

Manual sobre

Tomada de Decisão na Audiência de Custódia

Parâmetros Gerais

SÉRIE JUSTIÇA PRESENTE | COLEÇÃO FORTALECIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



SÉRIE JUSTIÇA PRESENTE
COLEÇÃO FORTALECIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Manual sobre

**Tomada de Decisão
na Audiência
de Custódia**

Parâmetros Gerais



Esta obra é licenciada sob uma licença Creative Commons
- Atribuição-Não Comercial-Sem Derivações. 4.0 Internacional.

Dados Internacionais de Catalogação da Publicação (CIP)

B823m

Brasil. Conselho Nacional de Justiça.

Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia : Parâmetros gerais / Conselho Nacional de Justiça, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília : Conselho Nacional de Justiça, 2020.

Inclui bibliografia.

186 p. : fots. (Série Justiça Presente. Coleção fortalecimento da audiência de custódia). Disponível, também, em formato digital.

ISBN 978-65-88014-56-1

ISBN 978-65-88014-08-0 (Coleção)

1. Audiência de custódia. 2. Política penal. I. Título. II. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. III. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. IV. Lanfredi, Luís Geraldo Sant'Ana (Coord.). V. Série.

CDU 343.8 (81)

CDD 345

Bibliotecário: Phillipe de Freitas Campos CRB-1/3282

Coordenação Série Justiça Presente: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi; Victor Martins Pimenta; Ricardo de Lins e Horta; Valdirene Daufemback; Talles Andrade de Souza; Débora Neto Zampier

Elaboração: Maíra Rocha Machado

Supervisão: Marina Lacerda e Silva; Rafael Barreto Souza

Apoio: Comunicação Justiça Presente

Projeto gráfico: Alvetti Comunicação

Revisão: Rafael Vinícius Videiro Rosa

Fotos: Capa, pg 11, pg 17, pg 23, pg 171 - Depositphotos; pg 33, pg 153 - Unsplash

Apresentação

O sistema prisional e o sistema socioeducativo do Brasil sempre foram marcados por problemas estruturais graves, reforçados por responsabilidades difusas e pela ausência de iniciativas articuladas nacionalmente baseadas em evidências e boas práticas. Esse cenário começou a mudar em janeiro de 2019, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a liderar um dos programas mais ambiciosos já lançados no país para a construção de alternativas possíveis à cultura do encarceramento, o Programa Justiça Presente.

Trata-se de um esforço interinstitucional inédito, com alcance sem precedentes, que só se tornou possível por meio de parcerias com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) para contribuir com um olhar internacionalista na discussão de estratégias para enfrentamento dos desafios da justiça criminal e dos sistemas socioeducativo e penitenciário em âmbito nacional. O programa conta, ainda, com o importante apoio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, na figura do Departamento Penitenciário Nacional.

É animador perceber o potencial de transformação de um trabalho realizado de forma colaborativa, que busca incidir nas causas ao invés de insistir nas mesmas e conhecidas consequências, sofridas de forma ainda mais intensa pelas classes mais vulneráveis. Quando a mais alta corte do país entende que pelo menos 800 mil brasileiros vivem em um estado de coisas que opera à margem da nossa Constituição, não nos resta outro caminho senão agir.

Buscando qualificar a porta de entrada do sistema prisional, fortalecer a atuação policial dentro da legalidade, assim como consolidar a implementação da Resolução CNJ nº 213/2015, o programa Justiça Presente publica, pela Série Justiça Presente, a coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia, composta por manuais orientadores destinados à magistratura nacional.

Lançada em 2015, a audiência de custódia tornou-se um instituto indispensável para a justiça brasileira, permitindo que magistradas e magistrados protagonizem a transição de uma cultura de encarceramento para uma cultura com foco na garantia de direitos fundamentais, em especial a liberdade e a presunção de inocência.

Alicerçado nas normas e na jurisprudência nacional e internacional sobre o tema e nas experiências cotidianas da magistratura e dos tribunais, o CNJ publica o presente manual com diretrizes para as decisões no âmbito das audiências de custódia. Apresentamos subsídios para a qualificação da tomada de decisão judicial à luz das regras e procedimentos previstos na Resolução CNJ nº 213/2015, assim como dos avanços e inovações processuais penais incorporados à legislação brasileira.

O manual contribui para uma prestação jurisdicional balizada no primeiro contato da autoridade judicial com a pessoa presa, colaborando para o máximo rigor na avaliação da legalidade da prisão, para a adoção de alternativas penais e para o uso excepcional da privação de liberdade, de modo a mitigar o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

José Antonio Dias Toffoli

Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça

CNJ (Conselho Nacional de Justiça)

Presidente: Ministro José Antonio Dias Toffoli

Corregedor Nacional de Justiça: Ministro Humberto Eustáquio Soares Martins

Conselheiros

Ministro Emmanoel Pereira

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Rubens de Mendonça Canuto Neto

Tânia Regina Silva Reckziegel

Mário Augusto Figueiredo de Lacerda Guerreiro

Candice Lavocat Galvão Jobim

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Maria Cristiana Simões Amorim Ziouva

Ivana Farina Navarrete Pena

Marcos Vinícius Jardim Rodrigues

André Luis Guimarães Godinho

Maria Tereza Uille Gomes

Henrique de Almeida Ávila

Secretário-Geral: Carlos Vieira von Adamek

Secretário Especial de Programas, Pesquisas e Gestão Estratégica: Richard Pae Kim

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

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

Diretor Executivo DMF/CNJ: Victor Martins Pimenta

Chefe de Gabinete DMF/CNJ: Ricardo de Lins e Horta

MJSP (Ministério da Justiça e Segurança Pública)

Ministro da Justiça e Segurança Pública: André Luiz de Almeida Mendonça

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

Coordenadora 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

Supervisora Jurídica: Marina Lacerda e Silva

Supervisora de Proteção Social: Nara Denilse de Araújo

Técnico de Monitoramento e Avaliação: Vinicius Assis Couto

Ficha Técnica

Supervisão geral

Marina Lacerda e Silva

Rafael Barreto Souza

Supervisão técnica

Fabiana de Lima Leite

Izabella Lacerda Pimenta

Julianne Melo dos Santos

Marina Lacerda e Silva

Rafael Barreto Souza

Vinícius Assis Couto

Elaboração

Maíra Rocha Machado

Colaboração

Acássio Pereira de Souza

Ana Carolina Pekny

Ana Clara Klink

Ariane Gontijo Lopes

Carolina Costa Ferreira

Carolina Santos Pitanga de Azevedo

Cesar Gustavo Moraes Ramos

Cristina Gross Villanova

Cristina Leite Lopes Cardoso

Daniela Dora Eilberg

Daniela Marques das Mercês Silva

Dayana Rosa Duarte Moraes

Denise de Souza Costa

Elisa de Sousa Ribeiro Pinchemel

Gabriela Guimarães Machado

Jamile dos Santos Carvalho

João Paulo dos Santos Diogo

João Vitor Freitas Duarte Abreu

Laís Gorski

Lívia Zanatta Ribeiro

Luanna Marley de Oliveira e Silva

Luciana Simas Chaves de Moraes

Luciano Nunes Ribeiro

Lucilene Mol Roberto

Lucineia Rocha Oliveira

Luis Gustavo Cardoso

Luiza Meira Bastos

Manuela Abath Valença

Maressa Aires de Proença

Olímpio de Moraes Rocha

Rafael Silva West

Regina Cláudia Barroso Cavalcante

Thayara Silva Castelo Branco

Thays Marcelle Raposo Pascoal

Victor Neiva e Oliveira

Revisão

Rafael Vinícius Videiro Rosa

Diagramação

Alveti Comunicação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
I. Parametrização jurídica: significado, alcance e limites	17
II. Garantias ligadas à realização da audiência de custódia	23
1. Assegurar garantias básicas e fornecer insumos emergenciais à pessoa custodiada	24
2. Atendimento social prévio à audiência de custódia.....	25
3. Utilização de algemas como medida excepcional	26
4. Vedação à presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação....	31
III. O processo decisório na audiência de custódia em cinco etapas	33
1. Verificação dos aspectos formais e garantias do flagrante	34
1.1. Etapa zero – Sanar irregularidades do APF	34
(i) Comunicação imediata da prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada e às autoridades responsáveis (art. 306, CPP e art. 5º, LXII, CF).....	34
(ii) Realização de interrogatório e escuta da pessoa custodiada, sendo assegurado o direito ao silêncio, a receber atendimento médico e à presença de um advogado ou advogada (art. 8º, III e IV, Resolução CNJ nº 213/2015, art. 304, CPP, e art. 5º, LXIII, CF)	35
(iii) Pessoa migrante, indígena ou com deficiência auditiva: comunicação à autoridade consular ou diplomática e garantia de intérprete	38
(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 (art. 304 e art. 306, § 2º, CPP).....	39
(v) Realização de exame de corpo de delito cautelar sem a presença de policiais (art. 8º, VII, Resolução CNJ nº 213/2015).....	40
1.2. Etapa 1 – Verificar a legalidade e a regularidade do flagrante	42
1.2.1. Abordagem policial foi realizada corretamente? (SIM/NÃO)	42
(i) Sem indícios de tortura ou maus-tratos contra a pessoa (SIM/NÃO)	43
(ii) Justificada com base em fatos concretos (SIM/NÃO)	45
(iii) Sem invasão de domicílio (SIM/NÃO).....	49

1.2.2. Apresentação da pessoa custodiada ao juízo competente foi realizada em até 24 horas (art. 1º, Resolução CNJ nº 213/2015, art. 310, caput e § 4º, CPP)? (SIM/NÃO)	54
1.2.3. Houve flagrante mesmo? (SIM/NÃO) De qual tipo? Autoridade judicial deve indicar fundamentadamente uma das 4 hipóteses abaixo	57
(i) Pessoa custodiada estava cometendo o crime quando foi abordada? (art. 302, I, CPP).....	58
(ii) Pessoa custodiada tinha acabado de cometer o crime quando abordada? (art. 302, II, CPP).....	59
(iii) Pessoa custodiada foi perseguida, logo após, “em situação que faça presumir ser autor da infração”? (art. 302, III, CPP).....	60
(iv) Pessoa custodiada foi encontrada, logo depois, com instrumentos, armas, objetos “que façam presumir ser ele o autor da infração”? (art. 302, IV, CPP)	62
1.2.3.1. Necessidade de fundamentação e hipóteses de relaxamento	63
2. 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.....	64
2.1. Tipificar a conduta com base no APF e na entrevista.....	64
2.2. Reconhecimento de atipicidade material: o princípio da insignificância	66
2.3. Excludente de ilicitude.....	66
2.4. Possibilidade de arquivamento do inquérito policial.....	67
3. Etapa 3 – Diante do flagrante regular e da tipificação definida judicialmente, verificar a necessidade de se aplicar alguma medida cautelar.....	68
3.1. Há elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá frustrar aplicação da lei penal? (SIM/NÃO)	75
3.1.1. Endereço fixo, ocupação lícita e documentos com foto	76
3.2. Há elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá impedir/comprometer a investigação ou instrução criminal? (SIM/NÃO).....	80
3.3. Aplicação de medidas cautelares, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais	83
4. Etapa 4 – Flagrante regular, tipificação definida judicialmente e há elementos robustos indicando a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar: adequação das medidas cabíveis.....	84

4.1. Parte 1: Decidir sobre a adequação da medida cautelar a partir de três critérios (art. 282, II, CPP)	84
4.1.1. “Condições pessoais da pessoa indiciada ou acusada”	84
4.1.1.1. Perfis abarcados pelo art. 318, CPP	85
4.1.1.2. Primários e pessoas que não tiveram contato com o sistema penitenciário	86
4.1.1.3. Contato anterior com o sistema de justiça	87
4.1.2. Diferentes contextos de vida.....	96
4.1.3. “Gravidade do crime” e “Circunstâncias do fato”.....	99
4.1.3.1. Impossibilidade de argumentação com base em formulações sobre a gravidade abstrata do delito	100
4.1.3.2. A gravidade concreta do delito e a noção de <i>modus operandi</i>	102
4.1.3.3. O princípio da homogeneidade	105
4.2. 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?.....	107
4.2.1. Tipos de medidas cautelares diversas da prisão	108
I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades	109
II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações	110
III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante	111
IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução	112
V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos	113
VI - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais	114
VII - Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26, CP) e houver risco de reiteração	114

VIII - Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial	118
IX - Monitoração eletrônica.....	122
Art. 320, CPP - A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas	127
4.2.2. Fases para determinação das medidas cautelares mais adequadas a cada situação concreta	128
Fase 1: Comparecimento periódico em juízo	130
Fase 2: Proibição de contato com pessoa determinada e/ou proibição de acesso a lugares determinados	131
Fase 3: Proibição de ausentar-se da comarca sem autorização judicial	131
Fase 4: Fiança.....	132
Fase 5: Monitoração eletrônica	133
5. 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.....	135
5.1. Discursos sobre a “ordem” na fundamentação da prisão preventiva	138
5.1.1. Prisão como resposta à gravidade do delito	138
5.1.2. Prisão como forma de evitar a “reiteração delitiva”	140
5.1.3. Prisão como segregação de indivíduos contrários à ordem e “propensos ao crime”: a “periculosidade social”	141
5.1.4. Prisão como medida de segurança pública.....	143
5.1.5. Prisão como mecanismo de restabelecimento da credibilidade das instituições.....	145
5.1.6. Prisão como resposta aos anseios da sociedade: o “clamor público”	146
5.2. A ordem pública em relação à cautelaridade da prisão preventiva.....	147
5.3. Decretada a prisão preventiva: pontos de atenção para a execução da medida	149
5.4. Possibilidades de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.....	150

REFERÊNCIAS 153

ANEXO 171

INTRODUÇÃO



Este Manual 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 Justiça Presente, 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).

O Programa Justiça Presente foi criado como estratégia de enfrentamento aos desafios que se apresentam ao contexto de privação de liberdade no Brasil, seja no sistema socioeducativo, seja no sistema penal, marcado por um processo de crescimento acelerado e desordenado e por condições precárias de encarceramento, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como um “estado de coisas inconstitucional”, no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 (ADPF 347), em setembro de 2015.

As ações do Programa Justiça Presente estão organizadas em quatro eixos implementados de forma simultânea: Eixo 1 - voltado para a porta de entrada, com enfoque no enfrentamento ao encarceramento excessivo e penas desproporcionais, promove o aprimoramento das audiências de custódia e fortalecimento das alternativas penais conforme parâmetros internacionais; Eixo 2 - voltado ao sistema socioeducativo, em especial fomentando a produção de dados, a articulação entre os diferentes órgãos de atendimento e a qualificação de recursos humanos, serviços e estruturas; Eixo 3 - voltado à promoção da cidadania por meio da atenção a egressos e inserção positiva, além de ações intramuros; e Eixo 4 - com enfoque no aprimoramento dos sistemas de informação, documentação civil e identificação.

O fortalecimento e a qualificação do instituto das audiências de custódia compõem as ações do Programa previstas no Eixo 1 para incidência na porta de entrada do sistema de justiça criminal. As audiências de custódia foram regulamentadas pela Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. No âmbito do Programa Justiça Presente, por meio da parceria entre o CNJ e o UNODC, as ações junto às audiências de custódia se dividem em quatro pilares estratégicos: (1) elaboração de parâmetros e diretrizes de atuação para o sistema de justiça criminal; (2) constituição de rede de altos estudos; (3) implementação de assessoria técnica *in loco* nos 26 estados brasileiros e no Distrito Federal; e (4) gestão, monitoramento, avaliação e *advocacy*. O presente documento compõe a parametrização proposta.

A implementação das audiências de custódia, prevista em tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário - como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹,

¹ O art. 9º, 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos dispõe que: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Nova Iorque: 1966.

o Pacto de São José da Costa Rica² e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas³ -, torna obrigatória a apresentação em juízo de pessoas presas, em até 24 horas. A autoridade judicial deve analisar a legalidade da prisão e a eventual necessidade de imposição de medidas cautelares. Deve ainda, e especialmente, documentar e adotar providências judiciais e não judiciais ante relatos ou outros indícios de tortura ou maus-tratos⁴ por parte da polícia ou outros agentes públicos.

O presente documento apresenta proposta de parametrização jurídica do processo decisório em audiência de custódia, organizando-o em cinco etapas, e indicando, para cada uma delas, esquemas interpretativos que favoreçam decisões consistentes com os objetivos e os valores da Resolução CNJ nº 213/2015 e seus protocolos.

No que diz respeito à verificação da legalidade do flagrante e ao juízo de necessidade sobre a prisão preventiva, a Resolução volta-se à apresentação de orientações e diretrizes sobre a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão, buscando tanto conter o uso excessivo da prisão quanto, por meio das cautelares, promover a responsabilização da pessoa autuada. Responsabilização, destaca-se, pautada pela garantia de condições de cumprimento dessas modalidades com autonomia e liberdade, e sem prejuízo do encaminhamento, de caráter voluntário, a programas e políticas de proteção e inclusão social da rede pública (Resolução CNJ nº 213/2015, Protocolo I).

Para isso, a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares, de acordo com as diretrizes que guiam o presente documento, devem ser pautados (i) pela subsidiariedade da prisão e pela intervenção penal mínima; (ii) pelo princípio da presunção de inocência; (iii) pela primazia da dignidade e liberdade das pessoas custodiadas; (iv) pela individualização das medidas, com respeito às trajetórias individuais e reconhecimento das potencialidades das medidas na redução de diversas formas de violência; (v) pelo respeito e promoção das diversidades; (vi) pela real responsabilização e compromisso das partes, de forma que a adequação da medida seja viável e tenha sentido para as pessoas envolvidas; (vii) pela provisoriedade das medidas; (viii) pela restrição das cautelares às hipóteses previstas

2 O art. 7º, 5, do Pacto de São José da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. São José da Costa Rica: 1969.

3 O art. 11, da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas dispõe que: “Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e de acordo com a legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente. Os Estados Partes estabelecerão e manterão registros oficiais atualizados sobre seus detidos e, de conformidade com sua legislação interna, os colocarão à disposição dos familiares dos detidos, bem como dos juízes, advogados, qualquer pessoa com interesse legítimo e outras autoridades”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Convenção de Belém do Pará). Promulgada pelo Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. Belém do Pará: 1994.

4 Para fins deste Manual, utiliza-se o termo “maus-tratos” como conceito ampliado, similar à noção de “outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes” estabelecida em parâmetros internacionais. Não assume, portanto, o sentido estrito da conduta delitiva tipificada no art. 136 do Código Penal.

em lei; (ix) pelo menor impacto possível das medidas na vida das pessoas custodiadas; e, por fim, (x) pela não penalização da pobreza (Resolução CNJ nº 213/2015, Protocolo I).

Em relação à prevenção e ao enfrentamento à tortura e aos maus-tratos, a Resolução determina que a audiência de custódia ocorra em condições adequadas, que tornem possível o relato e sua escuta, livre de ameaças ou intimidações, destacando-se a imprescindibilidade da presença física da pessoa custodiada perante a autoridade judicial. Além disso, as autoridades judiciais devem estar familiarizadas com as técnicas de coleta de informações, considerando as vulnerabilidades da pessoa submetida à violência, e devem adotar as providências cabíveis para a segurança da vítima e para que seja amparada pela rede de proteção social, de acordo com suas necessidades (Resolução CNJ nº 213/2015, Protocolo II).

No presente documento, será enfatizado o percurso decisório relativo à contenção do uso excessivo da prisão e à aplicação das medidas cautelares de maneira aderente aos objetivos da Resolução. O Anexo ao final deste documento oferece uma representação gráfica, de rápida leitura, ao percurso decisório aqui proposto.

Tópicos relacionados à apuração de práticas de tortura e maus-tratos, bem como ao fortalecimento de uma atuação intersetorial buscando a inserção social e proteção da pessoa custodiada, devem ser lidos em conjugação com o Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia e com o Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada.

A proposta foi concebida e estruturada a partir do material coletado pelos consultores e consultoras estaduais em audiências de custódia presentes em todas as unidades da federação desde julho de 2019 e complementado por outros documentos. Partiu-se, portanto, da seguinte premissa: para que os subsídios ao processo decisório em audiência de custódia sejam inteligíveis e de fato apropriáveis pela magistratura, devem ser construídos a partir das práticas decisórias existentes, dos constrangimentos e das possibilidades reais de seus destinatários. A ênfase dada ao material coletado nas audiências determinou o alcance da presente proposta: trata-se aqui de oferecer subsídios para a tomada de decisão diante da prisão em flagrante - e não das demais possibilidades de prisão cautelar. Não há dúvida que todas elas devem necessariamente ser tomadas na audiência de custódia - como aliás se discute no Supremo Tribunal Federal (STF) em agravo regimental na Reclamação (RCL) 29.303 no momento de entrega deste documento. Em outras palavras, a presente proposta focaliza o flagrante em decorrência de seu desenho metodológico e não da interpretação que adota sobre o alcance da audiência de custódia.

De toda forma, os parâmetros elencados neste Manual devem ser entendidos como aplicáveis, no que for cabível, também às audiências realizadas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, conforme previsão do art. 13 da Resolução CNJ nº 213/2015⁵.

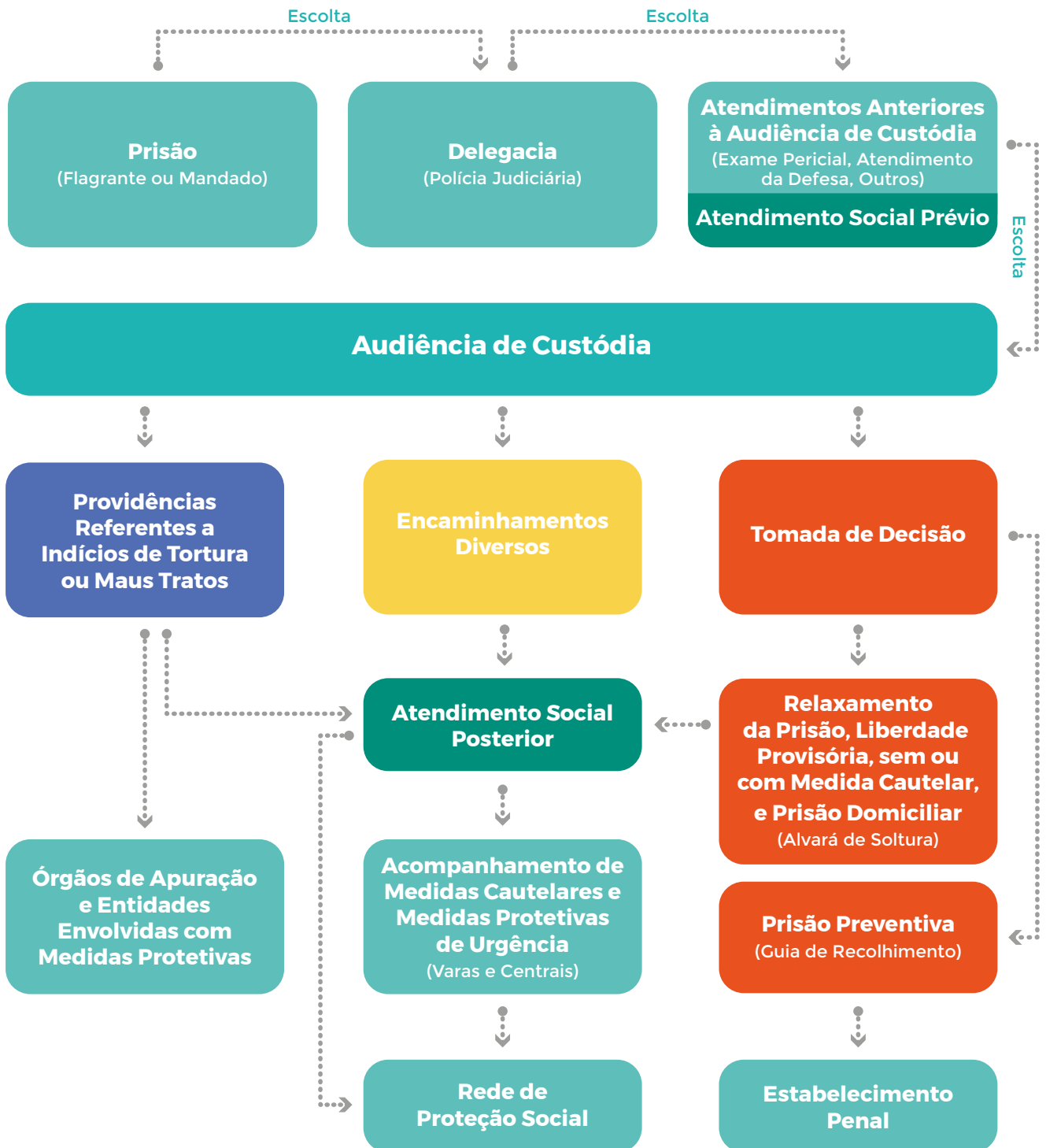
⁵ Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Esta proposta geral é complementada por outro documento, o “Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos” (a partir de agora, mencionado como Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos). Nele, são apresentadas as especificidades dogmáticas e processuais dos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas que interferem diretamente nas etapas do processo decisório proposto a seguir. Também são oferecidos subsídios para a tomada de decisão no tocante a perfis específicos das pessoas custodiadas (mães e gestantes, migrantes, pessoas com transtornos associados ao uso de drogas, etc.).

Por fim, é preciso reconhecer que o presente Manual é resultado de esforço e colaboração de diversas pessoas e entidades e não teria sido possível sem o apoio institucional dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, e das contribuições dos magistrados e magistradas, em especial: Dra. Ana Carolina Bartolamei Ramos, Dra. Andrea da Silva Brito, Dra. Adriana da Cruz Dantas, Dr. Antonio Alberto Faiçal Junior, Dra. Lorena Alves Ocampos, Dr. Luís Fernando Nigro Corrêa, Dr. Marcos Faleiros da Silva, Dra. Maria Rosinete dos Reis Silva e Dr. Tiago Bologna Dias.

Para ilustrar os fluxos relacionados aos procedimentos, decisões e diligências referentes à audiência de custódia, segue fluxograma geral sobre seu funcionamento. Estão representados os passos que a pessoa custodiada percorre, desde o momento da prisão até os desdobramentos decorrentes da decisão judicial de relaxamento, concessão de liberdade provisória sem ou com medida cautelar, prisão domiciliar ou determinação de medida de prisão preventiva ou por cumprimento de mandado judicial. Em especial, são destacadas as medidas e serviços abordados nos manuais da coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia do Conselho Nacional de Justiça.

FLUXOGRAMA GERAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



● Medidas Judiciais e Não Judiciais

● Medidas Não Judiciais

● Decisão Judicial

I

Parametrização jurídica: significado, alcance e limites



A leitura de relatórios e pesquisas sobre a produção de *guidelines*⁶ no campo da justiça criminal fortaleceu a ideia inicial sobre o modo como essa parametrização deveria ser desenhada. Ainda que as diversas experiências internacionais se dirijam ao momento de definição da pena (*sentencing*) e não ao momento de confirmação judicial da prisão efetuada pela polícia (*pretrial detention*), o material revelou-se útil no desenho da presente proposta.

Em primeiro lugar, ajudou a colocar em perspectiva as dificuldades enfrentadas: muito além das especificidades de nosso país, há várias questões que estão sendo vividas em diversos países, com níveis muito inferiores de encarceramento, e há bastante tempo.

O segundo ponto relevante aos propósitos deste documento diz respeito aos objetivos gerais de um *guideline*: não é padronizar as decisões, eliminando disparidades. Nesse sentido, a abordagem proposta aqui descarta os modelos que favorecem a “automatização” das decisões, restringindo a margem de discricionariedade e a própria independência judicial. Em sentido contrário, a ideia central dos programas de reforma é avançar em termos de **consistência decisória** - isto é, as estratégias estão voltadas a ampliar a consistência das decisões com os objetivos e os valores que querem promover. Diante disso, no caso da presente parametrização, considera-se que os objetivos e valores são aqueles indicados na Resolução CNJ nº 213/2015, em especial em seus “considerandos” e protocolos.

Para estruturar o processo decisório e identificar as etapas e as grandes questões que organizam cada uma delas, este documento apoia-se em 1.338 decisões coletadas pela equipe de consultores locais, que atuam em todas as unidades da federação desde julho 2019. 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.

A estratégia de coleta privilegiou a maior diversificação possível do acervo de decisões e não a representatividade de cada modalidade decisória. Em função das especificidades locais, a coleta das decisões ocorreu de diversas formas: a partir das audiências acompanhadas pela equipe de consultores, por intermédio de solicitação ao cartório ou por consulta ao SISTAC. Pela mesma razão, o número de decisões coletadas em cada estado também variou. Em razão dos objetivos deste documento, todas as decisões citadas foram inteiramente anonimizadas.

6 Guidelines são diretrizes, marcos de orientação para a tomada de decisão. Para mais referências: RAUPP, Mariana. As pesquisas sobre o “sentencing”: disparidade, punição e vocabulários de motivos. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 2, n. 2, jan 2015, p. 174-191; VANHAMME, F., e Beyens, K.. La recherche en sentencing: un survol contextualisé. *Déviante et Société*, 31 (2), 2007, p. 199-228; UNITED KINGDOM. Sentencing Council. [s. l.], [s. d.]. Disponível em: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/>. Acesso em 30 jul. 2020; UNITED KINGDOM. The National Archives. [s. l.], [s. d.]. Disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/search/>. Acesso em 30 jul. 2020; UNITED KINGDOM. The Halliday Report - “Making Punishments Work: A Review of the Sentencing Framework for England & Wales”. [s. l.], [s. d.]. Disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.homeoffice.gov.uk/documents/halliday-report-sppu/>. Acesso em 30 jul. 2020; VERA INSTITUTE OF JUSTICE. *Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States*, 2013. Disponível em: <https://www.vera.org/publications/sentencing-and-prison-practices-in-germany-and-the-netherlands-implications-for-the-united-states/>; STITH, Kate; KOH, Steve. *The Politics of Sentencing Reform: The Legislative History of the Federal Sentencing Guidelines*. Yale, 1993. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2276&context=fss_papers; TORNY, Michael. *The Functions of Sentencing and Sentencing Reform*. University of Minnesota Law School, 2005. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1554&context=faculty_articles.

As normas do Código de Processo Penal (CPP), mesmo assistemáticas, oferecem, juntamente com a Constituição Federal (CF), o marco legal para atuação na audiência de custódia, sobremaneira a partir da promulgação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, a qual passou a prever de modo expresso a imediata apresentação da pessoa presa à autoridade judicial na legislação ordinária. No interior desse marco, a interpretação judicial pode ser mais ou menos consistente com os objetivos e os valores da Resolução CNJ nº 213/2015. Assim, o tratamento do material buscou distinguir, de um lado, as decisões e as justificativas que extrapolam o marco legal e, de outro, no conjunto de decisões que “cabem” no quadro normativo vigente, aquelas mais próximas ou mais distantes dos objetivos e valores indicados na Resolução CNJ nº 213/2015. Entre as primeiras, 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. Ainda que este documento faça menção a algumas dessas decisões, sua estrutura apoia-se no segundo grupo, isto é, no conjunto de decisões compatíveis com o quadro normativo em vigor.

Vencido o momento de organização e tratamento do material, para elaborar a parametrização jurídica apresentada a seguir, partiu-se do amplo repertório de questões – e de pistas para respondê-las – que emergiu da leitura e do tratamento do banco de dados. Trata-se, contudo, de material bastante heterogêneo e que exigiu, a depender da temática específica, um esforço analítico de construção ou de desconstrução do modo como as decisões são corriqueiramente tomadas. É possível dizer que o banco de dados fornece muito menos informação sobre as funções, as características e os usos possíveis e legítimos das medidas cautelares não prisionais, do que sobre os motivos para aplicar a prisão preventiva, por exemplo. Desse modo, as fontes doutrinárias e a jurisprudência dos tribunais superiores tiveram papel secundário na estruturação geral, ainda que tenham fornecido aporte substantivo nas etapas que tratam de temas raramente registrados nas decisões.

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

Há vários exemplos no material que ajudam a ver o modo como a magistratura concebe seu papel nas audiências de custódia. Fundamentos que identificam a atuação judicial com a “promoção da segurança pública” e o “combate ao crime” não são incomuns. Para além de questionar essa (auto) representação, a presente proposta busca qualificá-la: para que isso possa ocorrer, é fundamental que a atuação da magistratura **se diferencie** da atuação das polícias e do próprio Ministério Público. Isso passa pela necessidade de reconhecer seu papel de controle (e não de chancela) do conteúdo do auto de prisão em flagrante (APF), maximizando o que a audiência de custódia fornece – a presença

da pessoa custodiada, o ambiente forense, a decisão conforme o direito (CF, CPP, Resolução CNJ nº 213/2015 e convenções internacionais). Do mesmo modo que cada decisão individual tomada na custódia é, para a magistratura, parte de um todo que pode contribuir (ou não) com a segurança geral da população, cada decisão é também parte de um todo que propicia o uso excessivo e inadequado da privação de liberdade, com os diversos problemas que a magistratura reconhece, mas não associa à sua decisão individual. Assim, qualifica-se a responsabilidade associada à atuação judicial, que passa a significar **responsabilidade pela resposta** que o sistema de justiça criminal oferece às situações problemáticas.

O reconhecimento judicial da gravidade do problema carcerário no Brasil alcança novas proporções com o julgamento, em sede cautelar, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, em 2015. Na decisão, o STF declara explicitamente o “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro. Apoiando-se em relatórios, documentos, dados sobre a relação entre número de presos e vagas, bem como em inspeções realizadas por autoridades públicas, a decisão refere-se à “situação vexaminosa”⁷ e “assustadora”⁸ do sistema prisional e descreve diversas formas de violação dos direitos das pessoas privadas de liberdade.

O voto do Ministro Marco Aurélio, em especial, discorre longamente sobre a **“responsabilidade do poder público”, indicando expressamente que essa responsabilidade deve ser atribuída aos três poderes**, tanto na esfera federal quanto estadual. “Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo”⁹, diz o Ministro, mas reconhece também problemas de “interpretação e aplicação da lei penal”¹⁰. Mais especificamente, em relação à responsabilidade do Poder Judiciário, o Ministro menciona, por exemplo, o elevado número de presos provisórios que, ao final, são absolvidos ou condenados a sanções não prisionais. Não por outra razão, o único pedido direcionado ao Poder Judiciário concedido em sede cautelar foi a realização de audiências de custódia.

É, portanto, nesse contexto que a Resolução CNJ nº 213/2015 é situada como o norte e a baliza interpretativa voltada a fortalecer o papel da magistratura como ator central e altamente qualificado para atuar no controle e fiscalização do campo da segurança pública. Cada ator tem suas competências e funções e está limitado por fatores diferentes. **A magistratura precisa ser o ator que está constrangido pelo Direito e que é capaz de se responsabilizar globalmente pelas decisões que toma e pelos efeitos dessas decisões para o sistema de justiça criminal e para a sociedade.**

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. p. 22.

8 Idem. p. 26.

9 Idem, p. 27.

10 Idem p. 26.

Se a Resolução CNJ nº 213/2015 - sobretudo seus considerandos e protocolos - parece suficiente como baliza para enfrentar o uso excessivo e inadequado da privação de liberdade, o objetivo de frear a sobrerrepresentação de negros e negras nas prisões brasileiras necessita de outros suportes. Considerando o reconhecimento de “uma cultura de perfilamento racial em todos os níveis do sistema de justiça”¹¹, e diante do protagonismo da atuação judicial que se busca promover, este documento apresenta também parâmetros específicos para avaliação da legalidade do flagrante e da versão policial dos fatos quando a magistratura estiver diante de uma pessoa custodiada negra.

No Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada são aprofundadas as reflexões sobre os impactos das representações coletivas sobre as diferentes raças e etnias. Mesmo que fictícias do ponto de vista biológico, não só existem e operam na sociedade como são fatores determinantes no acesso ou não a direitos e bens materiais. Constituem, assim, um constructo social que tem como consequência a determinação de relações de poder e processos de exclusão. Desse modo, importa destacar, conforme detalhado no Manual, que o racismo não se restringe a comportamentos individuais, mas também se manifesta por meio das instituições, sejam elas públicas ou privadas, e de seus representantes - que atuam em uma dinâmica que confere direta ou indiretamente desvantagens e privilégios a partir da raça.

Reconhecendo o perfilamento racial nas abordagens policiais e, conseqüentemente, nos flagrantes lavrados pela polícia, cabe então ao Poder Judiciário assumir um papel ativo para interromper e reverter esse quadro, diferenciando-se dos atores que o antecedem no fluxo do sistema de justiça criminal. Há várias maneiras de se fazer isso. Nos limites deste documento, são indicadas algumas “portas de entrada”, isto é, momentos específicos do processo decisório em relação aos quais a incidência de estratégias de contenção e reversão desse quadro parecem ser especialmente promissoras. São elas: (i) a justificativa da abordagem policial indicada no APF e (ii) os elementos que indicam a “presunção” de autoria da infração que autoriza o flagrante no art. 302, III e IV do CPP.

Parte-se aqui de uma formulação incisiva. Diante de uma pessoa negra, qualquer menção a “atitude suspeita” ou expressões equivalentes no APF revela perfilamento racial e deve gerar o relaxamento do flagrante. O mesmo deve ocorrer no tocante às hipóteses legais do flagrante que indicam “presunção de autoria” (art. 302, III e IV). Para reverter o quadro de sobrerrepresentação, estabelece-se possibilidades interpretativas das normas processuais aptas a gerar o resultado (afirmativo) do relaxamento do flagrante.

11 No documento *Prevenindo e Enfrentando o Perfilamento Racial* (“Preventing and Countering Racial Profiling”), elaborado pela Organização das Nações Unidas em 2019, o Grupo de Trabalho responsável constatou que “existe uma sobrerrepresentação de brasileiros negros (pretos e pardos) no sistema de justiça criminal e nas prisões, bem como uma cultura de perfilamento racial em todos os níveis no sistema de justiça” (“the Working Group found that there was an overrepresentation of Brazilians of African descent in the criminal justice system and in prisons, and a culture of racial profiling at all levels of the justice system”). (A/HRC/27/68/Add.1, para. 67). Citada em: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Preventing and countering racial profiling of people of African descent*. Nova York: Department of Global Communications e Office of the High Commissioner for Human Rights, 2019. Disponível em: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/preventracialprofiling-en.pdf>. Acesso em 06 out. 2019.

Neste ponto, é central tanto a coleta de dados relativos a raça e cor, quanto diretrizes sólidas e alinhadas em todos os estados para a identificação racial das pessoas custodiadas. Para a sistematização de dados e construção de insumos para a formulação de políticas públicas, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) colhe dados relativos à raça ou cor a partir da autodeclaração, sendo esta uma diretriz a ser incorporada no âmbito das audiências de custódia no Brasil. Assim, é importante o preenchimento da categoria raça/cor no SISTAC (Sistema de Audiência de Custódia, concebido pelo CNJ na Resolução CNJ nº 213/2015). Nesse sentido, o questionamento sobre como a pessoa custodiada se identifica do ponto de vista racial em audiência se insere no âmbito da entrevista prevista no art. 8º da Resolução CNJ nº 213/2015, sendo parte das responsabilidades das autoridades judiciais da audiência de custódia.



Garantias ligadas à realização da audiência de custódia



Antes de apresentar os parâmetros jurídicos para as cinco etapas do processo decisório em audiência de custódia, a presente seção coloca em destaque os elementos que, se não observados, comprometem a própria audiência. Sublinha-se, em especial, as garantias básicas e o fornecimento de insumos emergenciais à pessoa custodiada, o atendimento prévio pelo Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, onde houver, a utilização excepcionalíssima de algemas e a vedação à presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia.

1 ASSEGURAR GARANTIAS BÁSICAS E FORNECER INSUMOS EMERGENCIAIS À PESSOA CUSTODIADA

No período que antecede e sucede as audiências, bem como durante sua realização, é necessário cuidar para que sejam asseguradas as garantias básicas e fornecidos insumos emergenciais às pessoas custodiadas. A partir do material analisado e do debate com as consultorias locais de cada estado, destacam-se as seguintes práticas como centrais à proteção de direitos individuais: (i) garantia de alimentação adequada e água potável; (ii) insumos emergenciais, abarcando vestimenta apropriada, calçados, absorventes íntimos e acesso a banho ou asseio; (iii) adequação da temperatura da sala de audiência à realidade de todos os presentes; (iv) custódia de pertences e roupas, bem como informações sobre sua posterior recuperação; (v) meios para assegurar o transporte para retorno à residência ou para encaminhamentos decorrentes da audiência. O Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada e o Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia reforçam e detalham esses aspectos.

Em relação à alimentação e ao fornecimento de água potável, é comum que, no período que compreende o flagrante e a realização da audiência, as pessoas fiquem por diversas horas sem alimentação adequada, seja sem qualidade seja insuficiente em quantidade. Verifica-se, nesses casos, a violação do direito à saúde e a aspectos do próprio direito à personalidade¹², sendo importante que o fórum tenha estrutura para garantir a segurança alimentar das pessoas custodiadas. Além disso, no espaço físico da sala de audiências, é desejável que os profissionais evitem se alimentar na frente das pessoas privadas de liberdade.

Há, no banco de dados, registro em ata sobre a ausência de fornecimento de água e alimentação adequada. No caso, a pergunta foi motivada pela atuação da defesa e se coloca como prática a ser incorporada pela magistratura:

¹² A Defensoria Pública do Estado de São Paulo e o Instituto Pro Bono entraram com ação civil pública no Tribunal de Justiça devido à falta de fornecimento de alimentação adequada para pessoas presas que estão em deslocamento entre audiências. Na ACP, é relatada inclusive a situação de uma mulher grávida que estava há três dias se alimentando apenas de pão e água na Delegacia, e não recebeu nenhuma alimentação no fórum. INSTITUTO PRO BONO. Petição inicial - Ação Civil Pública pelo direito à alimentação em audiências de custódia, 2018. Disponível em: http://www.kbrtecdev.hospedagemdesites.ws/editor/ckfinder/userfiles/files/ACP_Alimentacao_Defensoria_InstitutoProBono.pdf. Acesso em 09 jul. 2020.

*“Depois, a MMA. Juíza Plantonista entrevistou os flagranteados, que instado a se manifestarem acerca da abordagem policial, narraram: “Que sofreram ato de violência no momento de sua prisão por parte dos policiais e que **não receberam água e alimentação** na Delegacia de Polícia.”, conforme registro audiovisual.” (grifos nossos)*

Em outra localidade foi possível encontrar deliberação para fornecimento de roupas quentes para situações de frio:

“(…) determino que seja oficiado (...) à Assistência Social para fornecer roupas de inverno ao flagrado até o recebimento de roupas adequadas por parte dos familiares.”

Além disso, em regiões mais quentes, é importante que a climatização do ambiente - com ar condicionado em baixa temperatura, por exemplo - não seja extrema a ponto de se tornar intolerável por custodiados e custodiadas que, ao contrário das autoridades presentes, normalmente portam trajes leves e, muitas vezes, encontram-se descalços ou sem camisa.

Nesse mesmo sentido, o fornecimento de insumos emergenciais relativos à indumentária e às condições de higiene das pessoas que chegam à unidade judiciária responsável pelas audiências de custódia, atentando-se para a disponibilidade de roupas limpas e adequadas à temperatura, calçados e absorventes íntimos, bem como para o acesso ao banheiro, é prática voltada à proteção de seus direitos no momento da audiência. Adicionalmente, a fim de resguardar as garantias do devido processo legal e presunção de inocência, é recomendável que as pessoas custodiadas nunca trajem uniformes do sistema penitenciário ou vestimentas associadas a cumpridores de pena.

Pertences e roupas que forem retidos no momento do flagrante, ainda, devem ser mantidos em custódia e, após a audiência, a pessoa custodiada e/ou sua família devem receber orientações sobre como recuperá-los. Destaca-se que, em caso de tortura ou maus-tratos, é possível que as vestimentas possam servir como indícios ou precisem ser encaminhadas para perícia, a critério da autoridade judicial.

Por fim, após a audiência, é importante que se verifique se a pessoa custodiada possui meios próprios ou auxílio de terceiros para se deslocar à sua residência ou a outros destinos decorrentes de encaminhamentos feitos em audiência de custódia. Caso contrário, quando concedida liberdade provisória, devem ser fornecidos recursos para acesso a transporte público.

2 ATENDIMENTO SOCIAL PRÉVIO À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Conforme aprofundado pelo Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, a realização de atendimento social prévio pelo

Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada permite que sejam colhidas informações e fornecidos elementos mais sólidos sobre o contexto de vida da pessoa custodiada, subsidiando o processo decisório da audiência. Compreender sua inserção familiar, educacional, profissional, além de questões de saúde mental e física, faz-se especialmente importante - como será detalhado a seguir na Etapa 4 (Etapa 4: Flagrante regular, tipificação definida judicialmente e há elementos robustos indicando a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar: adequação das medidas cabíveis) - para casos de concessão de liberdade provisória irrestrita ou com imposição de medidas cautelares alternativas à prisão. Nesses casos, as informações sobre o contexto de vida e psicossocial da pessoa custodiada podem ser decisivas para avaliar a adequação das medidas judiciais (nos termos do art. 282, I do CPP) à realidade social do custodiado ou custodiada¹³.

Além disso, o atendimento prévio pode contribuir para a identificação de necessidades que demandem início ou continuidade de cuidados em saúde após a audiência, possibilitando encaminhamento, de caráter voluntário, qualificado aos serviços adequados. Nesse sentido, incluir uma etapa de escuta das pessoas levadas à audiência constitui iniciativa que responde à determinação constitucional de garantia da dignidade e direitos fundamentais de pessoas custodiadas, bem como representa prática fundamental para sua inclusão social. Isto é, traz reflexos positivos para a pessoa, para a comunidade e para a qualidade da prestação jurisdicional.

Por fim, o atendimento é importante para acolhimento da pessoa custodiada que relate tortura ou maus-tratos durante a abordagem e a detenção prévia, possibilitando ainda identificar demandas de atenção psicossocial e de medidas protetivas. Informações detalhadas sobre a escuta de relatos de violência e os diferentes e complementares papéis a serem exercidos pela equipe do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada e pela autoridade judicial são trazidos no Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada e no Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia. De todo modo, cabe aqui destacar que é importante que esse atendimento prévio de proteção social seja realizado em sala que proporcione privacidade.

3 UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS COMO MEDIDA EXCEPCIONAL

*De acordo com o art. 8º, II da Resolução CNJ nº 213/2015, a autoridade judicial deve garantir que “a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, **devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito**” (grifos nossos). Ainda, determina a Súmula Vinculante nº 11 do STF que:*

¹³ O Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada apresenta em detalhe os objetivos, técnicas, composição da equipe, estrutura e organização desses atendimentos.

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.” (grifos nossos)

O ambiente de audiências judiciais e, em especial, da audiência de custódia, revela um caráter de ainda maior excepcionalidade para o uso de algemas, em função de se tratar de ambiente controlado e que exige observância a princípios do devido processo legal amplamente afetados pela aplicação de contenções em pessoas suspeitas ou acusadas de infrações penais. Além do prejuízo à presunção de inocência e ao direito à ampla defesa que determinam a excepcionalidade do uso de algemas, deve ser considerado o fato de que o uso de instrumentos de restrição pode, em si, constituir tortura ou maus-tratos, devido à sua natureza altamente intrusiva e seu potencial de causar lesão, dores e humilhação.

Apesar disso, a utilização de algemas durante as audiências de custódia, hoje, é regra na maioria dos estados brasileiros. Em pesquisa desenvolvida em 2018, o CNJ analisou 955 audiências de custódia nas cidades de São Paulo, Brasília, Porto Alegre, João Pessoa, Florianópolis e Palmas, terminando por constatar que em 81% das audiências os custodiados e custodiadas estavam com algemas durante a realização do ato processual - mesmo em casos em que não havia aparente risco de fuga ou violência¹⁴.

A análise do material empírico mostra ainda que, em todos os estados que mencionam o uso ou não de algemas durante o ato processual, a questão tende a ser, via de regra, tratada a partir de modelos de decisão. A utilização de modelos poderia fazer sentido para a situação de proibição do uso de algemas, que prescinde de justificção, mas se revela problemática quando a decisão autoriza sua utilização, já que a Súmula Vinculante nº 11 exige justamente que a “excepcionalidade” seja justificada, o que só se faz mediante a análise do caso concreto e, portanto, sem a utilização do modelo.

No “Manual de algemas e outros instrumentos de contenção em audiências judiciais: orientações práticas para implementação da Súmula Vinculante nº 11 do STF pela magistratura e Tribunais”, são aprofundados os propósitos dos instrumentos de contenção, suas limitações e restrições legais, bem como parâmetros e práticas internacionais para sua utilização. O Manual, em consonância com as considerações feitas aqui, destaca que todo e qualquer uso de contenções deve ser excepcional e não rotineiro, fundamentado em riscos concretos e registrados nos autos processuais.

Além disso, o mencionado Manual reforça parâmetros internacionais como o Conjunto de Princípios da Organização das Nações Unidas (ONU) para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Analítico-Propositivo: direitos e garantias fundamentais - audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>. Acesso em 29 jul. 2020.

Forma de Detenção ou Prisão¹⁵ e as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Nelson Mandela)¹⁶.

Da leitura das decisões coletadas, é possível sistematizar cinco argumentos pela manutenção das algemas que aparecem de maneira frequente: (i) o número insuficiente de policiais; (ii) a disposição física e o tamanho da sala de audiência; (iii) o contato com o público e a circulação de pessoas; (iv) a solicitação feita pelos agentes policiais; e (v) o alto número de audiências realizadas diariamente. Todos, vale destacar, dissociados da efetiva demonstração dos requisitos de resistência, fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia. É como se essas situações, mesmo quando conjugadas, fossem suficientes para justificar a excepcionalidade mencionada na Súmula Vinculante nº 11, sem, no entanto, trazer elementos de fato ligados ao caso concreto.

Além disso, muitas vezes, o fundado receio de fuga e o perigo à integridade física dos presentes são mobilizados sem que sejam apontados elementos concretos que fundamentem a conclusão de que existem riscos a justificar a imposição de algemas. É o caso, por exemplo, do seguinte trecho de decisão: "(...) sendo mantidas as algemas por questões de segurança". Os exemplos abaixo ilustram o panorama geral da argumentação relativa à utilização das algemas:

*"Registre-se que o(s) atuado(s) permaneceu algemado durante a presente assentada, uma vez que o **espaço físico desta sala** culmina em extrema proximidade dos presos com as autoridades aqui presentes nesta audiência e, ainda, o **grande fluxo de pessoas que circulam neste fórum**, bem como o **elevado número de audiências** de custódia realizadas diariamente, o que recomenda a utilização das algemas para a segurança de todos, especialmente dos próprios atuados."* (grifos nossos)

*"Registro que o(a) conduzido(a) permaneceu sob o uso de algemas durante o ato, tendo em conta a **diminuta escolta policial disponibilizada** (apenas um agente da [Secretaria de Administração Penitenciária]), associada ao **pequeno espaço destinado às audiências** nesta Vara, com possibilidade de acesso direto ao público."* (grifos nossos)

*"Declarada aberta a audiência, tendo permanecido o preso algemado diante da **informação da autoridade policial a respeito de risco para a integridade física** do mesmo e/ou dos demais presentes, aliado à **deficiência de segurança do Fórum** em caso de resistência ou fuga."* (grifos nossos)

*"Mantenho os atuados sob algemas, considerando que a **escolta policial é realizada por apenas***

15 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia das Nações Unidas. Resolução 43/173 de 9 de dezembro de 1988. Conjunto de Princípios da ONU para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão. 1988. Princípio 36 (2).

16 As Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela), apesar de não juridicamente vinculativas, foram adotadas unanimemente pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução UNGA A/RES/70/175, 17 de dezembro de 2015) e representam "as condições mínimas que são aceitas como adequadas pelas Nações Unidas". ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela). Nova Iorque: UNODC, 2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf

um Policial Militar, o que justifica o uso da medida excepcional, a fim de neutralizar o **risco concreto de fuga** e garantir a segurança dos presentes, na forma da Súmula Vinculante nº 11 do STF.” (grifos nossos)

Alguns termos, entretanto, partem de uma argumentação padronizada para elaborar justificativas relacionadas, ao menos em tese, à situação fática ou a outros critérios. Dentre os elementos que foram levantados, podem ser listados: (i) o fato de todo o trajeto do autuado até a audiência ter sido feito com o uso de algemas, (ii) a gravidade do delito, (iii) o argumento de que seria ônus da defesa demonstrar a existência de prejuízo ao custodiado ou custodiada decorrente do uso de algemas, (iv) o fato de a audiência ser realizada dentro de um presídio, (v) o relato de disparos de arma de fogo pelo conduzido contra a guarnição, (vi) o relato do Delegado de Polícia de que o custodiado teria sido agressivo no momento de lavratura do APF e (vii) situação de fuga também descrita pelo APF.

Alguns dos elementos se dissociam completamente dos elencados pela Súmula Vinculante nº 11, como é o caso dos quatro primeiros listados. Os três últimos - relato de disparo de arma de fogo e de violência e fuga em instância policial - são os únicos que efetivamente se relacionam às situações excepcionais descritas pela Suprema Corte, na medida em que podem indicar risco de novos episódios envolvendo violência e revelam, supostamente, resistência. **Esses exemplos mostram possíveis casos em que o uso de algemas poderia ser justificado em sede de audiência de custódia**, observadas as diretrizes do “Manual de algemas e outros instrumentos de contenção em audiências judiciais: orientações práticas para implementação da Súmula Vinculante nº 11 do STF pela magistratura e Tribunais” e técnicas de aplicação adequadas e proporcionais.

Entretanto, o que se tem é a utilização de argumentos padronizados e insuficientes para fundamentar a escolha, e a ausência, em diversos casos, de tentativas de fornecer justificativa ou mesmo de menção à questão das algemas. Um agente policial pode cuidar da segurança da audiência e o espaço físico da sala não é indicativo de fuga ou resistência. Além disso, não há relação entre a circulação de pessoas no fórum e o comportamento da pessoa custodiada; e a orientação dada pelas autoridades policiais para manutenção das algemas deve levar em conta fatos concretos.

Ademais, com base na Súmula Vinculante nº 11, há decisões que reconhecem a nulidade de audiências em que houve a utilização de algemas sem fundamento. O trecho de Habeas Corpus abaixo transcrito, nesse sentido, refuta a ideia de que uma argumentação com base no espaço físico do fórum seria suficiente para sustentar a manutenção das algemas, relaxando a prisão preventiva:

“No presente caso, portanto, o fundamento relativo às instalações da audiência de custódia não é hábil para justificar a utilização de algemas e o afastamento da Súmula Vinculante nº 11 – cuja observância por juízes e tribunais, como se sabe, é obrigatória – e do artigo 8º, inciso II, da Resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça, eis que a audiência foi realizada em local destinado ao ato, presumindo-se, por conseguinte, que as condições são adequadas para

garantir a segurança de todos os presentes. Admitir o contrário seria transformar uma situação excepcional em regra, em evidente afronta à Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal e ao artigo 8º, inciso II, da Resolução nº 213, do Conselho Nacional de Justiça. Subsiste como fundamento hábil, assim, tão somente o relativo à situação do flagrante, impondo-se aferir, à luz do caso concreto, se a utilização de algemas era de fato necessária. In casu, a dinâmica dos fatos, em que se verificava, como dito, indícios de inobservância dos seus direitos fundamentais e humanos no momento da prisão-condução, aliada ao tipo penal pelo qual foi indiciado – cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa –, não recomendava a adoção de algemas por ocasião da realização de audiência de custódia, havendo, pois, violação à Súmula Vinculante nº 11. Por tais motivos, DEFIRO EM PARTE a liminar pleiteada para **relaxar a prisão do paciente**, aplicando, entretanto, as medidas cautelares estabelecidas no art. 319, I e IV, do Código de Processo Penal, a saber (...)" (Habeas Corpus nº 0055630-75-2019-8.19.0000/RJ, TJRJ, Des. Relator Paulo Baldez, 05/11/2019, grifos nossos)

A decisão encontra respaldo, ainda, na Reclamação 31.926, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e decorrente de caso julgado na Central de Audiência de Custódia do Rio de Janeiro. O Ministro, na decisão, reafirma que a necessidade de se preservar, em abstrato, a segurança do público que circula no local - no caso, um presídio -, a situação de flagrância, a deficiência da estrutura física e de policiamento, são argumentos insuficientes para justificar o uso das algemas:

"A leitura da decisão atacada revela que o Juízo reclamando, uma vez questionada a utilização indevida do artefato, fundamentou, de forma linear e desvinculada da situação concreta, a pertinência do emprego das algemas. Vejam as razões veiculadas na ocasião: (...) Em prestígio à Súmula Vinculante nº 11 do STF, justifica-se a manutenção das algemas no custodiado em virtude da situação recente de flagrância, dimensões da sala de audiências, bem como pela necessidade de preservação da integridade física dos presentes, haja vista a falta de efetivo para segurança do recinto. (...) **A necessidade de preservar-se, em tese, a segurança daqueles que circulam nas instalações do presídio, a situação de flagrância, a deficiência da estrutura física, inclusive no tocante ao policiamento, são argumentos insuficientes a alicerçarem o uso das algemas, porquanto não respaldados em evidência concreta a demonstrar a existência de risco, naquela oportunidade, à integridade física do acusado ou de terceiros.** Percebam a excepcionalidade da utilização do artefato: pressupõe a resistência ou o fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física do envolvido ou de outras pessoas, devidamente motivados pelas circunstâncias, não verificados no caso. O prejuízo decorre da inobservância do mencionado verbete. (...) Julgo parcialmente procedente o pedido formulado para assentar a **nulidade** da audiência de custódia realizada em 18 de setembro de 2019, pelo Juízo de Direito da Central de Audiência de Custódia da Comarca do Rio de Janeiro." (Reclamação 31926-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, 8/11/2018, DJe 19/11/2018, grifos nossos)

Excepcionalmente, em se percebendo a necessidade do uso de algemas, a partir dos pressupostos legais que justifiquem sua utilização, devem ser observados os critérios técnicos para seu uso adequado. Nesse sentido, o “Manual de algemas e outros instrumentos de contenção em audiências judiciais: orientações práticas para implementação da Súmula Vinculante nº 11 do STF pela magistratura e Tribunais”, detalha os tipos de instrumentos de contenção (tópico 4.1), as respectivas técnicas para aplicação (tópico 4.2) e considerações gerais sobre sua utilização.

Cabe destacar ainda que o referido Manual dispõe que, em outros atos e procedimentos no âmbito da audiência de custódia, como a entrevista reservada com a defesa e o atendimento com a equipe multiprofissional, é igualmente fundamental que se observe o não uso de algemas ou outras contenções.

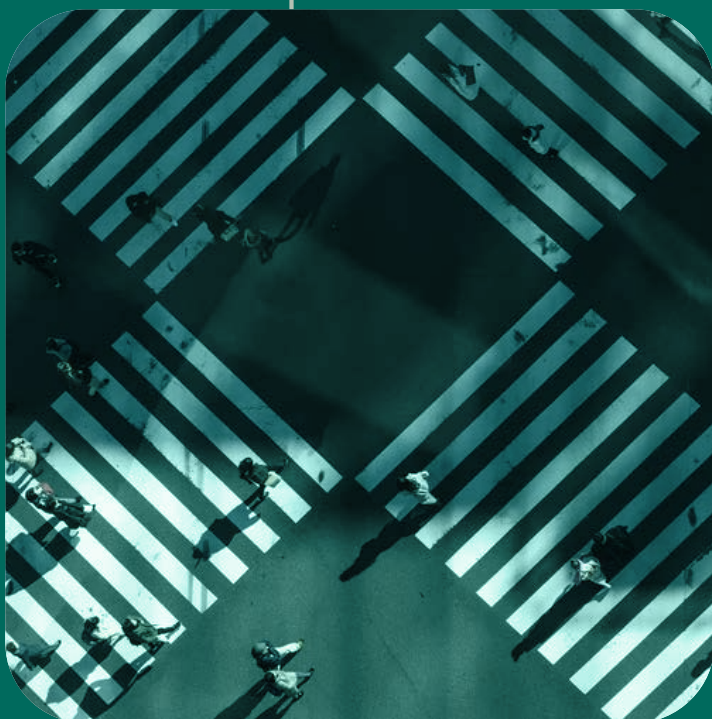
4 VEDAÇÃO À PRESENÇA DOS AGENTES POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO OU PELA INVESTIGAÇÃO

A Resolução CNJ nº 213/2015 estipula no art. 4º, parágrafo único, ser “vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia”, cabendo à autoridade judicial, enquanto responsável pela condução do ato solene, garantir o cumprimento de tal requisito e certificá-lo em ata.

Adicionalmente, o Protocolo II da Resolução dispõe que os agentes de segurança do ambiente da audiência de custódia “devem ser organizacionalmente separados e independentes dos agentes responsáveis pela prisão ou pela investigação dos crimes” (tópico 2, item IV) e que tais agentes “não devem portar armamento letal” (tópico 2, item VI) nem “participar ou emitir opinião sobre a pessoa custodiada no decorrer da audiência” (tópico 2, item VII). Tais aspectos também demandam atuação diligente por parte dos magistrados e magistradas que presidem a audiência de custódia. Para maiores detalhes sobre o tema, indica-se a leitura de Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia.



O processo decisório na audiência de custódia em cinco etapas



1 VERIFICAÇÃO DOS ASPECTOS FORMAIS E GARANTIAS DO FLAGRANTE

Recebido o auto de prisão em flagrante, a autoridade judicial responsável deve proceder de acordo com o disposto no art. 310 do CPP. Isso significa, em um primeiro momento, analisar os aspectos formais do flagrante contidos no art. 302 do CPP, homologando-o em caso de legalidade e relaxando-o nos casos de ilegalidade. Além disso, deve ser analisado todo o procedimento de elaboração do APF, que compreende o período em que a pessoa presa é levada à delegacia e, após os trâmites previstos em lei, conduzida à unidade judiciária competente. De modo geral, corresponde à fiscalização do cumprimento dos dispositivos dos arts. 304 e 306 do CPP.

A verificação da inexistência de vícios formais e materiais no flagrante é que possibilitará, em seguida, a decisão de liberdade provisória irrestrita ou a decisão sobre a melhor medida cautelar a ser adotada no caso concreto. Assim, na proposta apresentada, as **Etapas 0 (zero) e 1 (um)** correspondem à averiguação dos dispositivos dos arts. 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.

1.1. Etapa zero – Sanar irregularidades do APF

O período que compreende a abordagem policial e a condução da pessoa custodiada para a unidade judiciária responsável pelas audiências de custódia, passando pelos trâmites da delegacia de polícia, deve ocorrer de acordo com os **parâmetros constitucionais e normativos** vigentes. Alguns desses requisitos **podem, ainda, ser sanados antes da apresentação da pessoa em juízo** - como o contato com a família da pessoa presa -, sendo indispensável que as garantias da pessoa custodiada sejam asseguradas no menor intervalo de tempo possível.

Elenca-se, a seguir, os seguintes requisitos a serem observados nessa fase: (i) comunicação da prisão; (ii) interrogatório e escuta da pessoa custodiada, informando-a sobre seus direitos e adotando procedimentos para garanti-los; (iii) comunicação à autoridade consular ou diplomática e garantia de intérprete; (iv) entrega da nota de culpa em 24 horas; e (v) exame de corpo de delito cautelar sem a presença de policiais.

(i) Comunicação imediata da prisão à família do preso ou à pessoa por ele indicada e às autoridades responsáveis (art. 306, CPP e art. 5º, LXII, CF)

Caso não tenha sido feita, devem ser tomadas as medidas cabíveis para que, a partir dos contatos fornecidos pela pessoa custodiada, se proceda à comunicação da prisão à pessoa indicada. A comunicação é especialmente importante em casos em que as pessoas tenham sido presas sem documentos, possibilitando que a família, caso possível, os leve à audiência, permitindo a identificação da pessoa custodiada e diminuindo as chances de que seja decretada a prisão preventiva.

No termo a seguir citado, consta a transcrição das perguntas iniciais da audiência, em que o custodiado relata não ter sido possibilitado o contato com a família: “1) Indagado se foi-lhe dada oportunidade para comunicar-se com alguém, disse que não.” Entretanto, a decisão não indica a tomada de medidas concretas para sanar a irregularidade: “(...) Facultada a comunicação da prisão do autuado a seus familiares ou as pessoas por ele indicadas (...), nos exatos termos do art. 5º, LXII (...)”.

Nesses casos, é importante **assegurar-se do efetivo cumprimento do direito à comunicação da prisão**. Conforme dispõe a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019 (Lei de Abuso de Autoridade), configura crime deixar de comunicar, imediatamente, a prisão à família ou à pessoa indicada:

“Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I - deixa de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou;

II - deixa de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada;

(...)” (grifos nossos)

Em relação à comunicação da prisão às autoridades responsáveis, o art. 306 do CPP determina que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e ao Ministério Público. Deve, ainda, ser comunicada à Defensoria Pública, na ausência de designação de advogado ou advogada particular. De acordo com a mencionada Lei de Abuso de Autoridade, configura crime tanto impedir ou retardar o envio do pleito à autoridade judiciária, quanto a autoridade judicial deixar de tomar providências para sanar a demora diante da ciência da situação:

“Art. 19. Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena o magistrado que, ciente do impedimento ou da demora, deixa de tomar as providências tendentes a saná-lo ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixa de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja”.

(ii) Realização de interrogatório e escuta da pessoa custodiada, sendo assegurado o direito ao silêncio, a receber atendimento médico e à presença de um advogado ou advogada (art. 8º, III e IV, Resolução CNJ nº 213/2015, art. 304, CPP, e art. 5º, LXIII, CF)

Se não tiver ocorrido no momento da prisão, na delegacia, a **autoridade policial** responsável pela oitiva da pessoa flagranteada deve assegurar que todos seus direitos constitucionais e infracons-

titucionais sejam ali informados, dentre os quais: direito a manter o silêncio; direito a consultar-se com advogado ou defensor público; direito a ser atendido por médico; direito a comunicar-se com seus familiares ou outra pessoa de sua preferência; e direito a ser apresentado a autoridade judicial em até 24 horas após a prisão. Em **audiência**, as **informações devem ser reiteradas e medidas concretas tomadas para sanar eventuais irregularidades**.

A ausência de defesa em sede policial é sanada com a designação de representante da Defensoria Pública¹⁷. Ainda que a presença de profissionais do direito nas instâncias policiais não seja mandatória, toda pessoa que for presa tem o direito de solicitar a assistência jurídica e ter assegurado o acesso de representante da Defensoria Pública ou advocacia imediatamente no local em que se encontre detida. Nesse sentido, cabe mencionar termo em que a autoridade judicial entende que a ausência de defesa técnica e de comunicação à Defensoria Pública competente é hipótese que, na situação colocada, anula o flagrante:

*“Lamentável mas o auto encontra-se irregular e sem condições de ser homologado, pois em desconformidade com as normas constitucionais e processuais atinentes à espécie. Isso por que, da análise do expediente, percebe-se que o flagrado não foi acompanhado por advogado ou defensor público. **Mesmo que tal imposição constitucional fosse suprível**, à luz dos ditames do art. 306, par. 1º do CPP, **com a remessa de cópia dos autos do APF à Defensoria Pública do Estado, não há qualquer elemento de comprovação que tal tenha sido providenciado pela autoridade policial**. Conclui-se, pois, que nenhum ato do APF foi acompanhado por defensor, restando o flagrado sem qualquer assistência, situação em total descompasso com as normas constitucionais e processuais penais. Assim sendo, tenho que não há elementos para homologar o APF.” (grifos nossos)*

No trecho que segue, essas garantias são verificadas pelas perguntas feitas ao custodiado: “1) O senhor foi cientificado a respeito do exercício de seus **direitos constitucionais**, tais como o de se **consultar com advogado** ou defensor público, de permanecer em **silêncio**, de ser atendido por médico e de se **comunicar com seus familiares**? **Respondeu que sim**.” (grifos nossos), sendo importante que sempre sejam feitas, em linguagem simples e de fácil compreensão, no momento da audiência. Vale destacar que o Protocolo II da Resolução CNJ nº 213/2015 considera que a ausência de informação adequada à pessoa custodiada sobre seus direitos no momento da detenção pode se configurar indício da prática de tortura e maus-tratos (tópico 1, item V).

Alegações sobre a não realização de interrogatório devem gerar o encaminhamento do caso à Corregedoria competente, para que seja apurada a conduta da autoridade policial responsável. Dois

¹⁷ Vale ressaltar que na Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia) foi incluído entre os direitos do advogado o de “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente” (art. 7º, XXI). BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. DOU de 27/09/2019 - Edição extra - A. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm

exemplos em relação à deliberação administrativa diante do não cumprimento da garantia aparecem no tópico (iv), relativo à entrega da nota de culpa.

No tocante à realização do interrogatório, por fim, importante pontuar que configuram condutas criminalizadas pela Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019): a realização de práticas vexatórias ou voltadas à produção de provas pela pessoa custodiada contra si mesma; a realização de interrogatório em período noturno fora das previsões legais; o prosseguimento de interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio ou que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono; e a exposição da vida privada da pessoa custodiada sem que haja relação com os elementos do caso em análise:

“Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.”

“Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:

I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou

II - de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.”

“Art. 18. Submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

“Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

(iii) Pessoa migrante, indígena ou com deficiência auditiva: comunicação à autoridade consular ou diplomática e garantia de intérprete

No que tange à pessoa custodiada migrante¹⁸, conforme aprofundado no Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em seu art. 36, I, b, determina que seja realizada comunicação por parte da autoridade nacional à autoridade do respectivo país em face de qualquer prisão¹⁹.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio da Opinião Consultiva nº 16/1999, interpreta que esta notificação consular há de ser efetivada no exato momento em que se realizar a “prisão do súdito estrangeiro” e “em qualquer caso, antes que o mesmo preste a sua primeira declaração perante a autoridade competente”. Assim, nos termos da interpretação da Corte, a autoridade responsável pela notificação consular da prisão, havendo solicitação do custodiado, seria a autoridade policial.

O Protocolo II da Resolução CNJ nº 213/2015, nesse sentido, aponta que poderão ser considerados indícios da ocorrência de práticas de tortura e maus-tratos, o fato de ter sido negado acesso consular a uma pessoa custodiada de nacionalidade estrangeira. Quando constatada a ausência de comunicação pela autoridade policial, existe irregularidade a ser sanada no momento da audiência, devendo ser tomadas medidas em juízo para a comunicação consular.

Nos casos em que a pessoa custodiada não seja fluente na língua portuguesa, seja por ser migrante, indígena²⁰ ou pessoa com deficiência auditiva²¹, a autoridade policial deve prover intérprete de forma a viabilizar o depoimento da pessoa. Esta medida pode ser considerada circunstância de validade dos procedimentos policiais, conforme dispõe o Código de Processo Penal, em seu art. 193: “quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete”. Nesse sentido, o Protocolo II, tópico 2, item III, da Resolução CNJ nº 213/2015 afirma que:

18 Para os fins deste Manual, entende-se por “migrante” toda pessoa que se encontra fora do território de que é nacional, independentemente da situação migratória, intenção ou duração de sua estada ou permanência, abrangendo a pessoa apátrida, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246/2002. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. Promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002. Nova Iorque: 1954.

19 A Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em seu art. 36, I, b, diz que “se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Promulgada pelo Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Viena: 1963.

20 Para maiores informações sobre as garantias a pessoas indígenas, ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 287/2019. 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. DJe/CNJ nº 131/2019. Publicado em 02/07/2019, p. 2-3. Brasília, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>

21 Para maiores informações sobre as garantias a pessoas com deficiência, ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 230/2016. Orienta a adequação das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares às determinações exaradas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência por meio – entre outras medidas – da convalidação em resolução a Recomendação CNJ 27, de 16/12/2009, bem como da instituição de Comissões Permanentes de Acessibilidade e Inclusão. DJe/CNJ, nº 106, de 23/06/2016, p. 6-13. Brasília, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2301>

“A pessoa custodiada estrangeira deve ter assegurada a assistência de intérprete e a pessoa surda a assistência de intérprete de LIBRAS, 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.” (grifos nossos)

Já a Resolução CNJ 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, dispõe que:

“Art. 5º A autoridade judicial buscará garantir a presença de intérprete, preferencialmente membro da própria comunidade indígena, em todas as etapas do processo em que a pessoa indígena figure como parte:

I - se a língua falada não for a portuguesa;

II - se houver dúvida sobre o domínio e entendimento do vernáculo, inclusive em relação ao significado dos atos processuais e às manifestações da pessoa indígena;

III - mediante solicitação da defesa ou da Funai; ou

IV - a pedido de pessoa interessada.”

A garantia de intérprete deve ser observada, sendo resguardado o direito ao silêncio caso assim opte a pessoa, após a garantia de efetiva comunicação. Caso não tenha havido a presença de intérprete durante a fase policial do flagrante, **a irregularidade deve ser sanada no momento da audiência**, sob pena de violação do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

(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 (art. 304 e art. 306, § 2º, CPP)

A nota de culpa deve deixar claro à pessoa presa o motivo da prisão, fundamentando as causas que sustentam tal medida e indicando os elementos que embasam a acusação. Em audiência, é importante que se verifique se, de fato, a pessoa custodiada está ciente de todas essas informações.

É importante que sempre se verifique em audiência se foram cumpridas essas garantias, e que haja registro em ata, na medida em que nem sempre é respeitada: “Foi procedido à oitiva informal do preso, que confirmou seu nome completo, tem 19 anos, e não lhe foi informado porque foi preso (...)”.

A irregularidade deve ser **sanada em audiência**, havendo imediata deliberação pela entrega da nota de culpa e encaminhamentos administrativos para apuração dos procedimentos realizados na delegacia. Vale destacar que, em uma das unidades da federação, a não entrega da nota de culpa - e

mesmo a não realização do interrogatório - aparece como objeto de especial atenção pelas autoridades judiciais:

*“Tendo em vista que o atuado informou que **não lhe foi oportunizado o interrogatório, nem lhe foi dada a nota de culpa**, oficie-se à Corregedoria da PC[UF], tal como solicitado pela Defesa, para apuração da conduta da autoridade policial responsável pelo ato.” (grifos nossos)*

*“Oficiem-se à Corregedoria da PC[UF] e a uma das promotorias criminais de [UF] para apuração das supostas alegações e de que não recebeu termo de nota de culpa enviando cópia da ata, mídia da audiência. **Tem sido notícia reiterada nas audiências de custódia a ausência da entrega da nota de culpa.**” (grifos nossos)*

*“Oficiem-se à Corregedoria da PC[UF] e a uma das promotorias criminais da [cidade] para apuração das supostas alegações de que **não recebeu termo de nota de culpa, tampouco foi ouvido em depoimento**, enviando cópia da ata, mídia da audiência. O relato detalhado consta em sistema audiovisual em gravação que deve acompanhar o ofício.” (grifos nossos)*

Importa mencionar ainda que, como parte das condutas criminalizadas pela Lei nº 13.869/2019, está a não entrega da nota de culpa, devendo haver responsabilização das autoridades envolvidas:

“Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

(...)

III - deixa de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas.”

(v) Realização de exame de corpo de delito cautelar sem a presença de policiais (art. 8º, VII, Resolução CNJ nº 213/2015)

Caso o procedimento tenha ocorrido de maneira diversa ou não tenha ocorrido, cabe à autoridade judicial encaminhar a pessoa custodiada ao exame de corpo de delito regular. Conforme aprofundado pelo Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia, durante os exames periciais a pessoa custodiada deve ter garantido espaço sigiloso para que possa, em condições seguras e livre de qualquer forma de coação ou situação vexatória, expor eventuais lesões, relatar dores, machucados, violências ou maus-tratos. Além disso, os policiais responsáveis pela escolta devem se posicionar de modo a não interferir na escuta do médico e no trabalho de perícia, e a eles deve ser barrado o acesso a informações sigilosas que permitam a intimidação e coação para a não realização da denúncia. Nesse sentido, como parte das atribuições do juiz ou juíza responsável pela audiência de custódia, a Resolução CNJ nº 213/2015 determina:

“VII – verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

a) não tiver sido realizado;

b) os registros se mostrarem insuficientes;

c) a alegação de tortura e maus-tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;

d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito.”

Em um dos Tribunais, dentre as perguntas padrão formuladas e registradas em ata, tem-se a seguinte questão: “O exame de corpo de delito foi realizado na presença de policial?”. Um dos termos dessa jurisdição trouxe como resposta da pessoa custodiada a seguinte constatação: “Respondeu que havia policiais junto aos médicos”. Fica evidente, assim, a importância de que o ponto seja retomado pela autoridade judicial em audiência, notadamente nos casos em que há relatos de violência policial ou outros indícios de tortura ou maus-tratos.

Em outro termo, o custodiado narra que “retiraram-lhe a roupa, colocaram sacola plástica em sua cabeça, sufocando-o, foram-lhe desferidos tapas no rosto, assim como o agrediram e a seus amigos que se encontravam presentes” e, ao comparecer à perícia, “se encontrava o médico e o policial”. Situação essa que **evidencia a necessidade de fiscalização, por parte da autoridade judicial, desse procedimento**, conforme tratado pelo Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia.

Em casos de constatação de necessidade, a realização de novo exame de corpo de delito, com a formulação de quesitos pela autoridade judicial, aparece como **encaminhamento** determinado pela Resolução CNJ nº 213/2015:

*“Ocorre que, analisando o procedimento policial, bem como considerando o depoimento do flagrantado nesta Audiência, bem assim considerando as declarações de maus-tratos, **determino a realização de novo exame de corpo de delito**, e o envio de ofícios aos Órgãos de Corregedoria e Disciplina da Segurança Pública, e à Coordenadoria Especial de Políticas Públicas de Direitos Humanos do Estado do [UF].” (grifos nossos)*

“Requisito novo exame de corpo de delito do flagrado [nome] de modo imediato, conforme art. 8º, VII, “d”, Res. 213/2015-CNJ devendo ser encaminhado novo laudo do referido exame. Esse termo serve como ofício. Oficie-se à Corregedoria da Brigada Militar acerca das alegadas agressões.”

1.2. Etapa 1 – Verificar a legalidade e a regularidade do flagrante

A implementação das audiências de custódia tem, como um de seus pilares, o fornecimento de melhores condições para que o juiz ou juíza possa avaliar as condições em que se deu o flagrante, apurando possíveis ilegalidades e irregularidades. A presença da pessoa custodiada possibilita que a autoridade judicial compreenda a situação não só a partir do APF, mas sim de um conjunto complexo de elementos que reúne, para além do documento lavrado na delegacia, a narrativa da pessoa presa e as alegações da defesa e do Ministério Público. Assim, abrem-se novas possibilidades para a garantia de direitos de pessoas presas em flagrante.

Na **Etapa 1**, são propostas 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** do flagrante. Se responder SIM a todas, deve seguir para a etapa seguinte, em que será analisada a tipificação conferida ao delito pela autoridade policial.

1.2.1. Abordagem policial foi realizada corretamente? (SIM/NÃO)

A Constituição prevê o direito à **identificação dos responsáveis pela prisão** no rol de direitos e garantias individuais: “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial” (art. 5º, LXIV). Dessa forma, além de observados os requisitos abaixo, sendo todos necessários para compor a legalidade do flagrante, deve-se considerar que, como parte das orientações gerais que perpassam a abordagem policial, a ser fiscalizada em audiência de custódia, tem-se a necessidade de que a autoridade policial se identifique (nome e cargo) no momento do flagrante, sob pena de configuração de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019):

“Art. 16. Deixar de identificar-se ou identificar-se falsamente ao preso por ocasião de sua captura ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, deixa de identificar-se ao preso ou atribui a si mesmo falsa identidade, cargo ou função.”

No caso de mulheres flagranteadas é preciso assegurar que a abordagem seja feita por policial feminina e que não haja, na operação, qualquer exposição desnecessária de seu corpo. No mesmo sentido, travestis e mulheres transexuais devem ser tratadas conforme a sua identificação social feminina, garantindo também que agentes policiais mulheres realizem a busca pessoal, quando neces-

sário. No caso de homem trans, este deverá ser consultado sobre a forma de revista mais adequada para si, em respeito à sua dignidade e ao seu direito em se identificar como do gênero masculino, bem como para preservar sua própria segurança.

Na abordagem a pessoas em situação de rua é importante que as polícias assegurem a igualdade de tratamento em relação a outros segmentos populacionais, evitando qualquer tipo de prática discriminatória e assegurando-lhes todos os direitos cabíveis. Vale destacar que é essencial o respeito aos pertences da pessoa em situação de rua, mesmo que pareçam ser utensílios de baixo valor material.

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

(i) Sem indícios de tortura ou maus-tratos contra a pessoa (SIM/NÃO)

Destaca-se que, neste tópico, a leitura deve ser conjugada com o Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia, documento que agrega referências técnicas e operacionais para que sejam observados os princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais atinentes à dignidade da pessoa humana e à vedação às práticas de torturas e maus-tratos.

O propósito da audiência de custódia não é o de apurar a responsabilidade pelo cometimento de tortura e maus-tratos, nem mesmo comprovar que tenha ocorrido. Como expresso no Protocolo II da Resolução CNJ nº 213/2015, a ocorrência de tais práticas será apurada por autoridades competentes em procedimentos específicos. Não obstante, subsiste nesse momento o imperativo constitucional de controle da legalidade das prisões, que demanda apreciação sobre violência/tortura contra a pessoa custodiada.

Nesse sentido, a análise judicial no âmbito da audiência de custódia perpassa um exame menos rigoroso do que aquele que seria necessário para a condenação criminal de um agente de segurança acusado de tortura. Sendo possível constatar indícios dos elementos essenciais para caracterização da tortura ou maus-tratos 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, os deveres que derivam da proibição absoluta da tortura devem se fazer presentes.

Dessa forma, respeitando-se o art. 5º, III, da Constituição Federal, essa etapa de controle da legalidade do flagrante policial significa que a prisão deve ser relaxada quando envolver indícios de tortura ou maus-tratos por parte das autoridades policiais. A decisão abaixo, em consonância com as premissas da Resolução CNJ nº 213/2015 e instrumentos internacionais de combate à tortura²², ilustra a primeira parte da etapa nesse sentido:

²² Considera-se para a elaboração da Resolução o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos.

“Com efeito, como bem pontuaram as partes, MP e defesa, da narrativa dos fatos constante nesse caderno policial e, notadamente, do que fora colhido durante a audiência de custódia, restam claras as irregularidades ocorridas na diligência que culminou com a prisão em flagrante do Conduzido, destacando-se que o mesmo apresenta lesões evidentes, compatíveis com seu relato, sendo verificado uma marca em sua face, lado esquerdo, com vermelhidão e inchaço, que sugere agressão por murro no rosto, o que torna frágil a versão apresentada pelos agentes públicos. Assim, verifico a ocorrência de ilegalidade na prisão posta à nossa análise, sendo imperioso, portanto, o relaxamento.”

A audiência de custódia estabelece a entrevista da pessoa custodiada como elemento constitutivo do instituto, momento de oitiva e avaliação sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão. Conforme detalhado no Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia, o relato da pessoa custodiada é o elemento mais importante a ser avaliado nesse momento em relação à tortura, devendo-se garantir condições minimamente adequadas para tal oitiva, mitigando-se questões referentes ao ambiente formal e pouco acolhedor e ao receio de represálias.

Ainda que haja laudo de exame de corpo de delito cautelar nos autos, a centralidade do relato subsiste, pois nem sempre os exames periciais são realizados de maneira sigilosa e em espaço livre de qualquer forma de coação ou situação vexatória. Da mesma forma, o laudo apresentado em audiência pode apresentar insuficiências ou mesmo o ato de tortura ou maus-tratos pode ter ocorrido em momento posterior ao exame.

Há que se destacar, ainda, que as agressões nem sempre se limitam a violências físicas, devendo ser consideradas como práticas de tortura ou maus-tratos também as violências psicológicas²³. Em sentido contrário aos instrumentos da Resolução CNJ nº 213/2015, o caso abaixo deixa de adotar encaminhamentos para o caso narrado por não enxergar lesões aparentes e pelo fato de o laudo médico não ter apontado agressões:

“Por fim, em relação à alegação de [nomes] de que foram vítimas de agressão no ato de suas prisões, deixo de adotar qualquer providência nesse sentido, uma vez que o relatório médico acostado aos autos atestou a inexistência de lesões nos conduzidos e, nesta oportunidade, não foram verificadas lesões aparentes.”

A existência de relato ou outros indícios de tortura e maus-tratos implica em repercussões sobre: (i) a tomada de decisão judicial prevista no art. 310 do CPP; (ii) a determinação de providências

23 De acordo com a “Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”, o termo “tortura” designa “qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência”. Ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Nova Iorque: 1984.

para apuração pelos órgãos competentes (exame de corpo de delito e encaminhamentos para Corregedoria, Ministério Público e Polícia Judiciária); (iii) os encaminhamentos para atendimento médico e psicossocial especializado; (iv) a aplicação de medidas protetivas de preservação da segurança da pessoa custodiada ou de terceiros; (v) a notificação ao juízo de conhecimento do processo penal sobre as medidas adotadas; e (vi) a informação à pessoa custodiada sobre os encaminhamentos e sobre como acompanhar as investigações, conforme abordado no Capítulo 6 do Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia.

Se não há indício de tortura ou maus-tratos na abordagem policial, passa-se à análise do próximo quesito acerca de sua legalidade.

(ii) Justificada com base em fatos concretos (SIM/NÃO)

A abordagem policial figura como o primeiro filtro do sistema de justiça criminal, atuando como potencial mecanismo de reprodução da seletividade penal e de discriminação de raça e classe. Com a noção genérica de “fundada suspeita”, presente nos arts. 240 e 244 do CPP, abre-se então margem para a construção da noção de “suspeição” a partir das visões sociais e institucionais dos órgãos de segurança pública.

Como coloca Silva²⁴, a tipologia de indivíduos que são lidos como “suspeitos” é marcada por percepções de gênero, étnica/raciais, geracionais e socioculturais. E, apesar de serem parte de um conjunto mais complexo de fatores, esses processos subjetivos de construção da suspeição, ancorados em construções midiáticas, legislativas e judiciais, atravessam os elementos que levam a uma abordagem policial.

Tal constatação se faz especialmente importante quando se considera o mecanismo de perfilamento racial que perpassa o sistema de justiça brasileiro. Perfilamento racial é um termo que se refere ao processo de aplicação da lei baseado em estereótipos e generalizações étnico-raciais, ao invés de critérios objetivos ou comportamentos individuais, para abordar, revistar, questionar, investigar e presumir que um indivíduo tem ligações com atividades criminais²⁵. É, assim, um processo decisório que leva à discriminação, resultando na sobrerrepresentação da população negra dentro do sistema de justiça criminal. De acordo com os dados mais recentes²⁶, somadas, pessoas pretas e pardas (ou seja, pessoas negras) totalizam 63,6% da população carcerária nacional. Contrastado esse número com a população geral brasileira, tem-se a informação de que a população negra corresponde a 55,4%.

24 GOMES DA SILVA, Gilvan. A lógica da polícia militar do Distrito Federal na construção do suspeito. 2009. UnB. Instituto de Ciências Sociais, Brasília, 2009. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/4102>. Acesso em 30 jul. 2020.

25 UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Preventing and countering racial profiling of people of African descent. Nova York: Department of Global Communications e Office of the High Commissioner for Human Rights, 2019. Disponível em: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/preventracialprofiling-en.pdf>. Acesso em 07 jul. 2020.

26 Dados mais recentes do Ministério de Justiça sobre a situação carcerária são de junho de 2016. BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Dicionário de Dados. Brasília, 2017. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em 10 set. 2019.

Esse dado é aprofundado na pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa²⁷, que compara a população prisional negra com a porcentagem de pretos e pardos de cada estado brasileiro. Alguns desses dados merecem destaque, evidenciando o nítido recorte racial com que atua o sistema penal. No Rio Grande do Norte, um percentual de 81,3% da população carcerária é composto por negros, contra 66,6% da população geral do estado. Em São Paulo, a relação é de 54,5% da população carcerária contra 37,25% da população geral. No Rio de Janeiro, ainda, os 72,6% da população negra encarcerada contrastam com os 63,4% da população geral. Em Pernambuco, a disparidade cresce, com 65% de negros representados na população e 80% no sistema carcerário, de acordo com os dados do IBGE e DEPEN.

Fica evidente que a população negra é sobrerrepresentada dentro do sistema carcerário, sendo importante que o Poder Judiciário assuma papel ativo na transformação do quadro discriminatório presente na justiça criminal. Para isso, o juiz ou juíza responsável pela audiência de custódia deve atentar-se para os indícios que revelam a falta de fundamentos objetivos na realização das abordagens policiais, bem como para a existência de elementos que possam apontar para a fragilidade dos relatos trazidos no APF.

Isso significa, em um primeiro momento, questionar e ouvir em detalhes a versão da pessoa custodiada, especialmente em casos que tragam no APF a **referência a 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 realmente apontar qualquer fato concreto que a fundamente. Nos trechos abaixo, são destacadas situações em que seria necessária uma ação contundente de verificação da justificativa das abordagens:

*“In casu, colhe-se da peça flagrantial, em síntese, que, no dia 13/07/2019, policiais militares **avis-taram dois elementos** em um veículo Corsa Wind, na Rua [nome], **em atitude suspeita, e resolve-ram abordá-los.**” (grifos nossos)*

*“A equipe em patrulhamento em local conhecido pelo intenso comércio de entorpecente, **abordou três pessoas em atitude suspeita**, intensificado as buscas no terreno foi encontrado mais um indivíduo, identificado como [nome], deitado, e próximo a esse, foi encontrado 24 porções de substância análoga ao entorpecente cocaína, embalada em eppendorfs.” (grifos nossos)*

Além disso, apesar de ser entendido que o depoimento de policiais é dotado de fé pública, o juiz ou juíza deve sempre contrapor a versão trazida pela polícia à versão da pessoa custodiada, principalmente em casos em que não há a oitiva de testemunhas da sociedade civil. Nessas situações, devem ser lidos com especial atenção os casos em que há acusação por tráfico de drogas.

27 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Audiências de custódia: Panorama Nacional. São Paulo: IDDD/ Open Society Foundation, 2017.

Em pesquisa realizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro²⁸, que analisou 2.591 sentenças proferidas entre agosto de 2014 e janeiro de 2016, envolvendo 3.745 acusados de infringir a Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), concluiu-se que 53,79% das condenações baseiam-se apenas nos depoimentos dos agentes de segurança que realizaram o flagrante. Isso diante de um panorama em que 77,36% dos réus não tinham antecedentes criminais e 73,85% eram primários. E, como argumento, em 65,85% das vezes que o local é citado como ponto de venda de drogas, há menção à ocorrência em favelas, morros ou comunidades - locais marcados por recorte de raça e classe.

No material, destaca-se a decisão em que a operação policial é justificada pelo fato de área de atuação ser de suposto domínio de facção criminosa: "(...) em patrulhamento normal na VTR [número], realizam operação [nome] e se encontravam na localidade do bairro [nome], precisamente a Rua [nome] e com a VTR parada perto do Beco [nome] por ser uma área vermelha (...)".

No caso a seguir, ainda, a mera especulação sobre o local ser conhecido como "boca de fumo" legitima a abordagem policial:

"Destaco também que há informações prestadas pelos policiais de que os moradores do local [afirmam] que a casa da flagranteada é conhecido como "boca de fumo", sendo comum a movimentação de pessoas para comercialização de drogas, o que representa indício, em análise perfunctória, da dedicação à atividade criminosa."

Assim, elementos que compõem um quadro maior de **estigmatização** - como o próprio **local de realização do flagrante e o modo como é descrito nos autos** - devem ser levados em consideração na análise e controle da abordagem policial e, posteriormente, deve-se atentar para que não atuem em sentido contrário à presunção de inocência no momento de realização da audiência.

Na pesquisa "'O flagrante ganha voz?': os significados da presença da pessoa presa nas audiências de custódia no estado de São Paulo"²⁹, buscou-se compreender os significados da presença de custodiados e custodiadas em juízo após a realização da prisão em flagrante. Como parte das conclusões do estudo, abordando a construção de diversos tipos de estigmas sobre a pessoa custodiada, Toledo sugere que "o retrato moral da pessoa presa constituído pelo juiz também permitiria a geração de reflexos em relação à aplicação do princípio da presunção de inocência"³⁰.

A garantia da presunção de inocência, como argumentado, foi um dos principais objetivos para a implementação das audiências de custódia: no relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária da ONU, mencionado pelo termo de abertura do projeto "Audiência de Custódia" do

28 HABER, Carolina Dzimidas (coord.). Relatório Final: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Diretoria de Estudo e Pesquisas de Acesso à Justiça. Rio de Janeiro: DPRJ, 2018.

29 TOLEDO, Fabio Lopes. "O flagrante ganha voz?": os significados da presença da pessoa presa nas audiências de custódia no estado de São Paulo. 2019. - Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27418>. Acesso em 30 jul. 2020.

30 TOLEDO, Fabio Lopes. Op. Cit., p. 110.

CNJ, destaca-se que “a presunção de inocência consagrada na Constituição parece ser uma prática abandonada pelos juízes que recorrem em muitos momentos à prisão cautelar como primeira medida”³¹. Entretanto, conforme aponta Toledo, embora alguns magistrados e magistradas reconheçam que a presença física da pessoa tenha permitido oferecer elementos favoráveis à defesa, “algumas opiniões apontaram como a postura, linguagem verbal e mesmo o feeling poderiam levar à constituição de imagem negativa do indiciado”³².

Assim, além de marcas geográficas, outros tipos de discriminação baseadas em **marcas corporais, tais como roupas ou tatuagens**, não devem pesar negativamente na avaliação feita por autoridades policiais e judiciais. A preocupação com aspectos físicos das pessoas custodiadas é enfatizada por Toledo na avaliação do impacto da presença em juízo de pessoas presas, sendo que a existência de tatuagens é destacada como alvo constante de questionamentos por parte de magistrados e magistradas. Apesar de parcela considerável dos profissionais entrevistados pelo autor afirmar não se atentar para a questão, por ser uma prática comum e socialmente difundida, outros buscam saber não apenas se, mas quais tatuagens as pessoas carregam³³.

No excerto abaixo, exemplificando essa prática, a autoridade judicial considera indispensável que as fotos de identificação do custodiado sejam feitas com ele sem camisa, pois a presença de tatuagens seria um indicador de pertencimento a facções criminosas:

*“Ao realizar o cadastro prévio das fotos do Custodiado no sistema [nome], **em razão da presença de tatuagens no corpo, foi solicitado a retirada da camisa para fotografá-lo, visando a obter a captação das tatuagens.** A defesa do Custodiado, por meio da Defensoria Pública, pugnou pela manutenção da camisa do Custodiado, sendo indeferido por este Juízo, em razão da necessidade de obtenção dos registros corporais do Custodiado, tendo em vista sua melhor identificação - tal como as impressões digitais - além da hipótese de dúvida na identificação do Custodiado, **há o significado das tatuagens, pois, não raramente, apontam ligação de Custodiado com facções criminosas.**” (grifos nossos)*

Assim, embora as audiências tenham sido implementadas com vistas a fortalecer o princípio da presunção de inocência, “o princípio pode deixar de ser aplicado tão logo o custodiado é apresentado perante o juiz, seja em razão de características físicas, de seu comportamento em audiência, ou mesmo por conta de manifestações orais”³⁴.

31 UNITED NATIONS. General Assembly. Report of the Working Group on Arbitrary Detention. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU [tradução livre]. (A/HRC/27/48/Add.3, 2014). Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/065/53/PDF/G1406553.pdf?OpenElement>. par. 100. Mencionado nos considerandos da Resolução CNJ nº 213/2015: “CONSIDERANDO o relatório produzido pelo Subcomitê de Prevenção à Tortura da ONU (CAT/OP/BRA/R.1, 2011), pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária da ONU (A/HRC/27/48/Add.3, 2014) e o relatório sobre o uso da prisão provisória nas Américas da Organização dos Estados Americanos;” (grifos nossos). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 213/2015, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. DJe/CNJ nº 1, de 08/01/2016, p. 2-13. Brasília: 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2234>

32 TOLEDO, Fabio Lopes. Op. Cit., p. 110.

33 Ibid.

34 Ibid.

Por isso, marcas físicas, geográficas e comportamentais não podem pesar negativamente sobre a pessoa custodiada. Refletir ativamente sobre a projeção de um imaginário estigmatizado sobre as pessoas que se apresentam em juízo é responsabilidade de toda a magistratura. É também o que permitirá reorientar sua atuação de modo a conter e reverter o quadro de perfilamento racial e outros tipos de discriminação que estruturam a seletividade do sistema penal.

Por fim, em casos que, como nos exemplos supracitados, os elementos que justificam o flagrante são frágeis, deve-se ter especial atenção para a possibilidade de que a situação de flagrância tenha sido forjada. **O flagrante forjado**, se confirmado, pode configurar conduta criminosa de denúncia caluniosa e de abuso de autoridade. Do material analisado, apenas um caso faz menção explícita à possibilidade de ocorrência de flagrante forjado, amparando-se no relato da pessoa custodiada e encaminhando o caso à Corregedoria da Polícia Militar:

*“Oficie-se à Corregedoria da Polícia Militar tendo em vista a alegação da conduzida de que foi agredida por policial militar, além de tentarem lhe extorquir, ficando ainda com seu celular em dia anterior à sua prisão, motivo pelo qual **teriam implantado a droga.**” (grifos nossos)*

Adicionalmente, de acordo com a Súmula 145 do STF, “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Vale destacar que, com a modificação legislativa introduzida pela Lei nº 13.964/2019, não há mais crime impossível decorrente de **flagrante preparado** quando a autoridade policial age disfarçadamente, com o objetivo de apreender drogas³⁵, armas de fogo³⁶, ou apurar condutas relacionadas às cadeias de tráfico de ambos. Entretanto, só é válido o flagrante diante de “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”, devendo ser verificado em audiência se presentes elementos concretos a motivar a abordagem.

(iii) Sem invasão de domicílio (SIM/NÃO)

De acordo com o art. 5º, XI, da Constituição, é vedada a entrada e permanência em domicílio

35 “Art. 33. (...)

IV – vende ou entrega drogas ou matéria prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.” BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. DOU de 24/08/2006. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

36 “Art. 17. (...) Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 2º Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.”

Art. 18. (...)

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 16 (dezesseis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende ou entrega arma de fogo, acessório ou munição, em operação de importação, sem autorização da autoridade competente, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.” BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. DOU de 23/12/2003. Brasília: 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm

sem **consentimento do morador** ou **autorização judicial**, salvo em casos flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro. Nos casos em que a entrada é feita por meio de autorização judicial, ela deve ser feita durante o dia, sendo o período diurno compreendido pela doutrina majoritária entre às 6h da manhã e 18h da tarde. Recentemente, por decorrência do estabelecido na Lei nº 13.869/2019, tal período ficou delimitado entre as **5h da manhã e as 21h da noite** (art. 22, § 1º, III). Caso as formalidades legais sejam descumpridas, além do relaxamento ser o desfecho necessário do flagrante, a ação da autoridade policial deve ser lida como crime de abuso de autoridade, conforme dispõe a mencionada lei:

“Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no caput deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.”

Em 2017, no julgamento do Habeas Corpus nº 138.565, foi extinta ação no Supremo Tribunal Federal por reconhecimento da ilicitude da invasão de domicílio para busca de drogas. Policiais civis, durante a realização de operação contra o tráfico em Americana (SP), suspeitaram que o réu os estivesse filmando. Sob esse pretexto abordaram o homem e, sem a existência de mandado judicial, adentraram sua casa, onde encontraram baixa quantidade de drogas - posteriormente reconhecidas pela Suprema Corte como destinadas a consumo próprio. Tanto no Tribunal de Justiça de São Paulo quanto no Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi afastada a tese de ilicitude da prova, sendo tal entendimento revertido pelo relator Min. Ricardo Lewandowski, que destacou em seu voto que, **em casos como esse, as autoridades policiais costumam se justificar dizendo que foram “convidadas” a entrar na casa** - algo que não acontece de fato, nas palavras do Ministro.

Assim, foi ratificado o entendimento trazido em 2015, com repercussão geral, de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial deve ser amparada em fundamentos devidamente justificados, que indiquem que dentro da casa há situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente e de nulidade dos atos praticados:

*“A entrada forçada em domicílio sem mandado **judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões**, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que*

*dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, **sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente** ou da autoridade e de **nulidade dos atos praticados.**” (grifos nossos, RE 603.616, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 05/11/2015)*

Quanto à autorização do morador, deve ser considerado com especial atenção o relato da pessoa custodiada. No modelo mexicano, o *Código Nacional de Procedimientos Penales Federal* prevê que a entrada em domicílio só é possível sem ordem judicial em condições excepcionais parecidas com as brasileiras³⁷, ou com a autorização de alguém competente para concedê-la. Ainda, em casos em que a autorização vem do morador, é necessário que a autoridade que entrou no domicílio informe o ato ao órgão jurisdicional competente dentro de 5 dias para que seja realizada audiência de ratificação do consentimento. Na audiência, que deve contar com a presença da pessoa que deu a autorização, os motivos da entrada não autorizada devem ser detalhados e investigados para que, de fato, seja considerada dentro dos conformes legais³⁸.

Apesar do respaldo constitucional e legal a garantir a inviolabilidade do domicílio, a questão se coloca especialmente controversa nos crimes relacionados a drogas, pois se entende serem crimes permanentes alguns dos núcleos do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Seria o caso das hipóteses de “ter em depósito” ou “guardar” drogas para venda, em que estaria configurada a situação de flagrante permanente. Nesses casos, enquanto o delito estiver ocorrendo, a autoridade poderia proceder à busca, a qualquer hora do dia e da noite, independentemente da existência de mandado judicial (art. 5º, XI, CF). Apesar disso, é importante que o flagrante seja fundamentado em elementos concretos, sob risco de banalização do direito de inviolabilidade do domicílio. Nos tribunais superiores, o entendimento é nesse sentido:

*“Na hipótese, verifica-se ofensa ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio, determinado no art. 5º, inc. XI, da Constituição da República, pois, não há referência à prévia investigação policial para verificar a possível veracidade das informações recebidas, não se tratando de averiguação de informações concretas e robustas acerca da traficância naquele local. **Ainda que o tráfico ilícito de drogas seja um tipo penal com vários verbos nucleares, e de caráter permanente em alguns destes verbos, como por exemplo “ter em depósito”, não se pode ignorar o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal e esta garantia constitucional não pode ser banalizada, em face de tentativas policiais aleatórias de encontrar algum ilícito em residências.** Conforme entendimento da Suprema Corte e da Sexta Turma deste STJ, a entrada forçada em domicílio, **sem uma justificativa***

37 “Estará justificado el ingreso a un lugar cerrado sin orden judicial cuando: I. Sea necesario para repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho que ponga en riesgo la vida, la integridad o la libertad personal de una o más personas.” (México, Código Nacional de Procedimientos Penales Federal)

38 “(...) II. Se realiza con consentimiento de quien se encuentre facultado para otorgarlo. En los casos de la fracción II, la autoridad que practique el ingreso deberá informarlo dentro de los cinco días siguientes, ante el Órgano jurisdiccional. A dicha audiencia deberá asistir la persona que otorgó su consentimiento a efectos de ratificarla. Los motivos que determinaron la inspección sin orden judicial constarán detalladamente en el acta que al efecto se levante.” (México, Código Nacional de Procedimientos Penales Federal)

prévia conforme o direito, é arbitrária, e não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida, pois os agentes estatais devem demonstrar que havia elemento mínimo a caracterizar fundadas razões (*justa causa*)” (grifos nossos, RHC 83.501-SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, por unanimidade, julgado em 06/03/2018, DJe 05/04/2018)

O APF, muitas vezes, apresenta elementos que podem evidenciar a falta de consentimento da pessoa custodiada em receber a polícia. É o caso, por exemplo, de relatos da abordagem que não mencionam se houve ou não autorização para que entrassem no domicílio, o fazem de maneira abstrata, ou mesmo sugerem que não houve autorização do proprietário ou proprietária. No caso abaixo isso fica evidente, dado que a custodiada estava dormindo quando houve a aparição dos policiais:

“Com efeito, depreende-se dos autos que a polícia civil recebeu informes de que no local do fato estaria em funcionamento um ponto de venda de entorpecentes tendo realizado diligência (campana) **e constatado movimentação intensa e suspeita de pessoas no local, característica da traficância de drogas. Nesse contexto, os agentes resolveram adentrar no imóvel e visualizaram a autuada que dormia ao lado de um tablete de entorpecentes.**” (grifos nossos)

Em outros, o próprio depoimento da pessoa custodiada deixa clara a ausência de autorização, como no excerto abaixo:

“QUE (...) o depoente foi abordado por policiais militares, com duas paradas de pasta-base e R\$ 70,00 na carteira, sendo que os policiais o jogaram no chão, e **bateram no depoente, dizendo ainda que iriam revistar a casa**; QUE as agressões consistiram em chutes na perna, chutes no estômago (...)” (grifos nossos)

Nesses casos, é imperativo que se investigue a situação e, verificado abuso, se relaxe o flagrante. As hipóteses abaixo ilustram, nessa linha, decisões congruentes com tal perspectiva. No terceiro trecho, vale destacar, a polícia foi motivada por denúncia anônima, e o custodiado é descrito como um conhecido traficante de drogas da região:

“Contudo, em atenção ao relato dos policiais L. e A. sobre como se deu o ingresso na residência do custodiado, eles disseram que estavam em operação na comunidade [nome], quando avistaram uma residência com o portão entreaberto. **Ato contínuo, eles disseram que se aproximaram com cautela, olharam pela brecha do portão e conseguiram visualizar um homem deitado na cama com uma bolsa ao seu lado. Assim, pelo simples fato de terem visualizado uma bolsa ao lado do custodiado, eles entraram no imóvel e fizeram abordagem do suspeito e no interior da bolsa encontraram o material entorpecente descrito acima e uma pistola calibre 9mm, marca G Cherokee, com 08 munições intactas em seu carregador, tendo o custodiado afirmado que trabalha para traficantes da comunidade.** O fato é extremamente grave. Esta magistrada está atenta para a quantidade de droga e da pistola de calibre restrito apreendidos dentro da casa do custodiado. Contudo, do mesmo modo, **restou nítido a esta juíza pelos relatos constantes deste inquérito**

policial, que os agentes da lei violaram o domicílio do acautelado, sem que ele estivesse em situação de flagrância. (...) Por tudo acima esposado, levando em consideração as especificidades do caso concreto e pela patente violação ao artigo 5º, XI, CF/1988, DEFIRO ao custodiado o Relatamento de Prisão.” (grifos nossos)

“Narram os autos policiais que a composição foi acionada, via “[central policial]”, para atender uma ocorrência de pessoa armadas em uma residência, no endereço referido nos autos. Os policiais se deslocaram e lá **chegando adentraram a residência e realizaram buscas**. Após a realização de audiência de custódia, foram robustecidos os elementos de convicção atinentes à ilegalidade da prisão, pois os atuados relatam que dormiam quando **foram surpreendidos com a porta da residência sendo arrombada** pelos policiais, que buscavam armas e drogas e logo **começaram a agredi-los. Considerando que a polícia adentrou o domicílio dos flagranteados sem que houvesse justa causa ou mandado expedido pela autoridade judiciária competente, fica caracterizado o abuso de autoridade**. Portanto, a decisão que se impõe é a não homologação do flagrante, devendo ser relaxada a prisão dos atuados.” (grifos nossos)

“Ocorre que, **analisando o procedimento policial, bem como considerando as circunstâncias da abordagem**, a qual aconteceu irregularmente, **sem a devida autorização judicial**, bem como **a droga encontrada no recinto de sua casa, por si só, não caracteriza o ilícito penal** pelo qual foi atuado [nome], qual seja artigo 33, da Lei nº 11.343/2006” (grifos nossos)

Para essa etapa, propõe-se que durante a entrevista prévia e durante a audiência sejam formuladas as seguintes perguntas, voltadas a examinar em que medida as entradas dos policiais nos domicílios foram precedidas de autorização dos e das proprietários:

- i. As autoridades policiais entraram em sua casa, trabalho, ou lugar onde realiza atividades?
- ii. Você deu permissão para que entrassem? Se sim, você se sentiu de alguma maneira pressionado(a) a autorizar a entrada (seja por ameaça, extorsão ou violência)? Como isso aconteceu?
- iii. Havia alguém na casa, responsável pelo imóvel, que concedeu a permissão? Essa pessoa foi coagida de alguma maneira?
- iv. Se não houve permissão, como os policiais forçaram a entrada? Houve o emprego de violência, física ou de outros tipos - como extorsão ou ameaça?
- v. Há alguma outra conduta dos policiais que você gostaria de relatar, principalmente em relação à entrada em sua casa?

Assim, **para responder à pergunta de SIM/NÃO, é importante que se considere a fundamentação para a entrada em domicílio e que a versão policial seja contraposta à da pessoa custodiada em audiência**, verificando as circunstâncias da abordagem como um todo e, especialmente, a ocorrência de violência policial e possível abuso de poder.

1.2.2. Apresentação da pessoa custodiada ao juízo competente foi realizada em até 24 horas (art. 1º, Resolução CNJ nº 213/2015, art. 310, caput e § 4º³⁹, CPP)? (SIM/NÃO)

O prazo célere para apresentação da pessoa presa perante a autoridade judicial se situa na essência do instituto da audiência de custódia. O tempo entre a prisão e a apresentação caracteriza é fator crucial para a consecução dos objetivos da audiência de custódia. De acordo com o art. 310 do CPP, modificado pela Lei nº 13.964/2019, após receber o auto de prisão em flagrante, o juiz ou juíza deverá promover audiência de custódia no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão. Caso esse prazo seja descumprido sem motivação idônea, o flagrante deve ser relaxado:

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

(...)

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

Na verificação da observância do prazo de 24 horas, deve ser considerada data e horário da prisão, bem como o tempo de permanência na viatura policial antes de ser feito o encaminhamento à delegacia. Importa destacar que, durante esse período, devem ser observadas as condições adequadas de transporte, local de detenção e tratamento conferido à pessoa custodiada. No Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia são detalhados os parâmetros nacionais e internacionais de garantia de direitos dos acusados e acusadas nesse momento, sendo importante a familiarização das autoridades judiciais com tais regras para a fiscalização de seu cumprimento no momento da audiência e para a identificação de indícios de práticas de tortura e maus-tratos.

A Resolução CNJ nº 213/2015, no Protocolo II, designa que “quando a pessoa tiver sido apresentada à autoridade judicial fora do prazo máximo estipulado para a realização da audiência de custódia ou sequer tiver sido apresentada” constitui indício de tortura ou maus-tratos (Protocolo II, tópico

³⁹ No momento de entrega deste documento, o art. 310, § 4º do CPP está suspenso por decisão cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305. Apesar disso, entendeu-se como relevante a manutenção desse elemento de análise, seja pela possibilidade de entrada em vigor do dispositivo, seja pela compreensão de que o prazo de apresentação possui direta conexão com a legalidade do ato de prisão.

1, item XVI). Ainda, de acordo com o art. 1º da Resolução CNJ nº 213/2015, a audiência deve ser realizada na presença da pessoa custodiada, sob pena de nulidade. Nesse sentido, se a apresentação em juízo for feita em período superior a 24 horas, o flagrante deve ser relaxado:

“Conforme verificado em audiência, a prisão não foi realizada em obediência ao disposto na norma legal acima transcrita tendo em vista o excesso de prazo na apresentação do preso à audiência de custódia, razão pela qual DEIXO DE HOMOLOGAR A PRISÃO EM FLAGRANTE E RELAXO A PRISÃO de [nome] (...)”

Apesar desse entendimento, não é sempre que é reconhecida a ilegalidade do flagrante diante da não apresentação da pessoa (fazendo a ressalva de que o material colhido é anterior à modificação legislativa de dezembro de 2019). Em um dos casos analisados, por exemplo, o custodiado estava com tuberculose e não pôde comparecer à audiência, mas foi proferida decisão que aplica medidas cautelares diversas da prisão, mesmo em sua ausência. Nesses casos, o § 4º do art. 1º da Resolução CNJ nº 213/2015 prevê que:

*“Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, **deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.**”*
(grifos nossos)

Interessante mencionar que, em um dos estados, a questão da tuberculose tem sido contornada com o estabelecimento de uma sala especial, preparada para evitar a contaminação pelo ar:

“Considerando o surto de tuberculose existente no meio carcerário e o grande risco de contaminação dos presentes ao ato desta audiência; considerando a necessidade de se assegurar, ao máximo, a segurança dos presentes a este ato; considerando que, na sala especial, o MP e a defesa, assim como os parentes têm total acesso visual e proximidade com o custodiado e este também em relação aos mesmos; considerando que o uso de sala especial foi autorizado pela Corregedoria Geral de Justiça do TJ[UF], atendendo pedido deste magistrado e que a defesa do custodiado e o MP concordam com a utilização da sala especial, neste ato, delibero por realizar a presente audiência em sala especial, preparada para impedir contágio por doença transmissível pelo ar.”

Cabe mencionar ainda os diversos casos em que a pessoa custodiada não pôde comparecer à audiência pois se encontrava hospitalizada. Não raro, situações de hospitalização podem ser indicativas da ocorrência de violência policial. Em nenhum desses casos, entretanto, houve respeito à disposição do art. 1º, §4º da Resolução CNJ nº 213/2015, nem menção à causa da hospitalização ou à possibilidade de que tenha decorrido de tortura ou violência por parte da polícia, como ilustrado pelos trechos abaixo:

“O APF noticia o estado de saúde do custodiado, cuja situação comprova as declarações informadas constantes nos autos do APF e ofício de apresentação. Verificada, pois, a impossibilidade de apresentação do referido flagranteado para a Audiência de Custódia, uma vez que encontra-se internado em estado grave no [hospital], sem previsão de alta hospitalar (...)”

“Inicialmente, registro que o custodiado [nome] não foi apresentado nesta audiência, por estar hospitalizado. De qualquer modo, passo a examinar a legalidade e a necessidade da prisão cautelar de ambos os custodiados, sendo certo que, após o restabelecimento do custodiado [nome], competirá ao juízo natural avaliar pedido de realização de audiência de custódia, nos termos do Aviso Conjunto TJ/CGJ [número] (...). Por fim, a jurisprudência é assente quanto ao entendimento de que as condições subjetivas favoráveis dos indiciados, como a primariedade, não impõem a soltura caso estejam presentes os requisitos da preventiva. Isto posto, converto a prisão em flagrante em prisão preventiva (...)”

“Inicialmente, ressalto que a audiência de custódia não pôde ser realizada nesta Central, uma vez que o custodiado se encontra internado no Hospital Estadual [nome], sem previsão de alta. (...) Assim, evidente a necessidade da conversão da prisão preventiva do custodiado como medida de garantia da ordem pública, sobretudo porque crimes como esse vêm assustando moradores da comarca, que esperam uma atuação do Poder Judiciário, ainda que de natureza cautelar, com vistas ao restabelecimento da paz social concretamente violada pela conduta do custodiado. Assim, diante dos requisitos legais CONVERTO a prisão em flagrante em prisão preventiva (...)”

Nos casos de grave enfermidade e de hospitalização da pessoa custodiada, deve-se considerar a situação como “motivação idônea” para flexibilização do prazo de realização da audiência de custódia (art. 1º, § 4º, da Resolução CNJ nº 213/2015 e art. 310, § 4º, CPP). Num primeiro momento, então, cabe à autoridade judicial a análise do auto de prisão em flagrante e tomada de decisão preliminar. Caso esta se dê pela liberdade provisória, com ou sem cautelar, o processo seguirá para o juízo competente, que realizará a audiência de custódia após o restabelecimento da condição de saúde ou de apresentação da pessoa. Caso a decisão preliminar seja de decretação de prisão preventiva, deve-se condicionar o recolhimento da pessoa custodiada em unidade prisional à sua apresentação em audiência de custódia tão logo seja restabelecida sua condição de saúde ou apresentação. Isto é, primeiro deve ocorrer a audiência de custódia e somente depois eventual prisão.

Ressalta-se, ainda, a recente decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Medida Cautelar no HC nº 186.421, que reconheceu a pandemia de Covid-19 como “motivação idônea” para não realização excepcional das audiências de custódia, nos seguintes termos:

*“A imprescindibilidade da audiência de custódia (ou de apresentação) tem o beneplácito do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (ADPF 347-MC/DF) e, também, do ordenamento positivo doméstico (Lei nº 13.964/2019 e Resolução CNJ nº 213/2015), **não podendo deixar de***

realizar-se (Rcl 36.824-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **ressalvada motivação idônea** (Recomendação CNJ nº 62/2020, art. 8º, “caput”), sob pena de **tríplice responsabilidade do magistrado que deixar de promovê-la** (CPP, art. 310, § 3º, na redação dada pela Lei nº 13.964/2019), cabendo assinalar, ainda, como adverte GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ (“Processo Penal”, p. 1.206, item n. 18.2.5.5, 8ª ed., 2020, RT), que, **‘se não for realizada a audiência de custódia a prisão tornar-se-á ilegal, e deverá ser relaxada’.** (grifos nossos)

Além disso, casos que envolvem possíveis práticas de tortura ou maus-tratos devem seguir as medidas cabíveis de tratamento e encaminhamento dos relatos, conforme detalhado anteriormente neste tópico e no Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia.

1.2.3. Houve flagrante mesmo? (SIM/NÃO) De qual tipo? Autoridade judicial deve indicar fundamentadamente uma das 4 hipóteses abaixo

O art. 302 do CPP prevê as seguintes situações de flagrância, que devem ser justificadamente observadas para que a prisão possa ser considerada legal:

“Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

Antes de aprofundar cada uma das hipóteses, vale ressaltar que, para que seja válido qualquer um dos incisos, é imprescindível que o flagrante aponte elementos robustos que indiquem a **autoria e materialidade** dos fatos imputados. Ambos os elementos são pressupostos para o flagrante, que deve ser relaxado caso esteja ausente pelo menos um deles. A materialidade será discutida ao longo deste e do próximo tópico de maneira mais aprofundada. Quanto à autoria, cabe destacar termo em que o relaxamento é decretado diante da falta de evidências sobre a ligação do autuado e dos fatos em questão. Fato esse que, além de estar associado à não observação dos critérios do art. 302, relaciona-se com a falta de respaldo dada pelo APF ao depoimento dos policiais:

*“Conforme se pode observar o **flagrado foi detido cerca de 4 horas depois, sem qualquer dos objetos furtados em seu poder e nem tampouco com instrumentos que determinassem a presunção de ser autor do delito. Há menção de imagens de câmera de vigilância, onde se poderia constatar que ele seria um dos quatro sujeitos autores da subtração.** Contudo, tais imagens não*

acompanharam o presente auto de prisão em flagrante. **A autoridade policial não instruiu o procedimento com a peça e nenhuma das testemunhas foi capaz de indicar o flagrado com segurança**, como sendo um dos autores do delito. Logo, carece o flagrante de um dos seus requisitos elementares que é justamente a ligação do detido com o crime, onde é determinada a situação que permite a prisão. (...) Mesmo que se pretenda exercitar com grande esforço que, a partir das características físicas dele, colhidas na pesquisa das imagens de segurança, foram determinantes para se chegar até ele, caso contrário estar-se-ia a imaginar que os policiais prenderam alguém aleatoriamente, **os dispositivos legais não se compadecem de meros exercícios mentais. Exigem das autoridades estatais que materializem tais elementos, quando mais se trate da supressão da liberdade de alguém.** Portanto, deixo de HOMOLOGAR o auto de prisão em flagrante.” (grifos nossos)

“No presente caso, observa-se que não há indícios suficientes da autoria, pois ambos os autuados alegaram que a droga teria sido entregue pelo J. à C. para guardar, e que esta não sabia do conteúdo da caixa que lhe foi entregue.”

No caso abaixo, fica claro o exemplo de uma situação em que a falta de elementos de autoria é desconsiderada, junto à versão dos fatos da custodiada:

“Não obstante, o que se constata é que a grande quantidade de droga já mencionada foi apreendida no quarto da autuada, escondida no armário, entre roupas infantis, estando o material dividido em diversas pedras e parte em pó, havendo ainda uma pedra maior (tipo parte de tablete prensado), havendo a autuada afirmado, na ocasião, que não sabia indicar quem seria o dono dessas grandes quantidades de drogas, não havendo como se atribuir, no momento, a propriedade dessa droga a outra pessoa, havendo, dessa forma, além da materialidade do delito em questão, **indícios suficientes de autoria, que autorizam a decretação da sua prisão cautelar para garantia da ordem pública.**” (grifos nossos)

Para identificar se houve realmente flagrante, é preciso que a autoridade judicial verifique se há elementos que demonstrem que a pessoa custodiada: (i) estava cometendo o crime quando foi abordada; ou (ii) tinha acabado de cometer o crime quando abordada; ou (iii) foi perseguida, logo após, “em situação que faça presumir ser autor da infração”; ou (iv) foi encontrada, logo depois, com instrumentos, armas, objetos “que façam presumir ser ele o autor da infração”, conforme se passa a expor.

(i) Pessoa custodiada estava cometendo o crime quando foi abordada? (art. 302, I, CPP)

O flagrante do inciso I ocorre quando a pessoa é surpreendida praticando o verbo nuclear do tipo. Como é possível perceber, somente nessa hipótese o agente encontra-se, realmente, em situação de flagrante delito - sendo os demais incisos portadores de uma equiparação de situações em que o crime foi cometido “recentemente” ao estado de flagrância⁴⁰. Nesse caso, existindo, de fato, sólidos

40 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 966.

indícios de materialidade e autoria, a prisão em flagrante é detentora de maior credibilidade, pois reduzida a margem de dúvida sobre os fatos - o que, entretanto, não diminui a importância de escuta da versão da pessoa custodiada sobre a abordagem. Abaixo, são contrastadas duas formas de adequação dos fatos à hipótese do art. I, devendo sempre ser privilegiada argumentação que descreva as circunstâncias do flagrante, como no segundo exemplo:

"(...) já qualificado, foi preso em flagrante delito, nos termos do art. 302, inciso I, do Código de Processo Penal, sob a acusação de haver praticado o crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006."

*"No caso dos autos, observa-se que **o flagrante é regular; com efeito, os depoimentos de condutor/testemunhas dão conta que a flagranteada teria sido encontrada com drogas em situação que aparenta tráfico**, enquadrando-se, portanto, na hipótese prevista no art. 302, I, do CPP." (grifos nossos)*

Considerando, ainda, que o flagrante pode ser feito durante a preparação ou execução do delito, a prisão nesse momento poderá evitar a consumação do crime - como nos casos de furto ou roubo⁴¹. Nesses casos, é importante que a autoridade judicial atente para hipóteses de **crime impossível**, que afastam a existência de situação de flagrância. Segundo o art. 17 do CP: "não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta o meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime". Nesses casos, existe completa ausência de possibilidade de acontecimento do evento planejado pelo agente, e não se pode falar em tentativa por ausência de tipicidade. Mais detalhes sobre a hipótese de crime impossível podem ser consultados na seção sobre o crime de furto no Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos.

(ii) Pessoa custodiada tinha acabado de cometer o crime quando abordada? (art. 302, II, CPP)

No inciso II, a pessoa é surpreendida ao acabar de cometer o delito, já tendo cessado a prática do verbo nuclear do delito. Entretanto, o lapso temporal entre a consumação do tipo e a prisão é praticamente inexistente, de maneira que o intervalo entre o fato e o ato de prisão não permite que haja algum acontecimento relevante⁴². Essa hipótese, assim como a anterior, é denominada pela doutrina de "flagrante próprio"⁴³. O que a diferencia do inciso I é que a figura típica já foi realizada, e o agente encontra-se em situação que deixa evidente a prática do crime e da autoria. Isso pois, nesse caso, embora consumado o delito, o agente não se desligou da cena do crime - podendo, por isso, ser preso⁴⁴. Do mesmo modo que no caso anterior, deve haver um esforço argumentativo de adequação da situação à hipótese do flagrante, sendo insuficiente a fundamentação que menciona genericamente o artigo da lei, como ocorre neste exemplo:

41 LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. p. 55.

42 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015. p. 781.

43 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 962.

44 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2016. p. 561.

*“Tocante à situação de flagrância no caso em comento, vale ressaltar que evidencia o “flagrante próprio” nos precisos termos do art. 302, II, do Código de Processo Penal, veja-se: **Considera-se em flagrante delito quem: (...) II - acaba de cometê-la (...). Portanto, homologo a prisão em flagrante.**” (grifos nossos)*

(iii) Pessoa custodiada foi perseguida, logo após, “em situação que faça presumir ser autor da infração”? (art. 302, III, CPP)

A hipótese do inciso III costuma ser denominada pela doutrina de “flagrante impróprio” ou “quase flagrante”⁴⁵, e ocorre quando o agente conclui o delito (ou é interrompido pela chegada de terceiros) mas não é preso no local de consumação do crime, pois consegue fugir⁴⁶. Exige-se a consagração de três fatores para que se verifique a hipótese do dispositivo: (i) a perseguição (requisito de atividade) (ii) logo após (requisito temporal) e (iii) situação que faça presumir a autoria (elemento circunstancial)⁴⁷. O conceito de perseguição remete ao art. 290 do CPP, em especial às alíneas a e b do § 1º:

“Art. 290. (...)

§ 1º Entender-se-á que o executor vai em perseguição do réu, quando:

a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista;

b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal ou qual direção, pelo lugar em que o procure, for no seu encalço.”

A perseguição deve ser continuada e, na dimensão processual, vigora o entendimento de que ela só deve ser considerada quando há o contato visual inicial ou, ao menos, proximidade suficiente que permita à autoridade ir ao encalço do agente⁴⁸. Imprescindível, portanto, que ela se inicie imediatamente após o delito, devendo o requisito temporal ser interpretado de forma restritiva. A expressão “logo após”, conforme coloca Guilherme Nucci, significa que a perseguição deve iniciar-se em ato contínuo à execução do delito, sem intervalos longos que demonstrem a falta de pistas⁴⁹. Para Roberto Delmanto Junior, “a perseguição há que ser imediata e ininterrupta, não restando indigitado autor do delito qualquer momento de tranquilidade”⁵⁰.

Desse modo, é ilegal, por exemplo, a prisão de alguém que se esconde durante horas até que a polícia, por meios investigativos, consiga localizar a pessoa⁵¹. Na jurisprudência, o Superior Tribunal

45 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., p. 962.

46 NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 556.

47 LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. Op. Cit., p. 57.

48 *Ibid.*

49 NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. Cit.*, p. 557.

50 DELMANTO JR., Roberto. *As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 101.

51 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Op. Cit., 2016, p. 557.

de Justiça adota o critério da razoabilidade para conferir sentido à expressão “logo após”, definindo-a como “o tempo razoável entre a ocorrência do fato criminoso e perseguição ininterrupta até a localização do agente”⁵².

Preenchidos todos os requisitos, tem-se então, nas palavras de Paulo Rangel, o fato delituoso, a perseguição logo após, “a situação em que se encontra o perseguido e a operação mental que liga um fato a outro, com a conseqüente prisão em flagrante por presunção”⁵³.

As decisões abaixo evidenciam a importância de que a perseguição seja compreendida de maneira estrita, impedindo a prisão em flagrante ilegal. Nesses casos, mesmo que possivelmente exista um crime, ele deverá ser investigado posteriormente a partir da abertura de inquérito:

*“Consta dos autos que no dia 26 do corrente mês e ano, **por volta de 01 hora da manhã, o custodiado se encontrava na casa de [nome], onde roubou um “drone” (...). No flagrante, tem-se que por volta das 10 horas da manhã do dia seguinte, os policiais militares do [número] BPM estavam em patrulhamento pela Rua (...), quando foram abordados pela pessoa de [nome], que lhes contou a respeito do fato que teria ocorrido por volta de 1 hora da manhã e indicando o custodiado como autor do mesmo, o qual foi preso em flagrante na posse do objeto roubado.** Segundo o art. 302 do CPP, caput e inciso III e IV, considerando-se em flagrante delito quem é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração e também é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. Nesses casos, ocorre o que se chama de “flagrante impróprio ou imperfeito”. Segundo a doutrina, **“à expressão logo depois não se pode conferir uma larga extensão, sob pena de frustrar o conteúdo da prisão em flagrante.** Trata-se de uma situação de imediatividade que não comporta mais do que algumas horas para findar-se.” (in, Código de Processo Penal, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, 13ª Edição, editora Forense). No caso em tela, verifica-se que não houve perseguição ininterrupta ao custodiado que **ficou tranquilamente na posse** do objeto do roubo por mais de 8 horas, não se podendo falar, no caso, que foi pego em flagrante, mesmo que impróprio. (...) Determino o relaxamento da prisão do custodiado (...)” (grifos nossos)*

*“No caso, verifico que o autor autuado foi detido após série de diligências realizadas pela polícia civil. As investigações, que levaram à identificação do autuado, sem embargo de relevantes para o inquérito policial, não servem para configurar as hipóteses previstas no art. 302 do Código de Processo Penal. **Com efeito, o autuado não foi detido mediante perseguição policial.** Assim, a situação é de relaxamento do flagrante.” (grifos nossos)*

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 4.926/SP. Relator Min. Edson Vidigal. Julgado em 08/10/1996. DJ 20/10/1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600449570&dt_publicacao=20-10-1997&cod_tipo_documento=&formato=PDF

53 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Op. Cit., p. 781. RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Op. Cit., p. 781.

(iv) Pessoa custodiada foi encontrada, logo depois, com instrumentos, armas, objetos “que façam presumir ser ele o autor da infração”? (art. 302, IV, CPP)

Esse flagrante é o mais frágil e difícil de ser legitimado, sendo denominado pela doutrina “flagrante presumido” ou “ficto”⁵⁴. Para sua ocorrência, três elementos são necessários: (i) encontrar (requisito de atividade), (ii) logo depois (requisito temporal), (iii) presunção de autoria (armas ou objetos do crime). O “encontrar”, segundo Lopes Jr.⁵⁵, deve ser causal, e não casual. Isso é, refere-se ao encontrar que guarde vinculação previamente estabelecida com o delito, como uma perseguição que perdeu o rastro. Não se pode falar em prisão em flagrante, assim, quando o agente é detido em barreira rotineira da polícia, mesmo que esteja na posse de um objeto furtado, por exemplo.

O lapso temporal, por sua vez, permite dilatação maior do que aquela do inciso III, justamente em função do “encontrar”⁵⁶. Nesse sentido entende Paulo Rangel, ao afirmar que, por uma interpretação sistemática, o art. 302 do CPP tem uma escala decrescente de imediatidade. Desse modo, a expressão “logo após” teria uma relação de imediatidade mais célere do que a expressão logo depois.⁵⁷ Ainda, por ser um critério doutrinário, o juiz ou juíza deve sempre analisar cada caso sob o viés da razoabilidade. Assim, o “logo depois” deve ser interpretado sempre restritivamente⁵⁸.

Esse tipo de flagrante é comum em crimes patrimoniais, por exemplo, quando a vítima comunica a ocorrência de um roubo à polícia, que sai à procura do objeto subtraído e, algumas horas depois, encontra o autor do crime em posse do objeto e lhe dá voz de prisão⁵⁹. Por ser, também, uma hipótese de flagrante impróprio e mais complexo, é indispensável que o juiz ou juíza fundamente o porquê da situação enquadrar-se na hipótese.

No caso de furto abaixo citado, a situação de crime impossível - na medida em que o custodiado foi detido antes de deixar o estabelecimento - é lida como hipótese do inciso IV. Assim, a interpretação dos artigos deve ser disputada e lida da maneira mais restritiva possível:

54 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. Op. Cit., 2015, p. 963.

55 LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Op. Cit., 2017, p. 58.

56 Ibid.

57 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Op. Cit., 2015, p. 784.

58 No mesmo sentido, DELMANTO JR., Roberto. As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. Op. Cit., 2003, p. 105. Cabe destacar, na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “Há flagrante ficto ou presumido (CPP, art. 302, IV) quando, embora não exista encaixe, o agente é encontrado ‘logo depois’ do cometimento do crime com instrumentos ou objetos que, por presunção, relacionem o contexto fático em que inserido o suspeito com a autoria do delito (vide NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2016. p. 563-564), a ponto de ser inviável cogitar acerca de sua ocorrência quando os acusados, malgrado estivessem de posse da res furtiva, sejam abordados pela polícia militar mais de 16 (dezesesseis) horas após a ocorrência do roubo narrado na denúncia, em um bairro diverso daquele em que se consumou o crime, e por circunstâncias estranhas ao acontecimento do delito”. (Ap. Crim. 2009.067381-7 – SC, 2.a C., rel. Salete Silva Sommariva, j. 29/10/2010)

59 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. Op. Cit., 2016, p. 557.

“Verifica-se que não se vislumbra ilegalidade na prisão, a qual se deu, segundo narrativa constante nos autos, na hipótese do art. 302, inciso IV, do CPP, sendo relatado que o Conduzido **foi detido por seguranças** do Supermercado [nome], do bairro [nome], **no estacionamento do citado estabelecimento, com o produto do roubo**, a saber, uma televisão de 32 polegadas, da marca LG, tendo sido acionada uma guarnição policial que efetuou a sua prisão em flagrante.” (grifos nossos)

1.2.3.1. Necessidade de fundamentação e hipóteses de relaxamento

Em todos esses casos, a construção argumentativa que reúne os elementos para homologação do flagrante deve indicar o inciso pelo qual a pessoa foi presa, deixando clara a situação fática e a fundamentação de prisão. Além dos termos que indicam os incisos sem fundamentação, é possível mapear decisões em que o art. 302 é mencionado sem referência às hipóteses específicas e sem correlação com os fatos.

É importante que se qualifique o processo de verificação das hipóteses que configuram flagrância pois, caso não seja possível constatar nenhuma dessas situações, a autoridade judicial deve proceder ao relaxamento do flagrante. Destacam-se, então, exemplos de decisões que, em casos de ilegalidade, convergem com os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015:

*“O flagrante lavrado pela autoridade policial está maculado de vício material, posto que **a prisão comunicada não evidencia a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 302 e incisos do CPP**, visto que, de acordo com a narrativa do auto, **o fato teria ocorrido em 27.11.2018 a prisão somente ocorreu em 28.11.2018, além do que os objetos supostamente furtados e recuperados, um pote com vários talheres, um interruptor e um disjuntor, são comumente encontrados em qualquer estabelecimento comercial e nada os liga diretamente à vítima**. Constata-se que não há como manter a prisão em flagrante ora comunicada, uma vez que não se encontra respaldada em qualquer das situações que caracterizam o estado de flagrância previstas nos incisos do art. 302 do Código de Processo Penal, posto que: O detido não estava cometendo a infração penal. Nem acabava de cometê-la. Nem foi perseguido, logo após, em situação que faça presumir ser ele o autor do crime. Nem foi encontrado, logo depois, com arma que faça presumir ser ele o autor da infração. Flagrante delito significa delito ainda em execução, ou terminado de executar-se, ou, ainda, sob o calor do acontecimento. É o delito que não pode ser negado porque a autoria está evidente no seu ato, ou no seu aspecto, ou nos objetos que o agente porta ou transporta. A possibilidade de se prender alguém em flagrante delito é um sistema de autodefesa da sociedade, derivada da necessidade social de fazer cessar a prática criminosa e a perturbação da ordem jurídica, tendo também o sentido de salutar providência acautelatória da prova da materialidade do fato e da respectiva autoria. Conclui-se, portanto, que no caso a flagranteada não foi detida em qualquer uma das situações em que a lei considera como flagrante delito. **Destarte, estando configurada a ilegalidade da prisão da custodiada, outro remédio não resta a este juízo senão o seu relaxamento**, em obediência à norma gravada no art. 5º, LCV, da Carta Magna.” (grifos nossos)*

“(…) a prisão em flagrante efetuada pela autoridade policial não se mostrou formalmente em ordem, pois verifica-se que **a descrição fática não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no Código de Processo Penal. Apesar da investigação prévia da polícia, que poderá eventualmente subsidiar inquérito policial**, nos autos não há demonstração de que no momento da prisão o autuado estivesse em situação de flagrância.” (grifos nossos)

“Analisando o APF, verifica-se que a autoridade policial não observou os requisitos legais relativos à Lei 12.850/13, por não estar caracterizada a prisão em flagrante. **Não se verifica qualquer espécie de flagrante, seja próprio, impróprio ou presumido, pois a custodiada não foi flagrada furtando, não foi perseguida após furto e nem foi encontrada com objeto do furto “logo após”**. Dessa forma, acolho a manifestação da defesa para RELAXAR a prisão da flagranteada.” (grifos nossos)

“Conforme consta no APFD, por determinação do [nome da central policial], policiais prosseguiram ao Shopping [nome] onde o autuado estava detido por segurança. O segurança do local informou que ouviu um barulho e ao verificar, foi avistado o autuado em uma tenda onde ficam guardadas bebidas alcoólicas, sendo que uma embalagem estava violada/rasgada e tentou se esconder ao avistar o segurança. Com o autuado foi encontrado um estilete. Em pesquisas realizadas nos sistemas judiciais não foram encontrados registros criminais do autuado. **Analisando detidamente o presente APFD, verifico que a prisão do autuado padece de ilegalidade, considerando que não foi surpreendido em nenhuma das situações do art. 302 do CPP, assistindo razão à doura defesa** em sua sustentação oral, registrada em mídia. Os elementos do APFD são insuficientes para se atribuir ao autuado o cometimento do delito. Ante o exposto, RELAXO a prisão (…)” (grifos nossos)

2 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

Verificada a legalidade do flagrante (Etapa 1), passa-se à Etapa 2, referente à avaliação da materialidade do crime, tipicidade e ilicitude da conduta.

2.1. Tipificar a conduta com base no APF e na entrevista

Considerando a necessidade de processamento de prova da existência do crime e indícios de autoria como condição da decisão a ser tomada na audiência de custódia, é fundamental que a autoridade judicial verifique a própria capitulação conferida aos fatos pela autoridade policial. Nas palavras de Levy Magno, cabe “ao magistrado verificar se o fato descrito efetivamente corresponde a um tipo

penal”, tendo em vista que a “prova da existência do crime deve estar evidente ao juiz como condição para avaliação da prisão preventiva”⁶⁰.

Na avaliação da tipificação da conduta, alguns elementos podem ser indicativos de fragilidade da narrativa do APF, como a falta de objetividade na abordagem policial e a falta de testemunhas diversas dos agentes policiais. Isso deve ser contraposto à escuta da versão dos fatos da pessoa custodiada, sem que o movimento seja confundido com a “produção de provas” que veda o art. 8º, VIII da Resolução CNJ nº 213/2015.

Neste ponto, importante destacar a necessidade de **observância do contraditório na audiência, ressaltando que a proibição de juízo de imputação não pode constituir obstáculo cognitivo para a avaliação da materialidade do crime, tipicidade e ilicitude da conduta**. Sobre o tema, a Resolução CNJ nº 213/2015 dispõe:

“Art. 8º

(...)

