedade e a autorresponsabilização da pessoa pelo processo. E que cautelares como **fiança, recolhimento noturno e monitoração eletrônica** devem ser entendidas como **excessivamente onerosas** ou **impossíveis de serem cumpridas** por pessoas em situação de rua. Mesmo assim, tais dificuldades para cumprimento de cautelares não devem justificar a prisão preventiva.

MIGRANTES

Semelhante ao disposto no caso de pessoas em situação de rua, a ausência de **trabalho formal**, de **documentos** e de **endereço fixo** de pessoas migrantes **não** deve ser enxergada sob a lógica criminalizadora. Conforme a Lei de Migração³⁸, devem ser seguidas as diretrizes de proteção dos direitos humanos, igualdade de tratamento, acolhida humanitária, não discriminação e não criminalização.

37 Art. 313. (...) § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 03/10/1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

38 BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. DOU de 25.5.2017. Brasília: 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm

Também semelhante ao caso de pessoas em situação de rua, a depender das circunstâncias, devem ser entendidas como excessivamente onerosas ou impossíveis de serem cumpridas medidas cautelares como fiança, recolhimento noturno e monitoração eletrônica. Outras determinações importantes sobre pessoas migrantes, previstas na Resolução CNJ 213/2015, são o **acesso consular** e **intérprete**³⁹ durante a audiência de custódia.

A notificação consular deve ser feita pela autoridade policial no momento da prisão. Contudo, caso identifique que não tenha sido feita, **o juiz ou juíza** responsável pela audiência de custódia **deverá proceder à comunicação**.

Em relação ao direito a intérprete no momento do flagrante, essa garantia está prevista na Resolução CNJ 213/2015, que dispõe que:

*“A pessoa custodiada estrangeira deve ter **assegurada a assistência de intérprete** e a pessoa surda a assistência de intérprete de LIBRAS (Linguagem Brasileira de Sinais), requisito essencial para a plena compreensão dos questionamentos e para a coleta do depoimento, atentando-se para a necessidade de (i) a pessoa custodiada estar de acordo com o uso de intérprete, (ii) o intérprete ser informado da confidencialidade das informações e (iii) o entrevistador manter contato com o entrevistado, evitando se dirigir exclusivamente ao intérprete.” (grifo nosso)*

Na ausência de intérpretes para pessoas custodiadas migrantes, é comum que sejam designados tradutores não oficiais para a audiência, quando presentes pessoas habilitadas. Contudo, isso não pode ser regra. Nas unidades judiciárias onde há maior fluxo de população migrante deve ser garantida a presença de tradutores oficiais, ainda que se recorra, excepcionalmente, à utilização de videoconferência.

PESSOAS COM DOENÇAS GRAVES E OUTRAS QUESTÕES DE SAÚDE

A individualização das medidas aplicadas em audiências de custódia deve levar em conta doenças graves ou outras questões de saúde, que podem se referir, por exemplo, a pessoas idosas:

- (i) As dificuldades de acessibilidade dessas pessoas para o cumprimento de possíveis medidas cautelares;
- (ii) Sua dependência a outras pessoas para atividades diárias;

³⁹ O art. 193 do Código de Processo Penal e o art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos também dispõem sobre a garantia de intérprete.

- (iii) A frequência das visitas a médico e outros tratamentos de saúde, para que as medidas sejam flexibilizadas de maneira condizente com a rotina da pessoa custodiada;
- (iv) A existência de acompanhamentos e/ou tratamentos e se toma algum medicamento regularmente.

Por fim, semelhante ao disposto nos casos de gravidez e maternidade, caso a pessoa não esteja com a documentação probatória da situação de saúde, o juiz ou juíza deve conceder prazo para juntar ao processo, sem que se determine a prisão nesse período.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA

A Resolução CNJ nº 213/2015 garante a assistência de intérprete de LIBRAS para pessoas com deficiência auditiva.

Assim, caso não seja possível a realização da oitiva da pessoa custodiada por falta de intérprete, deve ser **privilegiado o relaxamento ou a liberdade provisória** sem aplicação de outras cautelares, para que não seja cerceado seu **direito de defesa** nem seja penalizada por falta de estrutura do tribunal. Posteriormente, poderá ser **designada nova data** para a realização da audiência com a presença de intérprete.

PESSOAS COM TRANSTORNOS ASSOCIADOS AO USO DE DROGAS

Conforme trabalhado no Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, a Política Nacional de Álcool e Drogas – PNAD⁴⁰ possui como princípios orientadores a responsabilidade compartilhada e a cooperação entre serviços públicos, iniciativa privada, terceiro setor, cidadãos e cidadãos.

Nesse sentido, ao invés de aumentar estigmas sobre pessoas que usam drogas, muitas vezes inseridas em situação de **extrema vulnerabilidade**, a autoridade judicial deve buscar construir **articulação com a rede de proteção social**, buscando efetivas soluções de cuidado. O contato com o sistema de justiça deve possibilitar **acesso a políticas de inclusão social, geração de renda e trabalho**, sempre respeitando a autonomia desses sujeitos.

40 BRASIL. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. DOU de 11.04.2019. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm. Acesso em 09 jul. 2020.

Apesar de proibida pelo STF, a imposição de medidas cautelares atípicas tem sido comum, especialmente a imposição de internação para tratamento de síndrome de dependência de substâncias psicoativas como medida cautelar. É necessário reafirmar, portanto, que somente podem ser aplicadas as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, e que encaminhamentos desse tipo ferem a **autonomia e a voluntariedade** da pessoa de se submeter a tratamentos.

INDÍGENAS

No caso de pessoas indígenas, em 2019 o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 287/2019, que estabelece “procedimentos ao **tratamento das pessoas indígenas** acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário”. No âmbito das audiências de custódia, se destacam os **seguintes princípios**:

- a) O reconhecimento da pessoa como indígena se dá por meio da **autodeclaração** (art. 3º, caput, e § 1º);
- b) A autoridade judicial deverá indagar acerca da etnia, da língua falada e do grau de conhecimento da língua portuguesa (art. 3º, § 2º);
- c) As informações sobre sua etnia, língua falada, etc., deverão constar em todos os atos do processo (art. 4º);
- d) A autoridade judicial deverá garantir a **presença de intérprete**, preferencialmente membro da própria comunidade indígena (art. 5º, inciso I);
- e) Sempre que possível, poderá ser realizada perícia antropológica, a fim de fornecer subsídios para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa acusada (art. 6º);
- f) Ocorrendo a imposição de qualquer medida cautelar alternativa à prisão, a autoridade judicial deverá **adaptá-la** às condições e aos prazos que **sejam compatíveis com os costumes**, local de **residência** e **tradições** da pessoa indígena (art. 8º).

Esses são alguns dos pontos a serem contemplados nas audiências de custódia no caso de pessoas custodiadas indígenas, que podem orientar a tomada de decisão nesse âmbito, juntamente com demais direitos e garantias aplicáveis.



FAZENDO**JUSTIÇA**



DEPEN
Departamento Penitenciário Nacional



UNODC
Escritório das Nações Unidas
sobre Drogas e Crime



CNJ
CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA