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;
(...)

§ 1º “Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer: (...)”

Cabe aqui explicitar, então, quais os limites do desenvolvimento do contraditório no ato da audiência de custódia. Nas palavras de Mauro Fonseca Andrade e Pablo Alflen, o auto de prisão em flagrante, quanto judicializado, adquire natureza processual - ambiente em que se manifesta o princípio do contraditório. Assim, “não há como negar sua incidência quando da oitiva judicial do sujeito privado em sua liberdade, especificamente, autorizando-se tanto o Ministério Público como a defesa a formularem suas perguntas após a inquirição realizada pelo juiz”⁶¹.

Rodrigo Tellini, buscando delinear a abrangência do contraditório nesse momento, entende que o direito é restrito às finalidades do ato. Ou seja, relacionado às hipóteses do art. 302 do CPP (existência de situação de flagrância), bem como à delimitação de qual das providências do art. 310 do CPP seria a mais adequada ao caso (relaxamento do flagrante, liberdade provisória com ou sem cautelares ou prisão preventiva) e à verificação de existência de tortura ou maus-tratos⁶² e determinação de medidas protetivas judiciais.

60 MAGNO, Levy Emanuel. Curso de Processo Penal Didático. São Paulo: Atlas, 2013. p. 555.

61 ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018, p. 138.

62 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 79-80.

Nesse sentido, entende-se aqui que, devido à centralidade da tipificação do crime para o desenrolar da audiência - considerando a incidência do princípio da homogeneidade (Ver: Etapa 4.1.3.3), a necessidade de tratamento mais brando em crimes de menor potencial ofensivo e a possibilidade de arquivamento imediato do inquérito (Ver: Etapa 2.4) -, é prejudicial aos direitos da pessoa presa que o argumento da “impossibilidade de análise do mérito” seja barreira cognitiva para discussão de elementos relativos às finalidades da audiência de custódia. Conforme coloca Caio Paiva, interessante destacar ainda que “(...) os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal de outros países não estabelecem nenhum limite cognitivo para esta audiência de apresentação da pessoa presa”⁶³.

Entretanto, importante pontuar que, apesar das declarações em audiência serem proferidas sob o manto do contraditório, a elas não pode ser conferido status probatório próprio de instrução em processo acusatório, sobretudo em desfavor da pessoa custodiada, sob pena de violação do direito de não produzir prova contra si mesmo.⁶⁴

2.2. Reconhecimento de atipicidade material: o princípio da insignificância

O princípio da insignificância é uma criação doutrinária consolidada pela adesão jurisprudencial que se refere a condutas que, apesar de contrárias ao ordenamento jurídico pois adequadas à descrição típica, não afetam significativamente o bem jurídico protegido pela norma⁶⁵. Assim, tem-se situação de atipicidade material do fato, que **deve levar ao relaxamento da prisão**. A insignificância, reconhecida principalmente nos casos de **furto**, é desenvolvida em tópico específico dentro do Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos.

2.3. Excludente de ilicitude

As excludentes 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.

A partir da Lei nº 13.964/2019, passou-se a prever expressamente o cabimento da análise de excludente de ilicitude na audiência de custódia, autorizando-se a concessão de liberdade diante da constatação das condições previstas no art. 23 do CP, “mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais” (art. 310, § 1º, CPP).

63 PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

64 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiências de custódia e medidas cautelares pessoais. Op. Cit., 2019. p. 80.

65 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da insignificância é um tema em construção. In: Consultor Jurídico, 26 jul. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao>. Acesso em 8 out. 2019.

Recentemente, decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Medida Cautelar no HC nº 186.421, já sob a vigência do novo paradigma legal, foi além e reconheceu não só o cabimento da referida análise, mas também indicou tratar-se de caso de concessão de liberdade provisória, sem menção a imposição de termo de comparecimento, caso constata a incidência de quaisquer das excludentes de ilicitude, conforme:

*“(...) Toda pessoa que sofra prisão em flagrante – qualquer que tenha sido a motivação ou a natureza do ato criminoso, mesmo que se trate de delito hediondo – deve ser obrigatoriamente conduzida, “sem demora”, à presença da autoridade judiciária competente, para que esta, ouvindo o custodiado “sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão” e examinando, ainda, os aspectos de legalidade formal e material do auto de prisão em flagrante, possa (a) relaxar a prisão, se constatar a ilegalidade do flagrante (CPP, art. 310, I), (b) **conceder liberdade provisória**, se estiverem ausentes as situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal ou **se incidirem, na espécie, quaisquer das excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal** (CPP, art. 310, III), ou, ainda, (c) converter o flagrante em prisão preventiva, se presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal (CPP, art. 310, II).”*

Do material, destacam-se decisões que, apesar de não terem sido lidas a partir da chave do **estado de necessidade**, abrem margem para que se cogite a possibilidade de aplicação da hipótese. Por também associar-se prioritariamente a crimes patrimoniais no caso do denominado “furto familiar”, o tópico é desenvolvido dentro da parametrização específica dos crimes de furto, no Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos.

2.4. Possibilidade de arquivamento do inquérito policial

Caso, após a análise do APF e oitiva da pessoa custodiada, o Ministério Público entenda pela atipicidade da conduta ou pela presença de excludentes de ilicitude, seu representante poderá postular pelo imediato arquivamento do inquérito policial.

Conforme exposto por Tellini, são comuns nas audiências apresentações de pessoas presas por furtos de bagatela e familiares - condutas que, em suas palavras, “não ensejariam oferecimento de denúncia”. Desse modo, defende-se que, nesses casos, se promova o imediato arquivamento do inquérito, homologado pelo juiz ou juíza em audiência de custódia nos termos do art. 8º, § 5º da Resolução CNJ nº 213/2015⁶⁶.

⁶⁶ “Art. 8º, § 5º - Proferida a decisão que resultar no relaxamento da prisão em flagrante, na concessão da liberdade provisória sem ou com a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, ou quando determinado o imediato arquivamento do inquérito, a pessoa presa em flagrante delito será prontamente colocada em liberdade, mediante a expedição de alvará de soltura, e será informada sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar presa.” CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 213/2015, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. DJe/CNJ nº 1, de 08/01/2016, p. 2-13. Brasília: 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2234>

3 ETAPA 3 – DIANTE DO FLAGRANTE REGULAR E DA TIPIFICAÇÃO DEFINIDA JUDICIALMENTE, VERIFICAR A NECESSIDADE DE SE APLICAR ALGUMA MEDIDA CAUTELAR

Na Etapa 3, chegam casos em que o flagrante foi homologado, a tipificação mantida ou, caso necessário, revista, e não se verificou atipicidade material ou excludente de ilicitude. É o momento, assim, de avaliar a necessidade de aplicação de medida cautelar, **se houver requerimento nesse sentido**, nos termos do art. 282, § 2º⁶⁷, e atual redação do art. 311⁶⁸, ambos do CPP, que impossibilitam a decretação de qualquer medida cautelar pela autoridade judicial de ofício. Antes, porém, de aprofundar os critérios e pressupostos para aplicação das medidas cautelares, sejam elas de prisão ou não, é importante delimitar sua natureza e função.

A medida cautelar tem **finalidade processual, caráter provisório e proporcional**. Quando segregatória, é medida excepcional. Do caráter provisório decorre a necessidade de que sejam sempre aplicadas com prazo determinado, fixado com auxílio do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, caso existente, e avaliação periódica por parte das Centrais Integradas de Alternativas Penais - ou, em sua ausência, pelas equipes psicossociais das varas. A proporcionalidade guarda relação com a medida que mais se adequa a cada caso, e será aprofundada ao longo das etapas 3, 4 e 5.

O fato de ter fins vinculados à proteção do processo faz com que não possa se transformar em antecipação da pena, sob risco de violação do princípio da presunção de inocência. No termo abaixo, fica clara a situação de utilização da prisão provisória como pena antecipada, pois constatados elementos de materialidade e autoria:

“Assim sendo, o autuado é tecnicamente primário, contudo, primariedade, além de possuir residência fixa e trabalho lícito, isto por si só, não lhe confere uma decisão liberatória, quando presentes os requisitos para um decreto preventivo, conforme já sumulado pelo TJ[UF] (Súmula [número]). Os depoimentos prestados em sede de investigação policial, juntamente com os demais documentos que constam dos autos, dão conta da prática de traficância por parte do autuado. Além do exposto, registro a grande quantidade de entorpecente apreendido. Em vista destas considerações tenho que a medida excepcional deve ser decretada, pois devidamente amparada nos requisitos legais, presença dos pressupostos do art. 312, do CPP, ante a observância dos depoimentos colhidos até o momento, do material apreendido acima discriminado, bem como o laudo de exame preliminar

67 Art. 282 § 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

68 Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

que apontam para a materialidade e indícios suficientes de autoria, conforme se verifica no auto de prisão em flagrante.”

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁶⁹, promulgado em 1992, prevê em seu art. 14, 2, que: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade seja provada conforme a lei”. Por sua vez, a Declaração dos Direitos do Homem, em seu art. 9º, prevê que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa poderá ser severamente reprimido pela lei”. No Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, 2, tem-se ainda que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Disso decorre a chamada “regra de tratamento”, segundo a qual, no curso do processo, a pessoa que se encontra no polo passivo da ação não pode ser tratada como se fosse culpada antes de sua condenação. Assim, não importa a probabilidade de ser condenada: até o trânsito em julgado, a prisão - ou outras cautelares - só poderá ser decretada em face de requisitos exclusivamente vinculados ao processo. Isso implica dizer que, para a análise da necessidade de aplicação de alguma medida cautelar, deve ser feita a seguinte pergunta: **o que de concreto e recente (STJ, HC 214.921; HC 299.733; HC 246.229) o acusado fez para prejudicar a instrução processual ou evitar a aplicação da lei penal?**⁷⁰ Este é o entendimento dado à questão pelo Supremo Tribunal Federal:

*“A Prisão Preventiva – Enquanto medida de natureza cautelar – Não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciado ou ao réu. - **A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito**, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. **A prisão preventiva** – que não deve ser confundida com a prisão-pena – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas **destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal.**” (RTJ 180/262-264, Rel. Min. Celso de Mello, grifos nossos)*

Na presente proposta, então, adota-se a perspectiva de que **todos os critérios para aplicação das medidas cautelares devem estar ligados à sua função processual**. Mesmo a ideia de responsabilização, que aparece como parte das diferentes possibilidades de medida cautelar, deve ser enxergada sob a ótica da **responsabilização pelo processo**. Isso faz com que, como será à frente aprofundado, o critério da proteção da “ordem pública” para decretação da prisão, de caráter de prevenção geral, possa ter a constitucionalidade de sua aplicação questionada.

69 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Nova Iorque: 1966.

70 LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar. [s. l.], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar>. Acesso em 14 dez. 2019.

Como requisitos legais para aplicação das medidas o art. 282 do CPP, determina:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

*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.” (grifos nossos)*

O art. 282 do CPP menciona os princípios da “necessidade” e da “adequação” das medidas cautelares, fazendo alusão ao princípio da proporcionalidade. É importante lembrar que esses requisitos abrangem tanto a prisão cautelar quanto as medidas cautelares diversas, sendo condições pressupostas de qualquer medida que não seja a liberdade provisória. Assim, aplicar qualquer medida cautelar deve responder a esses critérios, sendo feita apenas distinção de grau entre medidas como a prisão cautelar, a monitoração eletrônica e as demais alternativas.

Na **Etapa 3**, portanto, a autoridade judicial irá avaliar os elementos que indicam a **necessidade** de aplicação de uma medida cautelar. Os elementos destacados pelo art. 282 do CPP indicam que se deve observar a existência de (i) elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá frustrar aplicação da lei penal e (ii) elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá impedir/comprometer a investigação ou instrução criminal, consolidando a função eminentemente cautelar das medidas. **Não verificada pelo menos uma das hipóteses, deve ser decretada a liberdade provisória.** Caso contrário, segue-se para a Etapa 4, em que será analisada a adequação das medidas cautelares diversas.

O art. 282 prevê ainda a possibilidade de aplicação de medidas cautelares a partir dos critérios de necessidade e, “nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”. Após a delimitação empírica e teórica dos critérios de garantia da “aplicação da lei penal” e proteção da “investigação ou a instrução criminal”, serão aprofundadas as hipóteses em que se admite a aplicação de cautelares diversas da prisão para evitar a prática de infrações penais.

Propõe-se, contudo, que a aplicação de medidas para evitar a prática de infrações penais só possa existir caso haja também necessidade de aplicação da medida cautelar, harmonizando assim o dispositivo com a finalidade cautelar das medidas do art. 319 do CPP. Ou seja, o “risco de reiteração” não deve ser mobilizado como única argumentação e, como será aprofundado, devem ser afastadas formulações baseadas em juízos sobre a personalidade da pessoa custodiada, sob risco de violação do princípio da presunção de inocência.

Importante pontuar ainda que, segundo a previsão do inciso II do art. 310⁷¹ do CPP, a prisão

71 “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.” (grifos nossos) BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DOU de 13/10/1941, retificado em 24/10/1941. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

preventiva só será decretada quando inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Ou seja, conforme coloca Rodrigo Tellini, a discricionariedade do juiz ou juíza reside no juízo de adequação de cada uma das medidas cautelares previstas, deixando a prisão preventiva - hipótese mais gravosa - para casos em que nenhuma outra medida cautelar se revelar adequada⁷². Isso faz com que a decisão que decreta a preventiva e não demonstra argumentativamente o não cabimento das cautelares seja nula (STJ, HC 246.582; RHC 036.443; HC 302.730).

No material empírico, a frustração da lei penal e o comprometimento da investigação ou instrução criminal são tratados sob a formulação do *periculum libertatis*. É o mesmo requisito que fundamenta a necessidade de prisão provisória, variando apenas a adequação e suficiência da medida diante do caso concreto. Nesse sentido, de acordo com Rogério Schietti Cruz, as medidas cautelares alternativas à prisão só devem ser utilizadas quando preenchidos os critérios da prisão preventiva, mas, considerando o princípio da proporcionalidade, houver a possibilidade de aplicação de uma restrição menos onerosa diante do caso concreto⁷³.

No trecho abaixo, a linha de raciocínio é nítida, e segue o caminho proposto pelo CPP. O esquema de cores utilizado é o seguinte: **verde** para elementos que indicam a **ausência de necessidade de medida cautelar**, e **vermelho** para elementos que indicam sua **necessidade**.

*“É consabido que o mister das **medidas previstas no art. 319, do CPP**, é o de evitar uma prisão prematura. **Devem** elas, pois, **ser aplicadas à vista da necessidade de assegurar**, tal como o faz a prisão preventiva, a **aplicação da lei penal, a investigação e a instrução criminal** e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Além disso, sua imposição demanda a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. **Quanto à necessariedade, sobressai dos autos que o flagranteado não cometeu o crime com grave ameaça ou violência à pessoa, tampouco apresenta risco de fuga, possuindo residência fixa**. Entretanto, **declarou ser dependente químico** e, indagado sobre o interesse em tratamento, declarou tê-lo. Deste modo, tenho fundada suspeita de que **a concessão irrestrita da liberdade do flagranteado, sem qualquer acompanhamento, será prejudicial** ao curso natural do processo e a própria garantia da ordem pública.” (grifos nossos)*

Do trecho, algumas constatações podem ser depreendidas. Como elementos que atestam a ausência de necessidade de medida cautelar no crime de **furto**, tem-se a ausência de grave ameaça ou violência à pessoa e o fato do custodiado ter residência fixa, algo que significaria baixo **risco de fuga**. Na doutrina, o risco de fuga é associado ao **elemento de tutela da aplicação da lei penal**⁷⁴. É uma

72 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 99.

73 CRUZ, Rogério Schietti. Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 170-171.

74 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. Op. Cit., 2015; LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Op. Cit., 2017; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010; entre outros, conforme será aprofundado adiante.

medida essencialmente cautelar, mas que deve ser tomada com cuidado na medida em que, diante do princípio da presunção de inocência, apenas fatos claros e determinados podem justificar o receio de evasão do réu⁷⁵.

Na decisão, o fato de o custodiado ter residência fixa aparece para inverter a lógica da afirmação, tomando-a de modo negativo: ao invés de dizer que há risco de fuga e necessidade de aplicação da lei, o juiz afirma que não há risco de fuga pelo motivo citado. O **endereço fixo**, então, pode ser delimitado como o primeiro elemento que surge na análise da necessidade. A **dependência química**, por sua vez, aparece como elemento que justificaria a aplicação de medidas cautelares. Apesar de aparecer como fundamento, a causalidade que há entre possível frustração da investigação e aplicação da lei penal não são esclarecidas.

Em caso diverso, a fundamentação do critério da “necessidade” recorre à quantidade de drogas e a elementos de incongruência na narrativa do custodiado, costurando a noção de cautelaridade com o critério da “ordem pública”, além da proteção ao curso do processo, e distanciando-se da finalidade estritamente instrumental das medidas cautelares penais:

*“Quanto à **necessariedade** [para aplicação das medidas do art. 319], a do caso em tela reporta-se à **garantia da ordem pública**. Há que se enfatizar que, o ora apresentado **foi preso em posse de 106 trouxinhas de cocaína, pesando 145 gramas, 01 rolo de plástico e R\$ 94,00**, conforme o termo de apreensão (fl. 14), ainda **informou em audiência não ter passado pelo exame de corpo de delito**, o que destoia do exame realizado (fl. 21). Deste modo, tenho fundada suspeita de que a liberdade irrestrita do flagranteado será prejudicial ao curso natural do processo e à garantia da ordem pública.” (grifos nossos)*

No caso, formulações sobre a **gravidade do delito** constroem a noção de necessidade de aplicação de medida cautelar a partir da ideia de oferecimento de uma “resposta equivalente” à lesividade do suposto crime. Isto é, a noção de proporcionalidade é trazida não como componente de adequação de uma medida necessária à proteção do processo, mas como princípio que vincula a “gravidade do crime” à “gravidade da medida”, sem que considerados os requisitos de cautelaridade do art. 282, I. É a mesma lógica que opera quando a **falta de violência ou grave ameaça**, no caso anteriormente citado, atuou em favor do custodiado - apesar de, nesse caso, o desfecho ser mais favorável ao imputado. Esses dois critérios estão ligados ao inciso II do art. 282, abaixo detalhado, que faz referência às circunstâncias do fato, à gravidade do delito e às circunstâncias pessoais do acusado como elementos que informam a **adequação** das medidas em relação a cada situação concreta. Ou seja, informam a aplicação de medidas já consideradas necessárias de maneira adequada à situação fática.

Entretanto, não é sempre que as decisões discutem os pressupostos e elementos concretos para construção da noção de necessidade. Em diversas atas analisadas, o pressuposto da necessi-

75 LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Op. Cit., 2017, p. 129.

dade para medidas cautelares é associado apenas à prisão preventiva. Isso significa que, **mesmo em casos em que é reconhecido que não há *periculum libertatis*** em seu sentido mais amplo - reunindo também os requisitos da prisão preventiva, como a ordem pública -, **ao invés de a decisão ser pela liberdade provisória, como mandaria a inobservância dos dois requisitos do inciso I do art. 282, a conclusão é pela aplicação de medidas cautelares distintas da prisão.** Ou seja, tais medidas são vistas como alternativas à prisão, e não à liberdade.

Nos casos citados abaixo, o fato de não haver necessidade de medida cautelar de prisão é resumido na **primariedade e nos bons antecedentes** do custodiado, mas não há elemento que justifique a necessidade de que a liberdade provisória seja acompanhada de outras medidas cautelares. O último trecho, ainda, coloca como elementos factuais positivos o fato de não haver violência, demonstração de riscos ao processo ou à produção de provas, bem como destaca a impossibilidade de presunção da periculosidade do agente. Apesar disso, ainda são decretadas as cautelares de proibição de ausentar-se da comarca (art. 319, IV, CPP) e de recolhimento noturno (art. 319, V, CPP).

Pode-se dizer que, nessas situações, **há incongruência entre a argumentação apresentada e a necessidade da medida apresentada.** Apesar disso, é uma ocorrência que se verifica em grande parte dos termos de audiência analisados:

*“Ademais, não há outro elemento nos autos que demonstrem que a liberdade do agente possa ser prejudicial à ordem pública ou aplicação da lei penal, dada sua **primariedade**, a **atividade laboral lícita** e a **residência fixa**. Nesta esteira, revelam-se adequadas à gravidade do fato e necessárias para a aplicação da lei penal, a **cominação cumulativa das seguintes medidas cautelares diversas da prisão** (...)” (grifos nossos)*

*“Ressaltando-se a ausência de motivos cautelares para decretação da prisão preventiva na medida em que o fato **não envolve violência real, não há demonstração de que o preso se furtará ao eventual processo, não há provas a serem afetadas e não se pode presumir a periculosidade.** (...) fica concedida a liberdade provisória (...) [com cautelares].” (grifos nossos)*

No primeiro trecho, ao se dizer que a partir das **características pessoais** do custodiado as medidas cautelares diversas da prisão revelam-se “adequadas à gravidade do fato e necessárias à aplicação da lei penal”, a autoridade judicial pula a etapa de fundamentação no tocante à necessidade de aplicação das cautelares. O último excerto, por fim, delimita o que seria o critério de impedimento da investigação ou da instrução criminal, ao dizer que **não há provas a serem afetadas.**

Assim, apesar de ser possível dizer que características como o **endereço fixo**, a **atividade laboral lícita**, a **primariedade e bons antecedentes**, a **inexistência de provas a serem afetadas**, a **reincidência e maus antecedentes**, a **gravidade do delito** e a **dependência química** apareçam como alguns dos elementos que buscam concretizar os requisitos do inciso I do art. 282, há certa inconsistência na delimitação da ideia de **necessidade** - ligada à instrumentalidade da medida em relação ao processo,

e não a uma antecipação da pena ou ao conceito amplo de “ordem pública” que aparece comumente nas decretações de prisão.

Em um dos termos analisados, a fundamentação de decisão para decretação da liberdade provisória retoma a necessidade de se pensar na instrumentalidade da medida cautelar - criticando, inclusive, a noção de “ordem pública”. A argumentação trazida é aquela que, no modelo de parametrização proposto, se adequaria de modo mais forte aos objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015 e ao quadro normativo vigente:

“É que a liberdade provisória, no atual estágio da processualística brasileira, desfruta do prestígio de ser a regra, sendo a custódia provisória, da qual a prisão em flagrante é uma das espécies, a exceção, somente admissível quando revestida de feição cautelar. Dessa concepção nitidamente instrumental e garantidora, por sinal, bem acomodada aos postulados da Presunção de Inocência, Intervenção Mínima e da Proporcionalidade, regras nucleares da Constituição da República Federativa Brasileira, deflui que não se achando presentes os pressupostos, fundamentos e condições de admissibilidade para a decretação da prisão preventiva, examinados, no caso concreto, frente ao critério da necessidade da prisão, solidificado em dados reais, não há como converter a prisão em flagrante em preventiva. Nessa trilha, tem-se que não havendo elementos nos autos que denotem a necessidade real e concreta do encarceramento cautelar, haja vista a ausência do *periculum in mora* – fundamento imprescindível da custódia provisória - não há como permanecer com o agente autuado em flagrante no cárcere, sem se deixar de impor maus-tratos ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, pedra de toque de todo Estado Constitucional e Democrático de Direito. **Na perspectiva aqui defendida, a prisão processual só se afigura necessária quando visa exclusivamente a assegurar a efetividade do processo, resguardando a conveniência da instrução criminal, no escopo de garantir a verdade substancial que se procura alcançar nos presentes autos ou mesmo quando destinada a tornar efetiva eventual aplicação da lei penal.** Fora dessas hipóteses, a prisão antes do trânsito em julgado pode até ser medida de urgência, porém desprovida de conteúdo cautelar, atingindo mesmo o nível da satisfatividade, como acontece, no meu sentir, com a prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública. Na espécie, não obstante o autuado esteja recolhido pelo suposto cometimento de conduta penalmente relevante, não se visualiza qualquer elemento nos autos que denote que a liberdade oferece risco de comprometimento da efetividade do processo, de sorte que não se fazendo sentir a presença imprescindível do *periculum in mora*, o encarceramento do autuado afigura-se desnecessário. Por tais fundamentos, com espeque no art. 310, § ún. do Código de Processo Penal, **concedo a liberdade provisória aos autuados [nomes], mediante compromisso de comparecimento a todos os atos e termos do procedimento.** No azo, aplico, com supedâneo no artigo 319 do CPP, fixo a seguinte medida cautelar: 1.) **comparecimento mensal em juízo, a fim de informar e justificar suas atividades, devendo manter seu endereço atualizado.**” (grifos nossos)

No trecho supracitado, ainda, a autoridade judicial só aplica medidas cautelares que tenham ligação com a instrução criminal, diante da falta de elementos que demandem outras medidas. A adequação da medida cautelar será analisada na Etapa 4. Volta, então, a questão: quais devem ser os elementos considerados pela autoridade judicial na delimitação da necessidade da medida?

3.1. Há elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá frustrar aplicação da lei penal? (SIM/NÃO)

Como mencionado, os riscos relacionados à frustração da aplicação da lei penal devem reunir **elementos concretos que comprovem a possibilidade de evasão do processo**. Gustavo Badaró, nesse sentido, afirma que a imposição de medidas cautelares “para assegurar a aplicação da lei penal” 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”⁷⁶. Como exemplos, cita casos em que a pessoa investigada ou acusada se prepara para deixar seus domicílios, desfaz-se de seus bens imóveis, procura obter passaporte, compra passagem aérea, demonstra desejo de empreender viagem não justificada por outro motivo ou revela a terceiro o propósito de fuga. No mesmo sentido, Fernando Tourinho Filho cita como exemplo caso em que a pessoa esteja se desfazendo de seus bens que a vinculam ao distrito da culpa, injustificadamente⁷⁷.

São, assim, hipóteses que efetivamente buscam assegurar a eficácia de um provimento condenatório provável⁷⁸. Badaró delimita, por outro lado, situações que não poderiam fundamentar a presunção de fuga: (i) morar perto da fronteira, ou dispor de fácil mobilidade no território nacional ou até mesmo para o exterior⁷⁹; (ii) não residir no “distrito da culpa”⁸⁰; (iii) a fuga do distrito da culpa, por temor de represália da família das vítimas, também não seria suficiente para autorizar a prisão preventiva⁸¹; e (iv) nem mesmo o fato de o acusado ter efetivamente fugido, visto que, de acordo com o autor, tal fuga pode ter por propósito impedir sua submissão a uma prisão que julga ilegal - e que será atacada por meios judiciais.^{82 83}

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

77 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 674.

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

79 Ibid.

80 O STF já decidiu que não justifica a prisão preventiva a “mobilidade ou trânsito pelos territórios nacional ou internacional” (HC nº 71.289/RS). No mesmo sentido: STF, HC nº 86.758-8/PR. STF, HC nº 95110/SC. Aliás, o TRF já decidiu que, nem mesmo o fato de “ser o réu estrangeiro, residente no exterior, não justifica, per se stante, a imposição da custódia cautelar” (TRF Quarta Região, HC nº 2005.04.01.006356-9).

81 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015. p. 984.

82 Ibid.

83 De acordo com o STF, “agrave a garantia da tutela jurisdicional exigir-se que, para poder questionar a validade da ordem de sua prisão, houvesse o cidadão de submeter-se previamente à efetivação dela” (HC nº 82.903-1/SP). No mesmo sentido: STF, HC nº 79.781-4/SP, HC nº 82.585-1/PA, HC nº 82.279/ES. HC nº 80.826/CE, HC nº 81.180/MG.

Além disso, ao se proceder à análise desses elementos, deve-se ter em mente que, atualmente, com a facilidade de uma sociedade informatizada e com os sistemas de vigilância existentes, o risco de fuga é bastante reduzido⁸⁴. Além disso, como mencionado, o princípio da presunção de inocência veda que seja feito um juízo especulativo sobre a possibilidade de fuga e que se presuma a não obediência da medida, devendo existir fundamentos e indícios concretos de evasão. Nos casos trazidos a título de exemplificação do que tem sido considerado como indicativo de evasão, houve menção à dependência química e à possibilidade de reiteração delitiva (costurada com o argumento da ordem pública). São hipóteses em que, diferentemente dos exemplos de justificativa abordados pela doutrina, não há indicação de fato de possibilidade de fuga.

3.1.1. Endereço fixo, ocupação lícita e documentos com foto

Possuir endereço certo, ocupação lícita e documentação com foto constitui um conjunto de elementos que contam positivamente como indicadores de que a pessoa não irá se furtar à aplicação da lei, tendo em vista que tem vínculos com a comarca e pode ser facilmente localizada e identificada. Entretanto, apesar de agirem em favor de grande parte das pessoas custodiadas, esses indicadores devem ser lidos com cautela diante de uma população mais vulnerável socialmente. Como aprofundado no Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos, a ausência dessas características não deve levar à criminalização das situações de pobreza e outras vulnerabilidades, especialmente de migrantes e pessoas em situação de rua. No caso abaixo citado, apesar de a imposição de medidas cautelares voltar-se a evitar a reiteração delitiva (e não à cautelaridade do processo), a argumentação deixa evidente a maneira pela qual a vulnerabilidade social pode vir a ser criminalizada ao servir de embasamento para a prisão. Na situação, é a falta de domicílio que motiva a decisão:

*“Em que pese o fato não justifique, por si só, a decretação da prisão preventiva do agente, a multireincidência em **crime específico de furto** indica a reiteração delitiva e o risco de que, caso seja posto em liberdade, volte a praticar novos atos. O custodiado possui diversas passagens criminais com condenações definitivas em furtos desde 2012. No ano de 2019, também foi preso em flagrante por crime de furto e se encontra em liberdade provisória desde fevereiro. Ressalto que **esta magistrada cogitou a possibilidade de fixação de outras medidas cautelares diversas da prisão, como o recolhimento domiciliar (já que o crime foi praticado às 23h00/23h30) com a fiscalização pela tornozeleira eletrônica. Inicialmente o custodiado informou endereço que poderia ser localizado aliado a telefone fixo de sua genitora. No entanto, após a explicação da monitoração eletrônica, veio a confessar que mentiu a respeito do endereço, que não mora no local e que há dois anos está em situação de rua, não havendo energia elétrica para a utilização do equipamento. Isso fez com que eu mudasse minha decisão, diante da impossibilidade de utilização das medidas cautelares diversas da prisão** (tudo pode ser verificado pela gravação audiovisual da*

84 LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Op. Cit., 2017, p. 131.

audiência). Desse modo, necessária se faz a decretação da prisão preventiva eis que as medidas cautelares diversas da prisão se mostram inadequadas e insuficientes à espécie diante do ocorrido na audiência.” (grifos nossos)

Assim, é importante considerar que a imposição de medidas cautelares não deve recair na criminalização de vulnerabilidades sociais. Nesse sentido, a Resolução CNJ nº 213/2015 determina a vedação da criminalização da pobreza (Protocolo I, tópico 2, item X):

“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 de prisão em flagrante em preventiva. Especialmente no caso de moradores de rua, a conveniência para instrução criminal ou a dificuldade de intimação para o comparecimento a atos processuais não é circunstância apta a justificar a prisão processual ou medida cautelar, devendo-se garantir, ainda, os encaminhamentos sociais de forma não obrigatória sempre que necessários, preservada a liberdade e autonomia dos sujeitos.” (grifos nossos)

No excerto abaixo, a flexibilidade da autoridade judicial em considerar a localização diária do custodiado em situação de rua para fins processuais, bem como a conjugação da decisão com o acionamento da rede de apoio, podem ser consideradas práticas adequadas aos objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015:

*“Determino que o autuado seja levado à Unidade da Coordenadoria Psicossocial Judiciária deste [unidade judiciária] para a **realização dos encaminhamentos necessários tendo em vista estar em situação de vulnerabilidade social, ser morador de rua, usuário de crack, portador de HIV e não possuir documentos pessoais. O autuado informou nesta assentada, que está em situação de rua e que pode ser localizado na “barraca” nos fundos do [órgão público], próximo ao [nome de hospital].**”* (grifos nossos)

O trecho cita, ainda, a ausência de documentos pessoais, e determina que o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada faça os encaminhamentos pertinentes para regularizar sua situação. Entretanto, em alguns locais tem sido aplicado o entendimento de que o fato de uma pessoa não possuir documentos seria um indicativo de risco ao processo - algo que é frequente em casos de pessoas em situação de rua e migrantes -, ou incorreria na hipótese do § 1º (anteriormente, parágrafo único) do art. 313 do CPP, que prevê a possibilidade de decretação da prisão preventiva “quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la”:

“Disse (...) que acredita que seu documento de identidade esteja na delegacia. (...) No caso em tela, a prova colhida dá conta da existência do crime e de indícios suficientes de autoria atribuída ao acusado. A pena prevista no tipo penal que está sendo atribuída ao autuado ultrapassa 4 (quatro) anos e o autuado não possui documento de identidade com foto nos autos. Diante disso, julgo prudente a manutenção da segregação cautelar do autuado, pelo menos por ora, a fim de manter a ordem pública e social, convertendo em preventiva a prisão em flagrante.”

“Não bastasse, a medida constritiva se justifica, diante da materialidade do crime e dos indícios veementes de autoria, sendo que o ora autuado não juntou documento com foto, havendo, assim, dúvida acerca de sua identidade. Com efeito, o parágrafo único, do artigo 313 do CPP, prevê a possibilidade da decretação da 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. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). É cediço que o registro da [Secretaria de Administração Penitenciária] não é informação indene de dúvidas, posto que não raro acontecem cadastros de presos com vários nomes, o que pode resultar em severas injustiças, vez que não raro também se evidencia que presos dão nomes de irmãos ou de terceiras pessoas, podendo ocasionar condenações de pessoas errôneas e com nomes de pessoas inocentes, criando um imbróglio que pode resultar em severas injustiças. Assim, é permitida a decretação de sua prisão preventiva, nos termos do art. 313, parágrafo único, do CPP.”

Deve, entretanto, ser priorizado o entendimento pela não criminalização da pobreza, sendo a audiência momento em que se faz possível acionar a rede de proteção social às pessoas em situação de vulnerabilidade e encaminhar casos específicos. É o que é feito no termo abaixo, por exemplo, em que o custodiado migrante é encaminhado a um albergue e orientado em relação à regularização de sua situação documental:

“Encaminhe-se o autuado para tratamento contra drogadição e orientação para retirada de documentos, bem como seja encaminhado ao Albergue de Imigrantes para que seja recambiado a sua cidade de origem.”

Ainda, no caso de migrantes presos pelo uso de documentos falsos, a decisão em audiência de custódia deve ser pautada pelo respeito aos princípios da homogeneidade e da proporcionalidade, tendo em vista que a condenação nesses casos dificilmente seria a penas cumpridas inicialmente em regime fechado, particularmente no caso de réu brasileiro.

Importante destacar que, com a promulgação da Resolução CNJ nº 306/2019, foram estabelecidos parâmetros e diretrizes para a emissão de documentação civil e para a identificação civil biométrica das pessoas privadas de liberdade. A Resolução ampara-se no fato de que possuir documentação civil básica é condição para o exercício dos direitos inerentes ao status de cidadão e ao acesso às políticas públicas, e evoca o art. 23 da Lei de Execução Penal, que dispõe ser dever do serviço de assistência social da unidade prisional providenciar a obtenção de documentos pessoais das pessoas privadas de liberdade. Para a emissão de documentos, a Resolução prevê a realização de identificação biométrica (coleta de assinatura, fotografia e coleta datiloscópica) durante a audiência de custódia, preferencialmente, ou no primeiro contato com o Poder Judiciário (art. 3º).

*Destaca-se que os dados são sigilosos e servem ao fim único de emissão da documentação civil necessária⁸⁵. Caso a pessoa não tenha optado pela entrega da documentação a familiares enquanto custodiada, os documentos deverão ser entregues no momento em que for colocada em liberdade (art. 7º). E, em casos em que a soltura ocorrer em sede do Poder Judiciário (como no caso das audiências de custódia), a entrega dos documentos caberá à Central Integrada de Alternativas Penais ou ao Escritório Social e, em sua ausência, a outro equipamento de atenção aos egressos na comarca (art. 7º, § 2º). Dessa forma, **criminalizar a falta de documentação vai em sentido contrário aos objetivos de democratização do acesso à cidadania e à documentação civil**, devendo ser fortalecida uma atuação voltada à inserção social e à proteção de direitos.*

Para além da questão da documentação, importante frisar que as ações de proteção social são decisivas para a inclusão social das pessoas custodiadas, devendo sempre ser analisado seu contexto de vida e sua situação psicossocial para uma avaliação adequada sobre os encaminhamentos, e articular seu acesso à rede de proteção social - incluindo o Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema Único da Assistência Social (SUAS), com o apoio do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, quando houver, bem como das equipes multidisciplinares vinculadas às Centrais Integradas de Alternativas Penais.

A Resolução CNJ nº 213/2015, reconhecendo a situação de precariedade social da maioria da população carcerária brasileira, prevê que a autoridade judicial, ao identificar demandas abrangidas por políticas de proteção social, deverá, em atuação conjunta com o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, fazer os encaminhamentos voluntários necessários em caso de concessão da liberdade provisória (art. 9º, §§ 2º e 3º).

No Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, de importante articulação com o presente ponto, aprofunda-se a maneira pela qual, a partir da compreensão da dinâmica entre as vulnerabilidades das pessoas custodiadas e o conflito com a lei, o processo da audiência de custódia pode contribuir para os objetivos da justiça. Isto é, (i) informando-se sobre seu contexto de vida, (ii) gerando a percepção aos atores do sistema de justiça de que podem atender às necessidades sociais da pessoa custodiada e (iii) construindo, a partir da audiência, redes e itinerários de cuidado intersetoriais, entre a assistência social e saúde, direitos humanos, educação e outras políticas, contribuindo para a cidadania das pessoas custodiadas que estão em situação de vulnerabilidade.

85 Incluindo: certidão de nascimento, casamento e óbito; cadastro de pessoas físicas (CPF), carteira de identidade (RG), carteira de trabalho e previdência social (CTPS), título de eleitor; certificados de serviço militar, cartão SUS, documento nacional de identificação (DNI), registro nacional migratório (RNM); protocolo de solicitação de refúgio (art. 6º).

3.2. Há elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá impedir/comprometer a investigação ou instrução criminal? (SIM/NÃO)

Apesar de, empiricamente, não ter sido verificada distinção explícita entre as duas perguntas (consubstanciadas nos itens 3.1 e 3.2), a doutrina coloca que o segundo ponto faz referência à tutela da prova no processo. Ou seja, nesse ponto deve ser considerado se a pessoa apresenta riscos reais de, por exemplo, **intimidar testemunhas, destruir, ocultar ou adulterar provas e apresentar outros comportamentos que coloquem em risco elementos que serão importantes para a instrução processual**. Gustavo Badaró, nesse sentido, afirma que existe necessidade de imposição de medidas cautelares por conveniência da investigação e da instrução criminal em hipóteses em que o acusado “está ameaçando ou subornando testemunhas ou peritos, ocultando ou destruindo provas, ou buscando furtar-se ao comparecimento a atos de instrução em que sua presença seja necessária, como no reconhecimento pessoal”⁸⁶.

Tourinho Filho, na mesma linha, sustenta que se a pessoa estiver intimidando testemunhas, subornando pessoas que possam levar ao conhecimento da autoridade judicial elementos úteis ao esclarecimento do fato, interferindo no trabalho de peritos, aliciando testemunhas falsas, ameaçando vítima ou testemunhas, “é evidente que a medida será necessária, uma vez que, do contrário, o Juiz não poderá colher, com segurança, os elementos de convicção de que necessitará para o desate do litígio penal”⁸⁷. Ou seja, a finalidade não é diretamente voltada a assegurar a eficácia do resultado final do processo (como no caso de evitar a fuga), mas sim conservar os meios ou instrumentos (provas) para que se possa chegar a tal resultado (sentença condenatória)⁸⁸. É o que ilustra a seguinte decisão:

*“Do mesmo modo, nada há que justifique a custódia do flagrado com relação à conveniência da instrução criminal e à garantia de aplicação da lei penal, tendo em vista a **inexistência de elementos concretos e objetivos que, nesta seara de cognição não exauriente, permita supor que, em liberdade, conturbará a colheita de provas, nada indicando, em princípio, que se furtará à aplicação da lei, caso seja colocada em liberdade.**” (grifos nossos)*

Em casos de suposto tráfico de drogas, por exemplo, na própria audiência a autoridade judicial determina a rapidez de produção do laudo definitivo, e é possível vislumbrar a cautela com que é tratado o elemento de prova:

“Quanto à incineração da droga, em atenção à novel redação conferida à Lei nº 11.343/06, em especial o § 3º, do Art. 50 da referida lei, verifico a regularidade do laudo de constatação, autorizo a

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

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

88 Ibid.

incineração da droga apreendida, devendo ser resguardada porção em quantidade suficiente para laudo definitivo e contraprova. A incineração deverá ser executada pela autoridade policial no prazo de quinze dias e na presença do Ministério Público e autoridade sanitária, devendo ser lavrado auto circunstanciado pelo delegado de polícia.”

Em casos de violência doméstica, apesar de poder ser levantado o argumento de necessidade de resguardo do testemunho e o perigo de coação ou manipulação da vítima, isso não necessariamente implicaria na necessidade de segregação cautelar. A previsão de cautelar para a proibição de manter contato com pessoa determinada (art. 319, III), por exemplo, é, em tese, suficiente nesse sentido, além das medidas protetivas de urgência. De todo modo, seria um exemplo concreto de necessidade de proteção da prova.

Assim, conforme entendimento dado pelo STF, devem ser indicadas razões concretas pelas quais a autoridade judicial acredita que a pessoa custodiada irá frustrar a aplicação da lei ou atrapalhar a instrução. Caso contrário, não há fundamentos para a decretação da prisão - ou de outra medida. E, ausentes os requisitos do art. 282 do CPP, devem ser valorados positivamente elementos como residência fixa, trabalho, primariedade e antecedentes (os dois últimos trabalhados à frente).

*“(…) 9. Destaca-se dessa decisão que a prisão preventiva do paciente encontraria justificativa (i) na gravidade do crime e (ii) na necessidade de citação do paciente caso venha a ser ajuizada a ação penal. 10. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que a invocação da gravidade do crime não autoriza a prisão preventiva. A regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em situações excepcionais, na linha de entendimento do Supremo Tribunal Federal (HCs ns. 83.516, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 23.5.08; 91.662, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 4.4.08; 88.858, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 25.4.08; 87.343, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 22.6.07; 84.071, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 24.11.06; 88.025, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 16.2.07; 85.237, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 29.4.05). 11. **A prisão cautelar também não se justifica por conveniência da instrução criminal, tendo em conta a necessidade da citação do paciente para responder à ação penal. A Juíza não indicou a razão concreta pela qual inferiu que o paciente frustraria a prática desse ato processual, assim como também não se desincumbiu de demonstrar de que forma ele poderia dificultar ou prejudicar a colheita da prova. 12. Condições pessoais como primariedade, bons antecedentes, emprego e residência fixa devem ser valoradas positivamente quando ausentes os requisitos da prisão cautelar.**” (HC HC/97.998-SP, Rel. Eros Grau, publicado em 4 de março de 2009, grifos nossos)*

Desse modo, na Etapa 3, **se a resposta for NÃO para ambas as perguntas** (consubstanciadas nos itens 3.1 e 3.2), **deve ser concedida a liberdade provisória sem qualquer medida cautelar**. Se SIM for a resposta para ao menos uma delas, passa-se à Etapa 4.

No material coletado, vale dizer, são extremamente escassos os casos em que a liberdade provisória é decretada sem a aplicação de outras medidas cautelares. Como reflexo - e mecanismo retroalimentativo -, vislumbram-se também poucos casos em que a defesa formula seu pedido sem condicionar a liberdade provisória a alguma outra medida.

Casos de liberdade provisória não condicionada englobam, por exemplo, situações de violência doméstica em que a vítima se manifesta pela não aplicação de cautelares ou protetivas:

“Considerando que o flagrante foi convertido em prisão preventiva pelo juiz de plantão, especialmente para o resguardo da integridade física da vítima, porém como a mesma se manifestou requerendo a soltura do companheiro, bem como não se faz necessária aplicação de nenhuma medida protetiva, verifica-se a inexistência dos requisitos autorizadores da segregação. Desta forma revogo a preventiva determinando a expedição do alvará de soltura devendo o atuado ser incontinenti posto em liberdade se por outro motivo não tiver que permanecer preso.”

Situações excepcionais:

“Examinando os fatos presentes, tenho que não mais subsistem razões para a manutenção da prisão preventiva do acusado, conquanto fora preso em razão de sua não localização no endereço previamente indicado e tendo ele, nesta data, declinado novo endereço. Assim, entendo pela ante a ausência dos requisitos previstos no Artigo 312 do CPP, ACATO O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO E CONCEDO LIBERDADE PROVISÓRIA A [nome].”

Casos em que a fundamentação não aprofunda a razão de decidir, mas destoam da amostra:

“Em relação ao atuado [nome]. Os elementos do APF e aqueles colhidos por este Magistrado, através do contato pessoal oportunizado pela audiência de custódia, cumpriram os requisitos legais dos art. 304 e 306 do CPP, razão pela qual HOMOLOGO o flagrante em apreço. Quanto à necessidade de manutenção da prisão, não há nos autos os requisitos para a decretação da preventiva, razão pela qual concedo a liberdade provisória do atuado sem a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.”

“[nome] não ostenta nenhuma ocorrência em sua Certidão de Antecedentes, nem mesmo qualquer ato infracional. (...) Com relação ao atuado [nome], RESTITUO SUA LIBERDADE, sem a cominação de quaisquer medidas cautelares diversas da prisão.”

Ou, ainda, há a aplicação dos compromissos da fiança, de forma autônoma, junto à liberdade provisória (arts. 327 e 328, CPP). Estes, apesar de não serem cautelares, não deixam de gerar obrigações para a pessoa custodiada:

“A pena prevista no tipo penal que está sendo atribuído ao atuado não ultrapassa 4 (quatro) anos, foram juntados aos autos certidão de antecedentes criminais, bem como identificação civil com foto e declaração de endereço, aliados às declarações da vítima de que não deseja medidas prote-

tivas e não se opõe à soltura do autuado. Diante disso, concedo a liberdade provisória mediante as condições dos arts. 327 e 328 do CPP.”

“Ocorre que o autuado está com estado de saúde bastante debilitado e a vítima disse que não deseja nenhuma medida protetiva, afirmando que a soltura dele não representa nenhum risco. Diante disso, concedo a liberdade provisória mediante as condições do Art. 327 e 328 do CPP.”

3.3. Aplicação de medidas cautelares, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais

O art. 282 do CPP prevê a possibilidade de aplicação de medidas cautelares a partir dos critérios de necessidade e, “nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais”. Diferentemente dos dois critérios anteriores (“aplicação da lei penal” e proteção da “investigação ou a instrução criminal”), propõe-se aqui uma leitura segundo a qual “evitar a prática de novas infrações” 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 da presente parametrização.

Conforme exposto por Badaró, nesse sentido, o art. 282, I do CPP prevê duas finalidades ordinárias para as medidas cautelares: a cautela instrumental (ou probatória) e a cautela final (relacionada a evitar o risco de fuga). Ao prever sua aplicabilidade, também nos casos “expressamente previstos” em lei, para “evitar a prática de infrações penais”, adiciona uma finalidade que pode ser classificada como extraordinária⁸⁹. O autor aponta para a existência, de fato, de medidas no rol do art. 319 do CPP para as quais o legislador prevê expressamente que a medida terá a finalidade de evitar a reiteração criminosa, sendo elas: (i) a “proibição de acesso ou frequência a determinados lugares” (art. 319, II), (ii) a “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira” (art. 319, VI), e, por fim, (iii) a “internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável” (art. 319, VII).

A doutrina, entretanto, questiona em que medida tais disposições seriam verdadeiramente cautelares, podendo levar, a depender de seu uso, à antecipação de uma eventual pena⁹⁰. A análise de cada uma dessas cautelares, buscando adequar seu texto à noção de cautelaridade estrita das medidas do art. 319 do CPP, será feita detalhadamente na Etapa 4 parte 2, destinada às cautelares em espécie.

89 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 1000.

90 Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 1000; LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. Op. Cit., p. 156-169.

Além disso, importa desde já destacar a recorrência de decisões que retomam, como justificativa para a prisão, a necessidade de prevenção contra novas infrações. Amparando-se no critério legal da “ordem pública”, constroem formulações segundo as quais a suposta “periculosidade” da pessoa custodiada seria um indicador da possibilidade de novas infrações. As questões envolvendo esse tipo de argumentação serão retomadas na Etapa 5, em que são analisados os sentidos conferidos à “ordem pública” e em que medida são justificativas coerentes ou não com o princípio da presunção de inocência e com a finalidade instrumental das medidas cautelares.

4 ETAPA 4 – FLAGRANTE REGULAR, TIPIFICAÇÃO DEFINIDA JUDICIALMENTE E HÁ ELEMENTOS ROBUSTOS INDICANDO A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE ALGUMA MEDIDA CAUTELAR: ADEQUAÇÃO DAS MEDIDAS CABÍVEIS

Nessa etapa são elencados os elementos concretos a considerar para que os três critérios do inciso II do art. 282 do CPP sejam satisfeitos: “gravidade do crime”, “circunstâncias do fato” e “condições pessoais” da pessoa custodiada. Assim, busca-se responder à pergunta: **qual medida cautelar deve ser aplicada a essa pessoa? Ou o que é necessário fazer, no curso do processo, em relação a essa pessoa?**

4.1. Parte 1: Decidir sobre a adequação da medida cautelar a partir de três critérios (art. 282, II, CPP)

Em seu inciso II, o art. 282 do CPP prevê que a aplicação das medidas cautelares deve observar a (i) adequação da medida à gravidade do crime, (ii) as circunstâncias do fato e (iii) as condições pessoais do indiciado ou acusado. A seguir, serão analisados cada um desses pontos e propostas reflexões sobre seus possíveis impactos e pontos de atenção durante o processo decisório.

4.1.1. “Condições pessoais da pessoa indiciada ou acusada”

Nos dois primeiros itens do presente subtítulo, avalia-se as “**condições pessoais**” que podem **devolver a avaliação à Etapa 3** (liberdade provisória). Parte-se do pressuposto, aqui, de que os perfis abaixo elencados se revestem de especial proteção pelo Código de Processo Penal e pela própria jurisprudência. Ainda, tem-se que **as medidas cautelares diversas da prisão não devem ser banalizadas, representando extensão da malha punitiva que impacta de modos diferentes os contextos de vida particulares**. Nesse sentido, o fato de essas pessoas estarem em situações de vulnerabilidade acen-

tuada diante do sistema de justiça criminal leva à desproporcionalidade da imposição de medidas cautelares. Além disso, diante da especificidade dos perfis, as chances de se pôr em risco a instrução criminal são reduzidas. O terceiro item propõe parâmetros de tratamento para casos de reincidência e antecedentes.

4.1.1.1. Perfis abarcados pelo art. 318, CPP

Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela 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, tendo ainda o **respaldo do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/2018**, que decidiu, por maioria de votos, pela substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas gestantes, mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência - sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no art. 319, do CPP - e da **Lei nº 13.769/2018**, que inseriu o art. 318-A no CPP⁹¹;*

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

Deve-se considerar que o status de proteção jurídica já garantido à substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar pode ser encarado a partir de uma lente que valoriza ainda mais os princípios da intervenção penal mínima e da proporcionalidade, priorizando nesses casos a concessão de liberdade provisória. Com efeito, exemplos concretos mostram a onerosidade excessiva do efeito das cautelares sobre esses perfis. Em uma das decisões coletadas, por exemplo, o custodiado é portador de um tumor cerebral e passa por tratamento de radioterapia, mas a decisão prevê o recolhimento domiciliar noturno e a monitoração eletrônica. A imposição das medidas desconsidera que sua doença demanda uma flexibilidade de rotina e a possível imprevisibilidade da tratamentos de urgência, bem como as complicações que pode causar a presença do dispositivo de monitoração eletrônica em sessões de tratamento radioterápico.

Mães e pais - seja de filhos menores de 12 anos, seja de filhos com deficiência -, no mesmo sentido, não necessariamente podem comportar em sua rotina o comparecimento periódico em juízo

⁹¹ Cerca de dez meses após a decisão do HC coletivo nº 143.641, foi sancionada a Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, que inseriu o art. 318-A no CPP, determinando que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar desde que: (i) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa e (ii) não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Assim, a nova legislação ultrapassou as garantias processuais penais para as mulheres que tinham sido estipuladas na decisão do STF no bojo do HC Coletivo mencionado, de modo que atualmente a decretação da prisão domiciliar tornou-se obrigatória para os casos não expressamente excetuados no CPP.

e o recolhimento noturno, devendo lidar com cotidianidades como levar os filhos à escola, cuidar de compras, alimentação, idas à farmácia e a centros médicos. E, além disso, devem achar meios de compatibilizar com as obrigações parentais suas próprias rotinas de trabalho e estudos.

4.1.1.2. Primários e pessoas que não tiveram contato com o sistema penitenciário

Sendo o custodiado ou custodiada pessoa que nunca teve contato com o sistema penitenciário, o sopesamento de condições pessoais com as demais condições de adequabilidade deve sempre privilegiar a liberdade provisória. Isso pois os efeitos da prisão transcendem a privação de liberdade e marcam negativa e violentamente as trajetórias de vida de todas as pessoas que passam pelo sistema. A falência atual do sistema prisional faz com que o cárcere seja responsável por inserir indivíduos em contextos de violência e crime organizado, sendo sua função de reinserção social descolada da realidade nacional.

Além disso, o estigma que o cárcere deixa na vida de pessoas que passam pelo sistema terá impactos profundos em relações sociais e profissionais, aprofundando marcas de marginalização e exclusão social. Como colocam os dois modelos de decisão de liberdade provisória abaixo elencados, a situação carcerária brasileira deve ser um elemento considerado no processo decisório, e, ressalta-se, principalmente quando se fala de pessoas custodiadas que não tenham tido nenhum contato com o sistema de justiça criminal:

*“Entretanto, **considerando a realidade do sistema penitenciário do Estado [UF], dominado por facções criminosas**, a indicar verdadeira ineficiência da Secretaria de Segurança Pública na promoção das políticas públicas de combate a esta criminalidade organizada no interior dos estabelecimentos prisionais, entendo por bem, ponderando-se tais circunstâncias com a gravidade concreta da conduta delituosa, a indicar a idoneidade das medidas cautelares alternativas para acautelar a ordem pública, a persecução penal e a aplicação da lei penal, **notadamente para evitar a inserção do flagranteado neste deletério sistema penitenciário.**” (grifos nossos)*

*“**Constatando que a situação carcerária do país enfrenta uma crise de medida incalculável**, devendo ser preservada as vidas das pessoas ali privadas da liberdade, percebendo que o Estado não tem demonstrado condições de assegurar a segurança mínima para os encarcerados. Considerando que **a ADPF 347 reconheceu o sistema penitenciário nacional como um estado de coisas inconstitucionais**, devendo o magistrado velar pelas decisões do STF, considerando que **não há sentença condenatória e que a constitucional presunção de inocência deve ser observada (...)** e que **não pode a prisão cautelar servir como antecipação da pena.**” (grifos nossos)*

4.1.1.3. Contato anterior com o sistema de justiça

Ainda, quando se considera o **contato anterior da pessoa custodiada com o sistema de justiça** como parte de suas condições pessoais, a interpretação sobre a reincidência e os maus antecedentes deve ser a mais restritiva possível.

A seguir, são detalhadas as diferentes possibilidades de contato anterior com o sistema de justiça que aparecem como elementos valorados no momento da audiência. A proposta é delimitar sua abrangência, suas consequências jurídicas, e qual o melhor entendimento a ser dado a cada um dos pontos dentro da leitura que melhor responde aos objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015.

A. Reincidência

A reincidência é apresentada nos arts. 63 e 64 do Código Penal, nos seguintes termos:

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

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

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

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.”

(grifos nossos)

Para a delimitação do conceito de reincidência, deve-se ter em mente que é primária: a pessoa que, apesar de cumprir cautelares em outro processo, não tem sentença condenatória (art. 63); a pessoa que respondeu a um processo em que foi absolvida (art. 63); a pessoa com pena cumprida ou extinta há 5 anos ou mais (art. 64, I). Além disso, deve-se considerar que transações penais e acordos de não persecução penal não geram reincidência.

Por fim, é importante lembrar que a **reincidência não leva à conversão automática da prisão em flagrante em preventiva**. Fatores como a especificidade, atualidade e relevância da reincidência são exemplos de elementos a serem ponderados. A análise da primariedade faz-se especialmente importante para caracterizar os crimes de furto privilegiado e tráfico privilegiado, mas a ausência de primariedade não justifica por si só a necessidade de prisão preventiva.

Nesse sentido, vale mencionar que a Lei nº 13.964/2019 acresceu ao art. 310 do CPP o § 2º, que dispõe que “Se o juiz verificar que o agente é **reincidente** ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares” (grifos nossos). O dispositivo, portanto, prevê a decretação de pri-

são preventiva obrigatória, violando inegavelmente a presunção de inocência e indo de encontro a entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal⁹².

Diante dessa questão, vale destacar como prática a ser adotada o termo abaixo, que realiza declaração incidental de inconstitucionalidade do dispositivo no âmbito da audiência de custódia:

*“Muito embora o § 2º do art. 310 do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/2019, estabeleça ser incabível a concessão de liberdade provisória a agentes reincidentes ou que integrem organização criminosa armada ou milícia ou que portem arma de fogo de uso restrito, tenho que esse **dispositivo padece do vício de inconstitucionalidade material**. Explico. O referido artigo prevê: “§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.” A norma, como se pode observar, **estabelece um tipo de prisão preventiva obrigatória e vai de encontro ao princípio constitucional da presunção de inocência** insculpido no art. 5º, inciso LVII, da CF, sendo patentemente inconstitucional. **A Suprema Corte, por diversas vezes já se manifestou nesses termos**, tendo declarado a inconstitucionalidade de dispositivos legais que vedavam a concessão de liberdade provisória a certos delitos, por entender haver violação ao princípio da presunção de inocência, segundo o qual a prisão cautelar possui caráter excepcional e não pode ser substitutiva de pena. Ademais, a norma instituída pela Lei n. 13.964/2019 **inverte a regra constitucional que exige fundamentação para todo e qualquer tipo de prisão** (art. 5º, inciso LXI, da CF), na medida em que estabelece uma presunção de necessidade de prisão, **afastando a intermediação valorativa de seu aplicador**. Por fim, é de se destacar ainda que a referida regra **viola o princípio da proporcionalidade na vertente da proibição do excesso**. Com efeito, de acordo com a legislação atual, um indivíduo autuado por homicídio doloso simples, por exemplo, poderá responder ao processo em liberdade, caso não estejam presentes os requisitos do art. 312 do CPP, ao passo que um indivíduo reincidente que pratique uma infração sem violência ou grave ameaça, a exemplo de um furto ou embriaguez ao volante, ou que porte uma arma de fogo de uso restrito, deverá ficar obrigatoriamente preso, ainda que, ao final do processo, não venha a resgatar a reprimenda no regime fechado. Desse modo, declaro a inconstitucionalidade do § 2º do art. 310 do CPP, incluído pela Lei n. 13.964/2019.” (grifos nossos)*

B. Antecedentes

A análise de antecedentes é prevista no art. 59 do Código Penal, que elenca as circunstâncias a considerar no momento de fixação da pena base. Nas audiências de custódia, os antecedentes são

92 STF – RE nº 1.038.925 RG/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes – Recurso extraordinário. 2. Constitucional. Processo Penal. Tráfico de drogas. Vedação legal de liberdade provisória. Interpretação dos incisos XLIII e LXVI do art. 5º da CF. 3. Reafirmação de jurisprudência. 4. Proposta de fixação da seguinte tese: É inconstitucional a expressão e liberdade provisória, constante do caput do artigo 44 da Lei 11.343/2006. 5. Negado provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.

STF – ARE nº 1.052.700 RG/MG, Rel. Min. Edson Fachin – RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal. 2. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido.

utilizados para avaliação da necessidade ou não de aplicação de medida cautelar, seja ela segregatória ou não. A determinação de que tipo de situação poderia configurar maus antecedentes criminais é bastante debatida, seja na doutrina seja na jurisprudência, e fixar sua abrangência é fundamental para o desfecho das audiências de custódia.

Para Rogério Greco, os antecedentes “dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência”⁹³. O autor entende que, de acordo com o princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, **somente condenações anteriores transitadas em julgado que não caracterizem reincidência é que podem ser consideradas em desfavor do custodiado**. No mesmo sentido entende Bittencourt⁹⁴, sustentando que inquéritos policiais e processos criminais sem trânsito em julgado não poderiam ser considerados para fins de maus antecedentes, sob risco de ofensa ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, pode ser ainda citada a Súmula nº 444, do STJ, que dispõe ser “vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Quando verificados, **os maus antecedentes não constituem impeditivo para a decretação da liberdade provisória ou aplicação de medidas cautelares diversas da prisão**. Devem ser ponderados com outros elementos pessoais - como o endereço certo, a ocupação lícita, ou com o fato de a pessoa custodiada corresponder a um dos perfis listados no Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos. Nos trechos abaixo fica ilustrada a aplicação prática desse entendimento, apesar de o segundo excerto trazer como elementos negativamente valoráveis as passagens anteriores pela custódia e considerar ações em aberto como antecedentes:

*“Os depoimentos e documentos colhidos no auto de prisão em flagrante revelam que as condições pessoais dos autuados conduzem a uma medida judicial alternativa à prisão, vez que o autuado, **muito embora registre antecedentes, ainda é tecnicamente primário, possuindo endereço certo**, apresentando-se a concessão de liberdade provisória, assim, como a medida mais adequada à hipótese. Impõe-se, todavia, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão (...)” (grifos nossos)*

*“Em pesquisas realizadas nos sistemas judiciais **foram encontrados registros criminais do indiciado, sendo que o mesmo possui 05 (cinco) ações penais, nomes falsos e passou por esta custódia em 27/12/2015, 13/03/2017 e 31/01/2016**. Pois bem, considerando todos esses elementos verifico que estão ausentes no caso concreto os requisitos que autorizariam a decretação da prisão preventiva do autuado, elencados no art. 312, do CPP. Assim, os elementos do APFD e aqueles colhidos por este Magistrado através do contato pessoal oportunizado pela audiência de custódia, indicam que a sua liberdade não oferece risco à ordem econômica, à ordem pública, à instrução*

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

94 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p.769.

criminal ou à aplicação da lei penal, considerando que possui residência fixa e ocupação lícita. Verifico, assim, a conveniência de substituir a prisão preventiva do autuado pelas seguintes medidas cautelares (...) (grifos nossos)

C. Atos infracionais e medidas socioeducativas

Atos infracionais não podem ser considerados para fins de reincidência e antecedentes criminais, pois as medidas socioeducativas não têm natureza de pena. As medidas socioeducativas, segundo Zapater⁹⁵, são a consequência jurídica da atribuição de determinado ato infracional a um adolescente. Não têm natureza de pena pois, na caracterização do ato infracional, está ausente a imputabilidade do adolescente - ou seja, ausente o elemento de culpa, que é essencial à noção de “crime” que caracteriza a conduta de adultos.

Desse modo, embora as medidas socioeducativas possam ser lidas como sanção, uma vez que respondem à violação de uma norma, seu fundamento não está na “reprovabilidade social da conduta ínsita à culpabilidade do adulto, mas **deve reverberar o sistema de proteção integral adotado pelo ECA**”⁹⁶. Assim, não sendo condenação criminal, e tendo natureza pedagógica - e não exclusivamente punitiva -, as condutas infracionais não implicam consequências para a vida adulta da pessoa, de modo que não geram reincidência e não podem ser consideradas para fins de antecedentes criminais.

Entretanto, o STJ tem considerado que a prática de atos infracionais e o cumprimento de medidas socioeducativas pode fundamentar a prisão preventiva na vida adulta, apesar de o embasamento legal ser frágil para sustentar tal entendimento⁹⁷. Segundo o entendimento mais recente do Tribunal, proferido no RHC 63.855-MG⁹⁸, a prática de atos infracionais anteriores poderia justificar a decretação ou manutenção da prisão preventiva como garantia da ordem pública, pois seria um indicativo de “periculosidade” do agente e indicaria “risco de reiteração”. Na decisão, Min. Rogério Schietti Cruz ressaltou, entretanto, que não seria qualquer ato infracional, em qualquer circunstância, apto a caracterizar a “periculosidade” e justificar a prisão antes da sentença. Como critérios, estabeleceu (i) a análise da gravidade concreta do ato infracional, (ii) o tempo decorrido entre o ato infracional e o crime; bem como (iii) a comprovação efetiva da ocorrência do ato infracional.

Nas decisões analisadas, tal perspectiva aparece de maneira recorrente, e a decretação da prisão preventiva não raro vem associada à ideia de que, diante de um histórico que aponta para a ocorrência de atos infracionais, há constatada “periculosidade” e “risco de reiteração delitiva”. Essa lógica, além de levantar os problemas sobre a argumentação baseada na “periculosidade” de indiví-

95 ZAPATER, Maira Cardoso. *Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

96 *Ibid*, p. 196.

97 *Ibid*, p. 196.

98 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). *Recurso Ordinário em Habeas Corpus 63.855/MG*. Relator Min. Nefi Cordeiro. Julgado em 11/05/2016. DJe 10/06/2016. Publicado em 13/06/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489870&num_registro=201502348639&data=20160613&formato=PDF

duos (aprofundada na Etapa 5), vai contra a doutrina de proteção integral da criança e do adolescente adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pelo art. 227 da Constituição Federal⁹⁹ - que negam o entendimento de que condutas infracionais gerariam consequências para a vida adulta.

Há de se mencionar, ainda, a situação específica de adolescentes acusados por ato infracional análogo a tráfico de drogas. De acordo com dados divulgados pela Fundação CASA em julho de 2020, do total de 4.788 adolescentes cumprindo medidas socioeducativas em meio fechado (atendimento inicial, internação ou semiliberdade), 45,6% respondem por tráfico de drogas¹⁰⁰. Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça sumulou que: “O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente” (Súmula 492, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 13/08/2012).

Se, por um lado, o ECA considera a atividade como ato infracional, a Convenção nº 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) classifica a produção e a venda de drogas ilícitas como uma das Piores Formas de Trabalho Infantil¹⁰¹. Cria-se, assim, uma ambiguidade no tratamento conferido a esses adolescentes, que têm o Estado presente a partir da criminalização e punição, mas omisso quanto à proteção e dever de inserção social diante da exposição a situações degradantes de trabalho.

Na pesquisa “Tráfico de drogas entre as piores formas de trabalho infantil: mercados, famílias e rede de proteção social”¹⁰², realizada pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), em parceria com o Fundo Municipal da Criança e do Adolescente (FUMCAD) e com a Secretaria de Direitos Humanos e Cidadania, constatou-se que expressiva parte dos adolescentes que participaram do estudo possuíam familiares que já haviam tido contato com o sistema de justiça criminal. Ou seja, há um processo de criminalização estendido e voltado a grupos sociais específicos e marcados por sua classe, raça e território. De acordo com dados recentes da Fundação CASA, nesse sentido, 70% dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa em meio fechado são negros (pretos e pardos)¹⁰³.

99 “Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

100 BRASIL. Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania. Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (CASA). Boletim Estatístico Completo. São Paulo, 2020. Disponível em: <http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/View.aspx?title=boletim-estat%C3%ADstico&d=79>. Acesso em 06 jul. 2020.

101 A Lista TIP (Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil) define, a partir de uma classificação adotada por diversos países, as atividades que mais oferecem riscos à saúde, ao desenvolvimento e à moral das crianças e dos adolescentes.

102 GALDEANO, Ana Paula; ALMEIDA, Ronaldo (Coord). Tráfico de drogas entre as piores formas de trabalho infantil: mercados, famílias e rede de proteção social. São Paulo: CEBRAP, 2018. Disponível em: https://cebrap.org.br/wp-content/uploads/2018/11/Tr%C3%A1fico-de-Drogas-Trabalho-Infantil_ebook.pdf. Acesso em 06 jul. 2020.

103 BRASIL. Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania. Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (CASA). Boletim Estatístico Completo. São Paulo, 2020. Disponível em: <http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/View.aspx?title=boletim-estat%C3%ADstico&d=79>. Acesso em 06 jul. 2020.

Argumentar, assim, pela “periculosidade” de indivíduos socialmente vulneráveis, é atuação contrária aos princípios constitucionais de proteção integral da infância, e ignora que assegurar seu melhor interesse é responsabilidade solidária entre famílias, Estado e sociedade (art. 227, CF).

D. Passagem anterior por audiência de custódia, sem descumprimento de medida cautelar

Como sustentado no tópico sobre a delimitação dos maus antecedentes, deve sempre prevalecer a presunção de inocência para fins ligados a atos processuais penais. Ou seja, da mesma maneira que inquéritos abertos não devem ser valorados para fins de antecedência prezando pelo princípio do in dubio pro reo, outras passagens por audiências de custódia também não devem ser consideradas para avaliar a existência de maus antecedentes. Nos trechos abaixo, apesar de ser levantado o fato de que houve passagens anteriores pela custódia, eles não são postos como elementos indicativos da necessidade de prisão provisória:

*“Em pesquisas realizadas nos sistemas judiciais não foram encontrados registros criminais das atuadas A. e E.. Nos registros da atuada A. foram encontradas **02 passagens pela audiência de custódia pelo mesmo crime capitulado no presente APF.** Pois bem, considerando todos esses elementos verifico que estão ausentes no caso concreto os requisitos que autorizariam a decretação da prisão preventiva das atuadas, elencados no art. 312, do CPP. Assim, **os elementos do APFD e aqueles colhidos por esta Magistrada através do contato pessoal oportunizado pela audiência de custódia, indicam que suas liberdades não oferecem risco à ordem econômica, à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, considerando que possuem residência fixa e ocupação lícita.** Verifico, assim, a conveniência de substituir a prisão preventiva das atuadas pelas seguintes medidas cautelares (...)” (grifos nossos)*

No mesmo sentido, é possível citar o seguinte trecho de uma das decisões coletadas. Apesar de não tomar a passagem pela custódia como elemento para decretação da prisão, a autoridade judicial se utiliza da monitoração eletrônica - que, no entanto, não deve ter seu potencial punitivo banalizado, como será abordado em tópico específico:

“Embora o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, verifico que o atuado esteve nesse [nome da unidade judiciária] há menos de um mês após ter sido preso em flagrante pela prática de delito da mesma espécie e foi colocado em liberdade. Hoje, retorna por nova infração patrimonial, repito, sem violência ou grave ameaça à pessoa. Isso porque o monitoramento impedirá que ele torne a delinquir, mostrando-se, desse modo, adequado e suficiente ao caso.”

Nesses casos, **a passagem anterior pela custódia não pode ser tomada como indicativo de maus antecedentes**, e nem deve ser o único elemento a sustentar o decreto de prisão preventiva ou a imposição de medidas cautelares mais gravosas. Conforme aprofundado no tópico abaixo, devem ser pensadas medidas adequadas à realidade da pessoa custodiada e articulada à rede de proteção

social, tendo em vista se tratarem, na maioria das vezes, de pessoas em situação de vulnerabilidade. Para maior aprofundamento sobre a questão, importante a consulta ao Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada.

E. Flagrante acompanhado de descumprimento de medida cautelar

O descumprimento de medidas cautelares, aplicadas em audiência de custódia ou como condição do cumprimento de pena em regime aberto, faz com que incida o art. 282, § 4º do CPP:

*“Art. 282. § 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em **último caso**, decretar a prisão preventiva do CPP.” (grifos nossos)*

A leitura do artigo deixa claro que o descumprimento de cautelares - salvo em casos de violência doméstica¹⁰⁴ - não enseja a decretação da prisão preventiva, mas sim pede por uma **reanálise da situação** voltada à aplicação das medidas adequadas ao caso.

O descumprimento de cautelares deve ser observado não como “ousadia e menosprezo pela ordem estabelecida”, como aparece em algumas decisões em que a pessoa passou por reiterados flagrantes ou tem ações em curso, mas sim sob uma perspectiva de co-responsabilidade pelo processo. Se, por um lado, o custodiado ou custodiada deve buscar cumprir as medidas impostas dentro de sua realidade, a autoridade judicial também deve aplicar cautelares que sejam compatíveis com os objetivos do processo e sejam apropriadas para o contexto de vida da pessoa.

Em outras palavras, a magistratura e a pessoa custodiada estão igualmente interessadas na proteção do processo e na garantia da excepcionalidade da prisão, sendo um ônus que não deve recair apenas sobre a pessoa flagranteada. Ou seja, juízes e juízas devem observar todas as questões sobre as particularidades de rotina, saúde, emprego, estudos, tratamentos médicos, filhos e dependentes (melhor trabalhadas no tópico abaixo), para que a determinação judicial não represente impossibilidade prática de cumprimento das medidas. A questão pode ser enxergada a partir da noção de “custos sociais da punição”¹⁰⁵, que trabalha o conjunto de efeitos colaterais das decisões judiciais invisibilizados pela sentença, e que impactam de maneira particular diferentes indivíduos ou grupos sociais.

104 Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha):

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

105 LANDREVILLE, Pierre; BLANKEVOORT, Victor; PIRES, Alvaro. Les coûts sociaux du système pénal. Rapport de recherche. Montréal: École de criminologie, Université de Montréal, 1981.

Essa chave de leitura sobre a punição é mobilizada por Fullin¹⁰⁶, que, ao observar as condições de cumprimento de penas de prestação de serviço comunitário - podendo estas ser consideradas em analogia às cautelares, na medida em que meios de expressão do sistema punitivo fora do cárcere -, conclui que os efeitos que produzem na vida de mulheres não se restringem ao seu aspecto manifesto e central, ou seja, às horas que passam nas instituições de realização do trabalho. A autora destaca que existem diversos efeitos periféricos e latentes dessas penas que fazem com que incidam de maneira mais severa e custosa para mulheres, variando de acordo com as condições sociais que possuem para amenizá-los:

“Quanto mais socialmente vulnerável for o indivíduo (em razão, entre outros, dos recursos financeiros e culturais de que dispõe) no momento de sua entrada no sistema penal, menores serão as suas chances de amenizar os custos da pena. Para os mais vulneráveis, a experiência penal pode tanto manter essa vulnerabilidade quanto agravá-la. Para os menos vulneráveis, a experiência penal pode significar nada mais do que um evento, certamente inesquecível, mas sem impacto negativo importante em suas trajetórias sociais.”¹⁰⁷

O trabalho destaca o modo pelo qual os custos sociais da punição vividos por mulheres são indissociáveis da organização de rotinas de trabalho doméstico e, de modo geral, da divisão sexual do trabalho, nas quais são postas tarefas e responsabilidades diferenciadas para homens e mulheres em relação aos cuidados da casa e dos dependentes. As mulheres passam a acumular uma tripla jornada de trabalho - profissional, doméstica e punitiva -, fazendo com que a experiência da punição tenha efeitos colaterais particulares e custosos dentro do grupo social¹⁰⁸.

Apesar de ser uma reflexão situada à prestação de serviços comunitários por mulheres, permite que seja aprofundada a discussão sobre os custos sociais da punição e como, a depender do grupo social e das condições de vida de cada pessoa, medidas cautelares incidem de maneiras diferentes, mais ou menos severas. Por isso, o Manual de Gestão para as Alternativas Penais, atualizado e republicado em 2020 por meio de parceria entre o Conselho Nacional de Justiça, o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), prevê como fator fundamental à aplicação das medidas cautelares penais, de maneira complementar à Resolução CNJ nº 213/2015:

“d) garantir maior flexibilidade e considerar dificuldades objetivas nas condições de cumprimento das medidas cautelares, especialmente para grupos socialmente vulneráveis como usuários de drogas, idosos, pessoas responsáveis por dependentes, pessoas em situação de rua, pessoas com transtornos mentais, além de se ater às peculiaridades de grupos que historicamente sofrem

106 FULLIN, Carmen. Prisioneiras do tempo: a pena de trabalho comunitário e seus custos sociais para as mulheres. In: RBCCRIM, vol. 146. Dossiê especial: “Gênero e sistema punitivo”, 2018, pp. 173-201. p. 11.

107 Ibid., p. 11-12.

108 Ibid., p. 13-14.

discriminações e preconceitos, tais como os negros, a população LGBTTI, os índios, dentre outros.”¹⁰⁹

Além do Manual de Gestão supracitado, importante destacar a dignidade, a autonomia e a liberdade das partes como finalidades norteadoras da Política Nacional de Alternativas Penais¹¹⁰, bem como as disposições das Resoluções CNJ nº 288/2019 e 213/2015. A Resolução CNJ nº 288/2019 determina que a aplicação de alternativas penais deve ser orientada para a restauração das relações e a promoção da cultura da paz, a partir da responsabilização com dignidade, autonomia e liberdade das partes.

No mesmo sentido, a Resolução CNJ nº 213/2015, em seu art. 9º, determina que a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão deve compreender a avaliação da real adequação e necessidade das medidas, com estipulação de prazos para seu cumprimento e para a reavaliação de sua manutenção, observando-se as orientações detalhadas no Protocolo I da mesma Resolução.

Assim, o descumprimento das medidas cautelares impostas significa a necessidade de reavaliação das condições da liberdade provisória, para que, sob perspectiva da co-responsabilidade, e quando possível com auxílio do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, sejam pensados caminhos compatíveis com a realidade da pessoa custodiada e na pretensão de proteção do processo do Estado. A partir do caso abaixo, alguns desses elementos podem surgir como reflexão:

“A ordem pública precisa ser preservada, em face da REITERAÇÃO DELITIVA, eis que é reincidente, estando cumprindo pena nos autos [número] em regime aberto domiciliar, descumprindo as condições de seu regime, em especial “RECOLHIMENTO DOMICILIAR entre 19h e 7h em dias úteis”, eis que fora preso pela guarnição policial fora de horário e na posse de significativa quantidade de drogas: 5,8g de substâncias entorpecentes, tipo cocaína (laudo, fl. 21), acondicionados em 38 porções, além de uma quantia em dinheiro, denotando assim, ao menos nessa sede de preliminar investigação, a prática de comércio de drogas e evidenciando a gravidade em concreto da atividade delitiva.”

No caso, a medida cautelar de recolhimento noturno é bastante restritiva e seria importante que se analisasse o porquê de o autuado não poder cumprir a medida antes de decretar a prisão automaticamente.

Além disso, a quantidade de drogas não é alta, o que poderia indicar uso e a possibilidade de acionar a rede de proteção social, caso fosse da vontade do custodiado, para encaminhamentos de

109 LEITE, Fabiana de Lima. Manual de gestão para as alternativas penais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça / Ministério da Justiça e Cidadania / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-Penais_ARTE_web.pdf

110 BRASIL. Portaria Ministerial nº 495, de 28 de abril de 2016. Institui a Política Nacional de Alternativas Penais. Ministério da Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22785957/do1-2016-05-02-portaria-n-495-de-28-de-abril-de-2016-22785887

assistência social e saúde. Mesmo que não fosse essa a situação colocada, seria importante complexificar o olhar dado ao descumprimento da medida e pensar caminhos alternativos à prisão com base em cada caso particular.

Ainda, formulações, como as seguintes, que de modo padronizado preveem a prisão como medida automática em caso de descumprimento das medidas cautelares, vão expressamente contra os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015: “Fica o(a)(s) flagrado(a)(s) advertidos(a)(s) que o descumprimento das condições implicará na decretação da prisão preventiva.”; “Advirta-se à flagranteada que o descumprimento das medidas acima impostas acarretará na revogação do benefício e decreto de sua prisão preventiva”.

4.1.2. Diferentes contextos de vida

Em seguida, a autoridade judicial deve considerar as especificidades dos diferentes contextos de vida das pessoas custodiadas, levando em conta, para determinar a adequabilidade da medida a ser aplicada: 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 outros elementos indicadores de vulnerabilidade social. Destaca-se, neste ponto, a necessidade de conjugar a leitura das considerações aqui feitas ao Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada. No mencionado Manual, é enfatizado o modo como o conhecimento sobre o contexto de vida da pessoa custodiada, incluindo sua inserção familiar, educacional, profissional, além de possíveis agravos à sua saúde mental e física, a partir de uma perspectiva da proteção social, é central para o processo decisório das audiências de custódia.

No caso de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, principalmente, afirma-se que as informações sobre o contexto de vida e situação psicossocial são decisivas para avaliar sua adequação à realidade da pessoa custodiada. O atendimento social prévio à audiência de custódia, dessa maneira, é etapa importante na construção dessa análise, e pode também contribuir no processo de identificação das necessidades da pessoa custodiada que demandem o início ou continuidade de cuidados de proteção social após a audiência. Assim, é importante que haja uma atuação dialógica entre o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada e a autoridade judicial da audiência de custódia.

Como será adiante detalhado, medidas cautelares alternativas à prisão são recorrentemente aplicadas de maneira cumulativa e automática, sem que haja real juízo de adequabilidade e proporcionalidade da medida às condições pessoais da pessoa custodiada. Por isso, pensar na **situação pessoal** é ponderar também como a vida daquela pessoa será impactada e quais são as particularidades de seu contexto pessoal que são determinantes na delimitação da medida adequada. Tendo isso em vista, no momento da audiência devem ser consideradas **perguntas específicas** a serem feitas pela juíza ou juiz responsável e o modo como se colocam **perfis específicos diante de determinadas**

cautelares - também levando em consideração, quando houver, as informações colhidas durante atendimento social prévio à audiência de custódia.

Inicialmente, assim, deve ser considerado em juízo quais cautelares a pessoa presa apresenta reais condições de cumprir, de modo a evitar que futuro descumprimento possa levar à decretação da prisão preventiva. Algumas questões podem ser pensadas nesse sentido:

- a. Há alguém que possa cuidar dos filhos e filhas para que seja feito o comparecimento em juízo?
- b. Qual o horário de estudo dos filhos e filhas? Alguém pode se responsabilizar por cuidar das tarefas relativas às crianças quando necessário? (Existência de rede de apoio)
- c. Há necessidade de cuidados médicos regulares da pessoa ou de seus dependentes?
- d. Qual o horário de trabalho e estudos? Ele é compatível com o comparecimento em juízo e o recolhimento noturno?
- e. Onde se localizam as instituições de ensino e trabalho? (Pensando nos casos de monitoração eletrônica)
- f. Frequenta atividades religiosas, cívicas, culturais, sociofamiliares e de atendimento psicossocial?
- g. A residência da pessoa custodiada é próxima ao local dos fatos? (Pensando em possível proibição de acesso ou frequência a determinado lugar)
- h. O comparecimento em juízo é viável financeiramente? (Pensando em pessoas em situação de extrema vulnerabilidade)
- i. O local de moradia tem acesso à energia e sinal de conexão estável de redes de telefonia celular? (Pensando nos casos de monitoração eletrônica)

São perguntas que podem contribuir para que cautelares como o recolhimento noturno não lesem pessoas que trabalham e/ou estudam à noite, que mães e pais sem uma rede de apoio para cuidar dos filhos não sejam prejudicados por isso, que pessoas que moram perto de pontos de venda de drogas, por exemplo, não sejam presas por terem cautelar de proibição de frequência de lugar aplicada.

Em uma das decisões analisadas, exemplo de congruência com os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015, a cautelar de recolhimento noturno tem exceção para que o custodiado vá ao trabalho, na Ceasa, a partir das 4 horas da manhã. Outro caso, também ilustrando boas práticas, prevê junto à imposição de prisão domiciliar (garantida pela situação de maternidade da custodiada), a possibilidade de que saia para deixar os filhos na escola, comprar mantimentos, bem como levá-los ao hospital, postos de saúde ou ir à farmácia.

Em decisão diversa, a autoridade judicial determina que o recolhimento domiciliar “deverá ser em período integral, salvo se comprovar exercício de trabalho, estudo ou orientação religiosa perante o Juízo Competente (...)”. É interessante, neste caso, a valorização das práticas religiosas como parte das atividades que devem ser respeitadas, se fazem parte da vida da pessoa custodiada. O mesmo elemento aparece em termo de audiência do mesmo estado, que prevê, além disso, que o autuado poderá sair de seu domicílio, nos 30 primeiros dias, das 09:00 às 18:00 horas, para procurar emprego. São todas práticas que partem do contexto específico do indivíduo para a aplicação da lei penal.

Quando se menciona a fiança, especial cuidado deve ser tomado, diante da possibilidade de impacto desproporcional no patrimônio da pessoa custodiada ou do valor levar à prisão, diante da impossibilidade de seu pagamento. Poucas decisões trazem em sua fundamentação a renda mensal do custodiado ou custodiada, podendo ser citado termo que explicita que o autuado auferia em torno de R\$ 1.000,00 por mês como borracheiro. Entretanto, o juiz estabelece fiança de R\$ 500,00 reais, representando 50% de sua renda. Desproporcionalmente, o valor de R\$ 1.000,00 como fiança é fixado em decisão do mesmo estado, em que o custodiado tem renda mensal de R\$ 7.500 - configurando 13,3% do total da renda.

Em um dos estados, vale ressaltar, foram identificados casos em que a fiança foi arbitrada, sem justificativa, em valores como R\$ 5.000,00 (em 5 casos, e em um deles tendo sido majorada para tal valor após ter sido fixada em R\$ 700,00 pela autoridade policial) ou R\$ 2.000,00, fortalecendo o argumento de que os critérios de aplicação da fiança devem levar em consideração tanto o perfil econômico da pessoa custodiada quanto seus gastos com transporte, moradia, família e remédios, por exemplo, de modo que, na prática, a fiança não represente a prisão.

Esses elementos serão cruciais para que se pense a Etapa 4 parte 2, voltada à delimitação da medida mais adequada ao caso concreto. E, para além do processo decisório que abarca a aplicação de medidas cautelares penais, o atendimento social prévio e a busca pela compreensão do contexto de vida da pessoa custodiada durante a audiência permitem que sejam feitos encaminhamentos qualificados, de natureza voluntária, para a rede de serviços responsáveis pelas políticas de proteção social.

Nesse aspecto, importante novamente retomar o Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, que indica ser possível, por meio da escuta oferecida pelo Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, identificar necessidades das pessoas atendidas, tornando mais efetivos os encaminhamentos posteriores, além de criar e ampliar o acesso oportuno a direitos sociais, por meio de políticas e serviços disponíveis.

4.1.3. “Gravidade do crime” e “Circunstâncias do fato”

A situação pessoal do custodiado ou custodiada deve ser ponderada com a gravidade do crime e as circunstâncias concretas do fato. É importante, nesse momento, que a autoridade judicial não mobilize elementos que se refiram à gravidade abstrata do delito ou a discursos que extrapolem a argumentação jurídica para reiterar a lesividade de determinado tipo penal, devendo sempre ser analisado o nível de gravidade concreta do crime e a relação que guarda com a necessidade de proteção do processo e função cautelar das medidas. Esses requisitos, assim, estão ligados à adequação das medidas cautelares, e não ao juízo de necessidade.

A noção de cautelaridade estrita das medidas, indo de encontro com a interpretação aqui proposta sobre o art. 282 do CPP, tem fundamentação consagrada por decisões e tratados de direito internacional que merecem destaque. O Pacto de São José da Costa Rica¹¹¹, em seu art. 7.5, dispõe que “[t]oda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade (...)”. Em seguida, destaca que “[s]ua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”, restringindo a imposição de medidas restritivas a finalidades acautelatórias.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos¹¹², em seu art. 9, 3, prevê que “[q]ualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”. Frisa, em seguida, que a prisão preventiva não deverá constituir a regra geral, “mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”. Ou seja, da mesma maneira, delimita que as medidas cautelares tenham função estritamente instrumental.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda, em duas ocasiões já reafirmou a cautelaridade da prisão preventiva - aplicada, no direito brasileiro, de acordo com os mesmos critérios das medidas cautelares alternativas à prisão. No julgamento do Caso Suárez Rosero Vs. Equador¹¹³, a Corte consolidou e sistematizou os princípios limitadores da prisão provisória, afirmando que a prisão processual é cabível apenas em 2 casos: para assegurar a eficácia das investigações e para garantir o

111 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. São José da Costa Rica: 1969.

112 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Nova Iorque: 1966.

113 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia (Fondo). 1997. p. 30. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

normal desenvolvimento da ação da justiça¹¹⁴. São, justamente, as hipóteses de necessidade reproduzidas pelo Código de Processo Penal brasileiro. No Caso Palamara Iribarne Vs. Chile¹¹⁵, argumentou, no mesmo sentido, que a “prisão preventiva deverá estar fundamentada em necessidades estritamente processuais, ou seja, para evitar que o acusado, em liberdade, cause dano à atividade processual”.

Evidencia-se, assim, a importância de que as medidas cautelares sejam sempre pensadas a partir de sua finalidade instrumental, e não como medida possivelmente antecipatória da pena e voltada à defesa social. Por isso, os critérios de “gravidade do crime” e “circunstâncias do fato” não devem ser mobilizados - como tem ocorrido - para sustentar a intervenção penal a partir de um juízo de reprovabilidade sobre a conduta e de seus supostos danos à sociedade, mas sim a partir de seus potenciais riscos para o processo. Ou seja, são critérios relacionados à adequação das medidas, mobilizados após verificada a necessidade de sua imposição. Se utilizados de maneira diversa, podem antecipar a função de uma possível pena, extrapolando os objetivos da audiência de custódia e violando o princípio da presunção de inocência.

4.1.3.1. Impossibilidade de argumentação com base em formulações sobre a gravidade abstrata do delito

A “gravidade do delito” é articulada de duas maneiras na argumentação do material analisado: a primeira, chamada de “gravidade abstrata” pela jurisprudência de tribunais superiores, é mobilizada por magistrados e magistradas que valoram o delito a partir de sua lesão em abstrato aos bens jurídicos protegidos, e nisso baseiam o decreto de prisão preventiva ou a imposição de outras medidas cautelares. Em entendimento consolidado pelo STJ, entretanto, tem-se que a fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva **não pode fazer referência a circunstâncias já elementares do tipo - incluindo as hipóteses de majoração da pena - e a elementos alheios ao caso concreto:**

*“PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ROUBO MAJORADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE CONSTATADA. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. **Não apresenta fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, a decisão que apenas faz referência a circunstâncias já elementares do delito: crime à tarde, em bairro residencial e mediante emprego de arma de fogo.** 2. A prisão preventiva não admite riscos genéricos ou abstratos, já contidos nas elementares do crime, exigindo-se sejam constatados fatos geradores de anormais riscos ao processo ou à sociedade na prática do crime perseguido. **A mera descrição do roubo, sem especiais fatos anormalmente graves, não justifica a custódia cautelar.** 3. Recurso em habeas corpus provido, para a soltura do*

114 BARLETTA, Junya Rodrigues, *Prisão provisória e direitos humanos: uma análise baseada nos parâmetros do sistema interamericano de direitos humanos*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 97.

115 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas). 2005. p. 118. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

recorrente [nome], o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual.” (RHC 89.220/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017, grifos nossos)

Ou seja, em um caso de roubo majorado, por exemplo, o emprego de arma de fogo, sua localização e circunstâncias que são elementares ao tipo penal não podem ser utilizadas como critério para determinação da gravidade do delito. Não raro, entretanto, a gravidade do crime e as circunstâncias do fato são auferidas de situações inerentes ao tipo ou mesmo descoladas da situação concreta, prejudicando a fundamentação da decisão. No trecho abaixo, formulações abstratas - a primeira, fazendo referência ao caso concreto de modo genérico - falham ao delimitar as circunstâncias que justificariam a prisão cautelar:

*“Especialmente aos delitos relacionados ao narcotráfico, verifica-se a necessidade de sua forte repressão, uma vez que existe alto índice de registros deste grave crime nesta Cidade, além da constatação de envolvimento, cada vez maior, de menores e crianças nesta prática, o que torna imprescindível a contenção do tráfico de entorpecentes, inclusive como forma de apoio ao trabalho que vem sendo desenvolvido pelas Polícias Civil e Militar. Ademais, delitos de tais natureza afetam diretamente a saúde pública, eis que expõe a população aos efeitos danosos e mortais das drogas, aumentando o número de homicídios, roubos, sequestros, porte ilegal de armas, corrupção de menores, dentre outras condutas delitivas, **como se deu no caso concreto.**”* (grifos nossos)

*“Vale acrescentar que o delito em tela é de maior potencial ofensivo e, muito **embora não contenha em sua descrição típica a prática de violência ou grave ameaça à pessoa, é responsável por motivar muitos atos de violência** em nossa sociedade. **Assim, conclui-se que a liberdade do flagranteado é capaz de pôr em risco a ordem pública, notadamente a gravidade concreta do delito.**”* (grifos nossos)

Assim, buscando uma interpretação restritiva das ideias de gravidade do delito e circunstâncias do fato, devem sempre ser avaliadas as circunstâncias específicas de cada caso, atentando-se para 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 tipo previstos em lei, como exemplificado pelo caso abaixo citado, deve ser priorizada a interpretação pela liberdade provisória:

*“A **gravidade do fato não é outra senão a abstratamente prevista em lei, não se verificando a gravidade concreta** - modus operandi ou circunstâncias da conduta que extrapolam as circunstâncias elementares do tipo penal - da conduta delituosa (...).”* (grifos nossos)

No excerto a seguir apresentado, figura exemplo em que são sopesados todos os elementos supracitados, fazendo juízo de proporcionalidade da medida às condições pessoais da custodiada e às circunstâncias do fato:

*“No caso, a autuada **invadiu a residência** das vítimas, demonstrando com o seu comportamento razoável periculosidade, além do que já **responde a dois outros processos da mesma natureza e já conta inclusive com sentença condenatória**. Segundo consta nos presentes autos, a custodiada foi detida no interior da residência da vítima, após tentar subtrair pertences da mesma. (...) Analisando os autos, mesmo estando presentes a materialidade e os indícios de autoria, consubstanciados nos autos pelos depoimentos prestados pelas testemunhas, declaração da vítima, assim, como pela **confissão da autuada**, entendo que no presente caso é suficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, na forma requerida pelo MP e pela Defesa, pois **a prisão da autuada se mostra desproporcional, apesar de possuir outros registros criminais em seu desfavor**. As circunstâncias em que a ação criminosa foi cometida, em sua **modalidade tentada**, e **o valor da res furtiva**, demonstram a pouca gravidade do delito e não justificam a conversão em prisão preventiva (art. 313, I, do CPP), ainda mais **quando a autuada se encontra grávida de 08 (oito) meses**. Assim, em face do princípio da proporcionalidade, a prisão preventiva se mostra excessiva e deve ser substituída por outras medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, as quais se revelam mais adequadas no momento, **pois a despeito de restringir a liberdade da autuada, não limitam o direito de ir e vir**, de modo que a prisão preventiva deve ser afastada nesta quadra em detrimento da aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319, incisos I e IV do CPP.” (grifos nossos)*

A gravidade concreta do delito é enxergada a partir do contraste entre a invasão de domicílio e a insignificância do objeto furtado, e as circunstâncias do fato são lidas pela chave da tentativa de consumação. A avaliação das condições pessoais da custodiada, ainda, passa pelo fato dela ser reincidente específica e, ao mesmo tempo, estar grávida de 8 (oito) meses. Sopesando esses elementos, a autoridade judicial entende que, em face do princípio da proporcionalidade, as cautelares diversas da prisão são mais adequadas ao caso pois limitam a **liberdade da autuada sem restringir seu direito de ir e vir**. Esse esforço argumentativo, que levanta fundamentos concretos e legais para contrapô-los à proporcionalidade da medida, ilustra uma prática decisória coerente com os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015 e da proposta de parametrização.

4.1.3.2. A gravidade concreta do delito e a noção de *modus operandi*

Um dos trechos acima destacados prevê que a gravidade concreta dos fatos seja verificada pelo “*modus operandi*” ou pelas “circunstâncias da conduta que extrapolam as circunstâncias elementares do tipo penal”. Assim, determinadas as hipóteses em que não se pode falar em gravidade do delito - formulações não jurídicas e circunstâncias inerentes ao tipo -, cabe a reflexão sobre possíveis critérios para a constatação de parâmetros aptos a justificar a imposição de medidas cautelares.

Jurisprudencialmente, a noção de “gravidade concreta” é determinada a partir do conceito de *modus operandi*, que estaria relacionado ao modo de agir do indivíduo para a consumação do delito.

A construção argumentativa que se apoia no *modus operandi* para a aplicação de medidas cautelares, por sua vez, coloca-se indissociável das noções de “ordem pública”, “periculosidade do agente” e “possibilidade de reiteração delitiva” - o que, sob essa perspectiva, traria riscos para o processo. A argumentação é circular, e lança mão de expressões jurídicas para justificar a necessidade de restrição da liberdade diante das circunstâncias do fato. Ainda, poucas vezes faz menção aos critérios de necessidade e instrumentalidade das medidas mobilizando, efetivamente, elementos concretos de risco. A utilização dessas expressões como autossuficientes fica clara no trecho abaixo transcrito, que não traz nenhum embasamento para além do que consta no excerto:

“Quanto à necessidade de manutenção da prisão, consta nos autos os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, com fundamento no art. 312, do CPP, tendo em vista a periculosidade do autuado, a gravidade concreta do delito e à ordem pública, converto a prisão em flagrante do autuado em preventiva.”

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nesse mesmo sentido, reconhece que **“a prisão preventiva para garantia da ordem pública encontra justificativa idônea no *modus operandi* da prática delituosa, a evidenciar periculosidade exacerbada do agente”**¹¹⁶. Assim, vincula a gravidade do fato ao critério não cautelar da “ordem pública” - que será aprofundado na Etapa 5 -, e, construindo argumentação circular, afasta-se da noção de cautelaridade estrita da prisão preventiva e das medidas cautelares alternativas à prisão.

Os trechos abaixo, nesse sentido, ilustram como a argumentação sobre a gravidade concreta e o *modus operandi*, quando se apoia em formulações abstratas e mobiliza os critérios a despeito da existência de necessidade da medida, se aproxima de um direito penal do autor, e não do fato, ao falar em “periculosidade”, “inadequação social” e “possibilidade de reiteração delitiva” do agente:

*“Presentes, portanto, os requisitos exigidos à decretação da prisão preventiva da autuada, já que **existem elementos corroborando o nível de periculosidade concreto dessa, isso considerando o *modus operandi* empregado na conduta apurada, existindo elementos que sugerem que ela dedica-se à comercialização de drogas.** Com efeito, depreende-se dos autos que a polícia civil*

116 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 102.475/SC. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 16/08/2011. DJe de 16/09/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3825166>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 104.522/MG. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 04/10/2011. DJe de 21/11/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3911677>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 105.725/SP. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 21/06/2011. DJe de 30/06/2011. Publicado em 18/08/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3962230>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 103.107/MT. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 22/04/2010. DJe de 28/04/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3849723>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 104.510/GO. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgado em 19/04/2011. DJe de 30/06/2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur194437/false>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 97.891/SP. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 19/10/2012. DJe de 19/10/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2663758>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 101.055/GO. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 10/11/2009. DJ de 17/12/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3773790>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 99.379/RS. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 08/09/2009. DJ de 22/10/09. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2682227>

recebeu informes de que no local do fato estaria em funcionamento um ponto de venda de entorpecentes tendo realizado diligência (campana) e constatado movimentação intensa e suspeita de pessoas no local, característica da traficância de drogas. Nesse contexto, os agentes resolveram adentrar no imóvel e visualizaram a autuada que dormia ao lado de um tablete de entorpecentes. Nas buscas que se seguiram, os agentes públicos de segurança lograram encontrar vasta quantidade e variedade de drogas, o que implicou na prisão em flagrante de [nome]. Não se pode perder de vista o teor do documento retro que confirma que a autuada possui histórico de transgressão da lei (...), o que indica conduta delitiva reiterada e reforça o sentimento sobre a necessidade do encarceramento cautelar de [nome].” (grifos nossos)

“O tráfico de entorpecentes vem assolando esta cidade, gerando violência que quebra a paz social, sendo necessário seu combate efetivo pelo Estado, garantindo, assim, a ordem pública; o que necessita ser combatido com a segregação do agente (*periculum libertatis*). Diante destes fatos, entendo que **esse modus operandi revelou a periculosidade e a inadequação social da agente, que associou-se à outros indivíduos, no intuito de perpetrar graves delitos de roubo e tráfico de drogas**. De modo que, diante das circunstâncias, características e condições da agente, nesta quadra, vejo presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, mormente a manutenção da ordem e segurança pública.” (grifos nossos)

“As medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do flagrantado que, além de reincidente na prática de condutas delituosas semelhantes, incorreu na prática de delitos de natureza grave, envolvendo quantidade expressiva de substâncias entorpecentes, havendo troca de tiros entre a guarnição policial e os traficantes da região. Ademais, consta dos autos que o autuado seria integrante da facção denominada [nome], evidenciando-se, desse modo, sua perigosidade e a necessidade de sua segregação cautelar, apresentando-se a conversão da prisão preventiva como medida que se impõe, a bem da ordem pública. **Efetivamente, quando a gravidade concreta, o modus operandi e as circunstâncias do delito indicam a periculosidade real do agente, sobressai fundado receio de reiteração criminosa, resta plenamente legitimada a decretação ou manutenção da prisão preventiva**. Em tais situações, a constrição da liberdade tem por objetivo proteger a sociedade de pessoas que, uma vez soltas, possam colocar em risco a coletividade e a paz social.” (grifos nossos)

“Registra-se **o fato da flagranteada ter praticado o crime na presença de menor infratora, o que revela a periculosidade da flagranteada**, até mesmo porque nas condenações anteriores pelo crime de furto a flagranteada utilizou **o mesmo modus operandi** da presente situação qual seja: Furto a estabelecimento comercial na presença de menor infrator.” (grifos nossos)

Como se vê, o argumento da gravidade concreta do delito, na maioria das vezes, não se relaciona com o objetivo de garantir a eficácia do processo penal, e recai em uma lógica de circularidade argumentativa e de antecipação de uma possível pena. A gravidade delitiva pode e deve ser observada

no momento de determinação da pena na sentença, mas, do modo como tem sido aplicada, não é reveladora de eventuais riscos para a aplicação da lei, para a investigação e para a instrução que deve pautar a decisão em sede de audiência de custódia.

4.1.3.3. O princípio da homogeneidade

Como posto no trecho supracitado, pensar a proporcionalidade da medida é essencial para a definição do desfecho da audiência, e leva a um dos argumentos mais frequentes do material para aplicação de medidas diversas da prisão: o “princípio da homogeneidade”. Definido jurisprudencialmente, o princípio da homogeneidade decorre do próprio princípio da proporcionalidade, e prevê que a gravidade da medida cautelar não pode ser maior do que a pena aplicada em eventual condenação.

Avalia-se então, em primeiro lugar, a sanção que o crime em questão (tal como definido judicialmente na Etapa 2) poderá receber em caso de eventual condenação. Em seguida, para a aplicação da medida em sede cautelar, deve-se considerar que ela não pode nunca ser mais gravosa do que possível pena posterior. Em casos de furto e tráfico privilegiado, como mencionado, esse argumento faz-se especialmente importante:

“Outrossim, sabendo-se que deve haver homogeneidade entre a prisão cautelar e a prisão-pena, não deve o flagranteado permanecer em regime mais gravoso do que aquele que provavelmente será imposto na sentença, consoante o princípio da proporcionalidade, o que pode ser o caso dos autos, uma vez que, em caso de condenação, o agente alcançará regime aberto ou a substituição da pena privativa de liberdade, porquanto, não há notícias, no momento, de que seja reincidente.”

“(...) a agente, além de ter ocupação lícita e residência fixa, é primária e de bons antecedentes e NÃO RESPONDE A OUTROS PROCESSOS CRIMINAIS, demonstrando que o final do processo criminal, ainda que venha a ser condenada, fará jus à causa de diminuição de pena no art. 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Assim, ao que tudo indica, a eventual sanção penal advinda de condenação pela prática deste fato, ensejará, por certo, a cominação de uma alternativa penal, sendo que, pelo princípio da homogeneidade, não se pode, neste espaço preliminar, aplicação de uma prisão processual mais gravosa do que aquela imposta após o trânsito em julgado da sentença.”

“No presente feito tenho como cabível garantir ao Indiciado o direito de responder ao presente feito em liberdade, já que, na hipótese de ser denunciado e condenado, cumprirá a pena pelo crime que ora lhe é imputado, em liberdade, o que, por si só, justificaria a liberdade provisória.”

“No caso em questão, trata-se da suposta prática de furto qualificado, crime esse praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, mantê-los presos preventivamente seria mais gravoso que uma eventual condenação, em virtude da pena abstrata do delito, o que violaria a máxima da proporcionalidade, não sendo, portanto, razoável a decretação de prisão preventiva, que consiste em última medida.”

A autoridade judicial deve considerar, ainda, as condições atenuantes previstas no art. 65 do Código Penal, que podem influenciar na aplicação posterior da pena. De caráter menos subjetivo, devem ser observadas notadamente as condições objetivas relativas à idade (menor de 21 anos ou maior de 70, no inciso I) e ter havido reparação de dano ou tentativa de atenuar as consequências do crime (inciso III, alínea b) - como a devolução da coisa furtada ou roubada à vítima.

Dando respaldo ao princípio da homogeneidade na esfera internacional, pode ainda ser citada a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, julgado em 2009. No documento, a Corte atenta para a importância de que seja observado o princípio da proporcionalidade nas decisões de imposição de medidas cautelares, fazendo com que a medida aplicada em caráter preventivo não seja mais onerosa do que eventual condenação:

“122. A prisão preventiva se encontra limitada, além disso, pelo princípio de proporcionalidade¹¹⁷, em virtude do qual uma pessoa considerada inocente não deve receber tratamento igual ou pior ao de uma pessoa condenada. O Estado deve evitar que a medida de coerção processual seja igual ou mais onerosa para o acusado que a pena que se espera em caso de condenação. Isso quer dizer que não se deve autorizar a privação cautelar da liberdade em situações nas quais não seria possível aplicar a pena de prisão, e que esta deve cessar quando tenha excedido a duração razoável desta medida¹¹⁸. O princípio de proporcionalidade implica também uma relação racional entre a medida cautelar e o fim perseguido, de tal forma que o sacrifício inerente à restrição do direito à liberdade não resulte exagerado ou desmedido frente às vantagens que se obtêm por meio de tal restrição¹¹⁹.”¹²⁰

Assim, **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.**

117 Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Instituto de Reeducação del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2004. p. 239. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf. par. 228; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas). 2006. p. 108. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf. par. 67; e CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2007. p. 74. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. par. 93.

118 Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 2008. p. 63. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf. par. 74.

119 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2007. p. 74. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf. par. 93.

120 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas). 2009. p. 35. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf. par. 122.

4.2. 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?

Na segunda metade da Etapa 4, o objetivo é apresentar as “funções” atribuíveis às cautelares alternativas à prisão - garantir comparecimento aos atos do processo, proteger a vítima, “responsabilizar”, etc. - e indicar as medidas compatíveis com as funções que se quer alcançar, indicando-as como “alternativas” umas às outras, de modo a dificultar a sua imposição de maneira cumulativa, ou em “combo”.

Estabelecer as correlações entre as funções e as medidas cautelares possibilitará a condução do processo decisório até seu desfecho, caracterizado pela concessão fundamentada de liberdade provisória com uma determinada cautelar. Desse modo, a aplicação de tais medidas será condizente com a perspectiva de que, conforme coloca Rodrigo Capez, “a pluralidade de medidas cautelares pessoais legalmente previstas evidencia a vontade do legislador de modular a resposta cautelar de acordo com a quantidade e qualidade do perigo real a tutelar”¹²¹.

O principal desafio a ser enfrentado diz respeito ao diagnóstico já conhecido, mas bastante fortalecido após o tratamento do material, de que as cautelares diversas da prisão muito raramente são aplicadas de maneira isolada. Ao contrário, foi possível observar a frequência da aplicação de cautelares em formato de “combo”, isto é, combinando 2, 3, 4, 5 ou mais cautelares diversas da prisão em uma mesma decisão, via de regra sem alusão aos motivos que justifiquem a adequação e a necessidade de cada uma delas diante do caso concreto.

Esse diagnóstico é reiterado no relatório “Audiências de Custódia - Panorama Nacional”¹²², publicado recentemente pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), a partir de termo de cooperação com o CNJ. A pesquisa, ao analisar decisões concessivas de liberdade nos estados do Ceará, Rio de Janeiro, Distrito Federal, Minas Gerais e Pernambuco, atentando-se para o uso que se tem feito das medidas cautelares alternativas à prisão, conclui que as medidas têm servido mais ao propósito de expansão da esfera de controle do Estado do que à minimização do uso da prisão. Isso pois, além dos casos de concessão de liberdade provisória irrestrita representarem uma parcela ínfima das decisões analisadas, a maioria das decisões traz a aplicação em “combo” das medidas cautelares - inclusive em casos em que antes era concedida a liberdade sem restrições¹²³. Fica claro, assim, o risco que a má administração dessas medidas pode oferecer às liberdades e garantias individuais.

121 CAPEZ, Rodrigo. Prisão e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 387.

122 INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Audiências de custódia: Panorama Nacional. São Paulo: IDDD/ Open Society Foundation, 2017.

123 Ibid., p. 47.

A ideia é apresentar teoricamente o **funcionamento e as funções pensadas para essas medidas** de acordo com a doutrina e, em seguida, qual a finalidade que tem sido observada pelos juízes e juízas no momento de aplicação da lei. Em alguns casos, a maneira de utilizar as medidas faz com que extrapolem sua função de caráter cautelar e virem instrumentos de natureza retributiva, excessivamente onerosos para os custodiados e custodiadas. Por isso, importante mostrar **como têm sido utilizadas e as possíveis chaves de análise que fariam da aplicação mais coerente com os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015**.

Após serem delimitados os contornos teóricos e práticos de cada medida, bem como suas potencialidades e limitações, será proposto um guia de aplicação em fases para as cautelares, considerando sua escala de gravidade e as particularidades que as fazem mais adequadas para as diferentes situações. Em comum, vale reiterar, tem-se que todas servem à finalidade cautelar de proteção da aplicação da lei penal e do processo, fazendo com que usos que se pautem por objetivos de prevenção especial e retribuição devam ser afastados.

4.2.1. Tipos de medidas cautelares diversas da prisão

As medidas cautelares dispostas na legislação criminal constituem rol taxativo, conforme reconheceu recentemente o Supremo Tribunal Federal em decisão datada de julho de 2020, sobre questões afetas à audiência de custódia dentro do novo paradigma do processo penal de natureza acusatória, instituído a partir das alterações incorporadas ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Na decisão, veda-se a imposição de medidas cautelares autônomas ou atípicas, ou seja, daquelas não expressamente previstas em lei:

*“(...) 3. Processo penal. Poder geral de cautela. Incompatibilidade com os princípios da legalidade estrita e da tipicidade processual. Consequente **inadmissibilidade da adoção, pelo magistrado, de medidas cautelares atípicas, inespecíficas ou inominadas em detrimento do “status libertatis” e da esfera jurídica do investigado**, do acusado ou do réu. (...) Inexiste, em nosso sistema jurídico, em matéria processual penal, o poder geral de cautela dos Juízes, notadamente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade das pessoas, vedada, em consequência, em face dos postulados constitucionais da tipicidade processual e da legalidade estrita, a adoção, em detrimento do investigado, do acusado ou do réu, de provimentos cautelares inominados ou atípicos.” (HC nº 186421/SC, grifos nossos)*

Objetivamente, isso implica que as medidas cautelares vigentes no ordenamento são as 9 (nove) medidas previstas nos incisos do art. 319 do CPP, assim como a medida que proíbe saída do país e entrega de passaporte às autoridades, estabelecida no art. 320 do CPP. Na sequência são analisadas cada uma delas com vistas à implementação da Etapa 4 parte 2 do processo decisório na audiência de custódia.

I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades

O comparecimento periódico em juízo é uma medida que permite o controle da vida cotidiana e a garantia de que o indivíduo poderá ser localizado para a aplicação da lei penal. É previsão, assim, que responde ao critério da **necessidade** de aplicação de medida cautelar, tendo em vista a **proteção da investigação e da instrução e a garantia de aplicação da lei penal**¹²⁴. Além disso, o comparecimento em juízo tem importante função de vinculação e **responsabilização pelo processo**, sendo esta uma das razões pelas quais a aplicação desta medida deve ser valorizada em detrimento de outras mais onerosas para o indivíduo, como será adiante trabalhado.

Do modo como tem sido aplicada, na perspectiva de alguns juízes e juízas, a função cautelar da medida se coloca indissociável do controle do corpo da pessoa custodiada, como ilustrado pelo excerto abaixo:

*“Mas é perceptível que há um certo grau de cautela exigível, ou seja, é conveniente que, durante tempo certo, o detido permaneça vinculado ao Juízo para **observação do comportamento** (...)”*
(grifos nossos)

Propõe-se, para fins de parametrização do processo decisório, que a medida seja apreendida não sob a ótica do controle comportamental, mas sim a partir de sua capacidade de proteção da investigação e da instrução, sendo essa proteção garantida também pela vinculação e responsabilização da pessoa custodiada em relação ao processo.

No que diz respeito às variações de aplicação da medida, a determinação da periodicidade de comparecimento em juízo fica a cargo da autoridade judicial, que normalmente opta pela mensalidade ou bimestralidade do comparecimento. Nessa determinação, devem ser levados em conta os **horários de trabalho e estudo** da pessoa custodiada, de modo a não lhe prejudicar. Ainda, em casos de extrema vulnerabilidade social, deve-se levar em conta se a pessoa possui condições financeiras de **arcar com os custos de transporte até o fórum**. Igualmente, deve-se considerar o **tempo de deslocamento entre a moradia e o fórum**, particularmente em grandes centros urbanos, onde o comparecimento em juízo pode significar a perda de um turno ou dia inteiro de trabalho, com significativo impacto financeiro, sobretudo para pessoas com trabalho no mercado informal ou com remuneração por diárias.

Por fim, cabe também destacar que o comparecimento obrigatório em juízo poderá ser substituído pelo comparecimento na Central Integrada de Alternativas Penais e que esta medida já é suficiente para o acompanhamento, dispensando outras determinações não previstas em lei. Ademais, é recomendável que seja possibilitado que o comparecimento em juízo se perfaça junto a equipamentos públicos descentralizados, distintos do fórum, em diferentes bairros ou localidades dentro da cir-

124 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 1010.

cunscrição judiciária, o que assegura as finalidades de vinculação e responsabilização pelo processo com menor ônus quanto aos custos e tempo para o deslocamento para as pessoas cumpridoras.

II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações

Essa cautelar é alvo de críticas pois, diferentemente do inciso anterior, nem sempre se dirige à tutela do processo ou de seu objeto. Segundo a doutrina, essa cautelar assume caráter de **prevenção geral** manifesto, ao passo em que expressamente busca evitar que existam condições favoráveis ao cometimento de novos delitos¹²⁵. Por isso, propõe-se, harmonizando sua utilização com o princípio da presunção de inocência e com a noção de que as medidas do art. 319 devem assumir função estritamente cautelar, que a finalidade de “evitar o risco de novas infrações” seja sempre condicionada à análise da necessidade da medida.

Do material empírico, emergem dois objetivos principais com a aplicação dessa medida: a tutela do processo pelo resguardo do local onde ocorreram os fatos, e o afastamento de lugares que “incentivem” novos delitos ou a repetição específica do mesmo crime. Nesses dois primeiros trechos, a proibição de frequentar os estabelecimentos em que ocorreram crimes patrimoniais é específica em relação às **circunstâncias do fato**:

“c) proibição de entrar no estabelecimento comercial onde ocorrera a suposta subtração”

“b) proibição de entrar no estabelecimento educacional onde ocorrera a suposta subtração”

A proibição de entrada em presídios em casos de flagrância de tráfico de drogas durante visitas em instituições carcerárias é exemplo que mescla a ideia de proibição do acesso ao local dos fatos com a prevenção contra novas infrações. No caso abaixo, ao invés de haver restrição a um presídio específico, a todo o sistema prisional é proibido o acesso:

“III - proibição de acesso ao Sistema Prisional. Comunique-se à VEP e à [Secretaria de Administração Penitenciária] sobre a proibição de acesso ao sistema prisional.”

Outras perspectivas, ainda, atrelam o cometimento de “novas infrações” a noções, de certa forma moralizadas, sobre o que levaria ao cometimento de novos delitos. Isto é, festas, bares e lugares que servem bebidas alcoólicas.

Nesse sentido, a aplicação dessa cautelar deve ser cuidadosa, para que não haja impacto colateral deletério de exclusão social da pessoa flagranteada. No excerto a seguir, o caráter genérico - e carregado de valoração moral - dos termos empregados e sua amplitude indicam a existência, de fato,

125 Cf: BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. Op. Cit., 2015, p. 1001; CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais. Op. Cit., 2019, p. 120; CRUZ, Rogério Schietti. Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas. Op. Cit., 2017, p. 188.; LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Op. Cit., p. 160.

de banimento social e restrição quase que total ao direito ao lazer e ao direito de ir e vir da pessoa custodiada:

*“1) proibição de acesso ou frequência a bares, botequins, casas noturnas, festas, locais de aglomeração pública, bocas de fumo e outros de **reputação duvidosa**.” (grifos nossos)*

A proibição de frequentar determinados lugares, além disso, é de **difícil fiscalização**, e pode significar a impossibilidade prática de cumprimento da medida quando existir proximidade entre a residência da pessoa e o local dos fatos. Assim, é uma medida cautelar que deve ser evitada, a não ser que bem fundamentada e **sempre guardando relação com as circunstâncias do fato**, conforme disposto expressamente no texto legal. Isso é, não deve ser aplicada com o objetivo de restringir o acesso a locais não determinados e que supostamente possam favorecer a prática de delitos, como “locais de aglomeração pública”, de “reputação duvidosa” e “festas”. Quando aplicada, valorizando a leitura mais coerente com a Resolução CNJ nº 213/2015, deve ser em função da importância da preservação de determinado lugar **para assegurar que não haja obstrução da investigação e da instrução**.

III - Proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante

Nesse caso, a situação de tutela é mais nítida e delimitada, na medida em que o objeto da proteção da cautelar é, via de regra, a vítima, a testemunha ou outras pessoas, sempre individualizadas e relacionadas às circunstâncias do fato. Assim, pode ser efetiva na **proteção da investigação ou instrução**.

Assim como na medida de proibição de lugar, a aplicação dessa medida deve ser cautelosa e **sempre ligada a pessoa determinada e que guarde relação com os fatos**. Em um dos casos de tráfico de drogas analisado, o juiz entende que a proibição de manter contato com pessoa determinada “não guarda pertinência” por não ter, justamente, vítima definida. No caso abaixo, a mesma lógica fica clara, sendo a proibição de contato determinado de acordo à previsão do inciso de atentar às “**circunstâncias relacionadas ao fato**”, adequando-se aos objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015:

*“d) proibição de acesso ao **local dos fatos**, bem como de manter **contato** com a **vítima e eventuais testemunhas**.” (grifos nossos)*

Em crimes de violência doméstica, por sua vez, a cautelar é especialmente mobilizada, buscando resguardar a integridade física e psicológica da vítima e, às vezes, confundindo-se com as medidas protetivas de urgência relativas à proibição de contato e aproximação.

Entretanto, sua função pode ser distorcida e servir a um objetivo de prevenção geral extralegal. Formulações nesse sentido também devem ser evitadas:

*“c) **proibição de manter contato com pessoa que figure como réu em ação penal por tráfico ilícito de drogas ou que as esteja portando, ainda que para o próprio consumo, bem como pessoa***

que esteja portando arma de fogo, munição ou acessório, devendo os agentes da [Secretária de Administração Penitenciária], acompanhados ou não de policiais, realizarem inspeções, regulares e/ou eventuais, conforme seja mais conveniente, a qualquer hora do dia ou da noite, **valendo esta decisão como autorização judicial**, na residência da autuada, lavrando-se relatório da diligência para ser acostado aos autos.” (grifos nossos)

IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução

De acordo com Badaró e Tellini, a medida de proibição de ausentar-se da comarca busca evitar que a pessoa averiguada deixe de receber no endereço vinculado ao processo intimações e notificações. Além disso, afirma que pode ser eficaz para garantir a aplicação da lei penal^{126,127}. Lopes Jr., por sua vez, entende que a medida serve à tutela da prova e, conseqüentemente, à garantia de aplicação da lei penal - ligada ao risco de fuga. Entretanto, aponta que a reforma de 2011 retirou a expressão “para evitar fuga” que existia no dispositivo, ligada ao juízo de necessidade, e a substituiu pelo juízo de conveniência da autoridade judicial. Desse modo, na leitura do autor, essa cautelar volta-se ao campo do interesse probatório¹²⁸. Para Nucci, ainda, a função da medida é evitar a fuga e, com isso, a necessidade de prisão preventiva¹²⁹. Assim, apesar da divergência quanto a seus objetivos específicos, há consenso quanto à cautelaridade da medida.

O excerto que segue justifica a aplicação da medida exatamente nos termos da lei, sem que haja relação com o caso concreto, mas reitera sua finalidade instrumental: “d) Proibição de se ausentar da comarca, **haja vista ser necessária para a investigação e instrução processual**.” (grifos nossos). Em outros estados, algumas decisões vinculam a medida à necessidade de comparecer a todos os atos do processo - fazendo alusão a um dos compromissos da fiança, previsto no art. 327 do CPP¹³⁰. No trecho abaixo, função similar parece ser dada à previsão de comparecimento periódico em juízo:

*“(...) defiro o requerimento ministerial para APLICAR as medidas cautelares quais sejam, comparecimento QUINZENAL em juízo, inclusive, quanto aos processos [número], para informar e justificar suas atividades e **proibição de ausentar-se da Comarca de [UF] sem autorização judicial, em virtude da necessidade de comparecimento a todos os atos processuais** (...)” (grifos nossos)*

Por fim, uma das decisões analisadas aponta que, além de ser importante por sua função

126 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais. Op. Cit., 2019, p. 118.

127 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. Op. Cit., 2015, p. 1015.

128 LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Op. Cit., 2017, p. 162.

129 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2016. p. 601.

130 “Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afofiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DOU de 13/10/1941, retificado em 24/10/1941. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

cautelar, a medida seria acessória à monitoração eletrônica - possivelmente em razão do sinal e da manutenção da tornozeleira:

“Acrescente-se que a medida cautelar da monitoração eletrônica deve vir acompanhada da proibição do autuado de ausentar-se do [UF] (art. 319, IV, do CPP), o que, além de ser necessário para assegurar o regular andamento do processo e da instrução criminal, viabiliza em termos operacionais a própria monitoração aplicada.” (grifos nossos)

Importante destacar que, conforme colocado por Tellini, o imputado ou imputada poderá solicitar previamente à autoridade judicial responsável autorização para deixar a comarca, apresentando motivo justificado. Em caso de ausência por motivos de força maior ou urgência, a justificativa pode ser apresentada imediatamente após o retorno à Comarca.

Além disso, ainda que seja intimada regularmente, a pessoa investigada ou acusada poderá se recusar a participar do ato, protegendo seu direito de não produzir provas contra si mesma¹³¹.

V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos

De acordo com Nucci, essa medida tem expressivo potencial restritivo à liberdade individual, devendo ser aplicada com bastante cuidado, diante da necessidade de respeito ao princípio da presunção de inocência. Lopes Jr., buscando então elucidar as funções que essa cautelar pode assumir, aponta: (i) a minoração do risco de fuga - ainda que pouco eficaz; (ii) a tutela da prova, decorrente da fixação da pessoa no circuito trabalho-domicílio; (iii) e escopos ligados à prevenção geral e especial¹³². Desse modo, Tellini defende que a restrição, para fins de instrumentalidade, guarde sempre relação com a causa subjacente do delito e com o *periculum libertatis*¹³³. Badaró, no mesmo sentido, afirma que o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga poderá ser uma cautela instrumental ou cautela final. Entretanto, “não poderá ser decretada para evitar a reiteração criminosa, pois tal finalidade extraordinária exigiria expressa previsão legal”¹³⁴.

Além disso, o recolhimento domiciliar deve ser compatível com os horários de estudo ou trabalho, considerando, inclusive, o tempo despendido para o deslocamento entre os locais¹³⁵. Por isso, a execução da medida pode ser modulada de acordo com as circunstâncias de cada caso, variando, por exemplo, os horários em dias da semana e fins de semana, ou determinando o recolhimento apenas nos dias de folga¹³⁶. Nesse sentido, algumas decisões fixam pontos de flexibilidade na medida, baseando-se nas atividades desempenhadas pela pessoa custodiada em sua rotina:

131 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais. Op. Cit., 2019, p. 119.

132 LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Op. Cit., 2017, p. 162-163.

133 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais. Op. Cit., 2019, p. 124.

134 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. Op. Cit., 2015, p. 1015.

135 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais. Op. Cit., 2019, p. 124.

136 Ibid.

*“Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos, **ressalvada a frequência a Instituição de Ensino**, com comprovação de matrícula e frequência nos autos.” (grifos nossos)*

*V – recolhimento domiciliar no período compreendido entre 19h e 07h, **resguardada a jornada laboral**; (grifos nossos)*

*“RECOLHIMENTO DOMICILIAR, pelo prazo de 6 meses. **O autuado poderá sair de seu domicílio, nos 30 primeiros dias, das 9h às 18h, para procurar emprego.** Após este prazo, o recolhimento deverá ser em período integral, salvo se comprovar exercício de trabalho, estudo ou orientação religiosa perante o Juízo Competente, hipótese em que poderá sair nos dias e horários comprovados.” (grifos nossos)*

Entretanto, a aplicação da medida dificilmente é acompanhada de uma flexibilização condizente com o contexto de vida da pessoa custodiada e, ainda assim, representa forte intervenção na liberdade do indivíduo. Por essas razões, bem como por ser medida de difícil fiscalização prática e por existirem medidas menos onerosas que cumprem a mesma função de proteção do processo, recomenda-se que a medida de recolhimento noturno seja estritamente considerada e receba aplicação limitada.

VI - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais

Raramente utilizada, a medida não aparece no material empírico, dado que se volta ao campo de crimes econômicos e praticados por servidores públicos no exercício da função. É um dos “casos expressamente previstos” pelo art. 282, I do CPP em que a medida poderia ser utilizada para prevenir novas infrações. Assim, além de ser extremamente gravosa, tem caráter bastante questionado pela doutrina, ao passo em que não tutela o processo ou seu objeto e antecipa possível função de **prevenção especial** da pena¹³⁷. Não obstante, sua aplicação pode ser cabível em hipóteses restritas envolvendo crimes próprios, incluindo crimes contra a administração pública, e em ocorrências de tortura, maus-tratos ou abuso de autoridade em estabelecimentos penais, com autoria atribuída a policiais e servidores penitenciários, por exemplo.

VII - Internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26, CP) e houver risco de reiteração

Para aplicação da medida, exigem-se os requisitos cumulativos de existência de (i) crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; (ii) inimputabilidade ou semi-imputabilidade demonstrada por perícia; e (iii) o risco de reiteração criminosa. Críticas a essa medida estão na ausência

137 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 1021; LOPES JR., Aury. *Prisões Cautelares*. Op. Cit., 2017, p. 163.

de referência ao período de aplicação, na necessidade de laudo médico para deixar a internação, na autoridade clínica que rege de maneira autoritária esses espaços e, por fim, na inconsistência da categoria do “risco de reiteração”¹³⁸.

De acordo com Badaró, não é possível identificar na finalidade de evitar a reiteração delitiva verdadeira natureza cautelar. Nesse sentido, afirma tratar-se de instituto “semelhante à medida de segurança preventiva prevista na parte geral do Código Penal de 1940, ditada com finalidade de segurança pública, portanto, de difícil compatibilidade com a presunção de inocência”¹³⁹. De fato, a medida é associada por Tellini ao resguardo da ordem pública - critério despido de natureza cautelar¹⁴⁰. Além disso, o autor aponta para a problemática de decisões que realizam a internação compulsória de dependentes químicos, vedada pelo art. 9º, § 3º da Resolução CNJ nº 213/2015 do CNJ¹⁴¹. Conforme aprofundado pelo Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, são casos que devem atentar-se para as possibilidades de encaminhamento de caráter voluntário a serviços da rede de proteção social, pautando-se sempre pela autonomia e liberdade da pessoa custodiada.

Do material empírico, apenas quatro decisões utilizam a medida, sendo três pertencentes ao mesmo estado. O primeiro caso, único de jurisdição diversa, usa como indicativo de inimputabilidade a mera percepção de “evidente confusão mental”, sem que haja avaliação por parte de algum serviço especializado. Apresenta ainda como justificativa para a medida, além da possibilidade de reiteração delitiva, o fato de que ele precisa ser protegido da comunidade. A mesma decisão, apesar de conceder liberdade provisória, indica local inadequado para o cumprimento da medida, apontando estabelecimento penal (“hospital de custódia”). Além disso, a medida não tem determinação temporal, sendo por todos esses fatores uma aplicação problemática:

*“Ato contínuo, foi aberta a palavra ao Ministério Público, que requereu a instauração do exame de insanidade mental, o que foi deferido. A acusação também manifestou-se pela concessão de liberdade cumulada com medida cautelar alternativa de internação provisória, nos termos do art. 319, VII, do Código Penal, ante as evidências de inimputabilidade do conduzido. A Defesa, por sua vez, pleiteou a aplicação de medidas cautelares diversas e a realização de exame de insanidade mental. (...) As vítimas reconheceram o acusado e seus pertences. O conduzido alegou que os objetos eram seus. No tocante à prisão processual, entendo que a hipótese não é necessária. **No entanto, em razão da evidente confusão mental do conduzido é preciso aplicar a medida cautelar de internação provisória, prevista no art. 319, VII, do CPP, ante o elevado risco de reiteração criminal e até mesmo de realização de justiça pelas próprias mãos em razão do clima de revolta**”*

138 LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Op. Cit., 2017, p. 165.

139 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. Op. Cit., 2015, p. 1024.

140 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais. Op. Cit., 2019, p. 130.

141 Ibid., p. 131.

da comunidade. *CONCEDO A LIBERDADE PROVISÓRIA DE [nome] e determino a sua internação no Hospital de Custódia ou outro estabelecimento psiquiátrico do Estado, até que os especialistas médicos tenham condições de avaliar o quadro e sugerir o tratamento adequado.*”

No segundo conjunto de decisões, todas do mesmo estado, alguns elementos merecem destaque. De início, fica claro o “**modelo**” decisional utilizado para casos de internação provisória (destacado em **vermelho**), utilizado por três juízes diferentes. Além disso, é possível ver que, para os magistrados, indica-se como “transtorno mental” o uso de substâncias psicotrópicas e penas de medida de segurança anteriores. **Os critérios para justificar a medida estão destacados em azul.** No primeiro trecho citado, apenas o uso de entorpecentes é considerado para a internação, junto à percepção leiga da autoridade judicial sobre suas condições mentais. Apesar disso, há estipulação de prazo em todas as decisões:

“No caso, o(s) delito(s) teria sido praticado com violência e grave ameaça à pessoa. Além disso, o custodiado apresentou, nesta oportunidade, sérios sintomas de perturbação e instabilidade mental, havendo fundado temor de que a liberação do custodiado sem o tratamento apropriado coloque em risco sua integridade física e também a ordem pública. Conforme informações fornecidas nos autos o custodiado faz uso constante de medicação psicotrópica, sendo evidente sua condição de transtorno mental. Dessa forma, entendendo que o Núcleo da Custódia não é competente para a instauração do incidente de sanidade mental, este juízo, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL, verifica ser a melhor medida aplicável ao caso concreto, a concessão de liberdade provisória, cumulada com a fixação da medida cautelar de internação provisória, prevista no artigo 319, VII, do Código de Processo Penal, que admite a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-inimputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração. V. Ante o exposto, com fundamento no art. 319, VII do CPP fica concedida a liberdade provisória do custodiado mediante o cumprimento das seguintes medidas cautelares: a) INTERNAÇÃO PROVISÓRIA NA [nome do manicômio judiciário] desta Capital, PELO PRAZO DE 30 DIAS. Devendo o processo ser remetido ao juízo processante o quanto antes, para a instauração do incidente de insanidade mental. (...) ESTE TERMO SERVE COMO OFÍCIO DE DEVOÇÃO DO CUSTODIADO A [manicômio judiciário].”

“No caso, o(s) delito(s) teria sido praticado com violência e grave ameaça à pessoa, todavia, o custodiado possui condenações criminais anteriores, quando foi instaurado o incidente de insanidade mental e sua pena foi convertida em medida de segurança na modalidade de tratamento ambulatorial, a ser cumprida na [manicômio judiciário] desta Capital em razão de flagrante distúrbio mental do custodiado, que foi considerado inimputável. O custodiado apresentou, nesta oportunidade, sérios sintomas de perturbação e instabilidade, havendo fundado temor de que a liberação do custodiado sem o tratamento apropriado colocaria em risco a ordem pública.”

Dessa forma, entendendo que o Núcleo da Custódia não é competente para a instauração do incidente de sanidade mental, este juízo, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL, verifica ser a melhor medida aplicável ao caso concreto, a concessão de liberdade provisória, cumulada com a fixação da medida cautelar de internação provisória, prevista no artigo 319, VII, do Código de Processo Penal, que admite a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-inimputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração, consistente em: a) INTERNAÇÃO PROVISÓRIA [nome do manicômio judiciário] desta Capital, PELO PRAZO DE 180 DIAS. Devendo o processo ser remetido ao juízo processante o quanto antes, para a instauração do incidente de insanidade mental. (...) ESTE TERMO SERVE COMO OFÍCIO DE DEVOLUÇÃO DO CUSTODIADO A [manicômio judiciário].”

“No caso, o(s) delito(s) teria sido praticado com violência e grave ameaça à pessoa. Além disso, o custodiado apresentou, nesta oportunidade, sérios sintomas de perturbação e instabilidade mental, havendo fundado temor de que a liberação do custodiado sem o tratamento apropriado coloque em risco sua integridade física e também a ordem pública. Conforme informações fornecidas nos autos o custodiado faz uso constante de medicação psicotrópica, já foi internado em instituição psiquiátrica e está civilmente interditado, sendo evidente sua condição de transtorno mental. Dessa forma, entendendo que o Núcleo da Custódia não é competente para a instauração do incidente de sanidade mental, este juízo, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL, verifica ser a melhor medida aplicável ao caso concreto, a concessão de liberdade provisória, cumulada com a fixação da medida cautelar de internação provisória, prevista no artigo 319, VII, do Código de Processo Penal, que admite a internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-inimputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração. V. Ante o exposto, com fundamento no art. 319, VII do CPP fica concedida a liberdade provisória do custodiado mediante o cumprimento das seguintes medidas cautelares: a) INTERNAÇÃO PROVISÓRIA NA [manicômio judiciário] desta Capital, PELO PRAZO DE 45 DIAS. Devendo o processo ser remetido ao juízo processante o quanto antes, para a instauração do incidente de insanidade mental. (...) ESTE TERMO SERVE COMO OFÍCIO DE DEVOLUÇÃO DO CUSTODIADO A [nome do manicômio judiciário].”

De acordo com o Manual de Gestão para as Alternativas Penais, esta medida somente poderá ser aplicada nos casos em que se constate, “a partir de perícia médica especializada, a incapacidade absoluta ou reduzida de entender o caráter ilícito do fato em virtude de doença mental, somando-se a este quesito a justificativa de risco em reiteração delituosa”¹⁴². Acrescenta, ainda, que este segundo

142 LEITE, Fabiana de Lima. Manual de gestão para as alternativas penais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça / Ministério da Justiça e Cidadania / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-Penais_ARTE_web.pdf. p. 245.

questo é determinante, tendo em vista inadmissível a internação compulsória como efeito automático da doença mental de uma pessoa que pratica uma ação delituosa¹⁴³. Assim, na medida em que a lei exige que seja feita perícia e tomada decisão sobre a inimputabilidade ou semi-inimputabilidade da pessoa custodiada, algo que foge da competência e capacidade do juiz ou juíza responsável pela audiência de custódia e constitui diligência de difícil execução dentro do prazo legal de 24 horas para realização do ato, **entende-se que o inciso VII do art. 319 não se aplica, via de regra, às audiências de custódia.**

VIII - Fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial

A análise dos elementos do dispositivo que prevê a fiança permite inferir duas funções principais da medida: a primeira ligada à necessidade de proteção da aplicação da lei e do processo, prevista nas duas primeiras hipóteses descritas pelo inciso, e a segunda vinculada a um viés essencialmente punitivo, trazida ao final de sua redação. No relatório de pesquisa “O preço da liberdade: fiança e multa no processo penal”, elaborado pela Conectas Direitos Humanos (2019), são sistematizados os aspectos jurídicos e delineados elementos centrais da aplicação prática da fiança, buscando refletir sobre seu potencial para redução da prisão provisória e sobre o ônus que representa para cada indivíduo.

Dentro da perspectiva de sua regulação jurídica, tem-se que a obtenção da liberdade provisória mediante fiança requer, além do pagamento do valor estipulado em audiência, o cumprimento de uma série de obrigações legais (arts. 327¹⁴⁴, 328¹⁴⁵ e 341¹⁴⁶, CPP) que, se descumpridas sem justa causa, implicam na “quebra de fiança”. O rompimento da fiança pode levar à imposição de outras medidas cautelares ou mesmo à decretação da prisão preventiva (art. 343, CPP), além da perda de metade do valor.

A fiança pode ser arbitrada pela autoridade policial em casos de delitos punidos com pena máxima de quatro anos (art. 322, CPP), excetuados os crimes inafiançáveis e ficando à cargo exclusivo da autoridade judicial nos demais casos. Os crimes inafiançáveis, vale destacar, se referem justamente à impossibilidade de arbitramento de fiança e concessão da liberdade provisória na Delegacia. Entretanto, isso não implica a impossibilidade de concessão da liberdade provisória em juízo. Por

143 Ibid.

144 “Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.” BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DOU de 13/10/1941, retificado em 24/10/1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

145 “Art. 328. O réu afiado não poderá, sob pena de quebra da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.” Idem.

146 “Art. 341. Julgar-se-á quebrada a fiança quando o acusado: I - regularmente intimado para ato do processo, deixar de comparecer, sem motivo justo; II - deliberadamente praticar ato de obstrução ao andamento do processo; III - descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança; IV - resistir injustificadamente a ordem judicial; V - praticar nova infração penal dolosa.” Idem.

isso, ilegais as fundamentações que se baseiam no caráter de inafiançabilidade de certos crimes para concluir pela necessidade de prisão, como no caso abaixo:

*“Ao proclamar a “inafiançabilidade” de determinados delitos, é certo que a Constituição Federal só poderia querer dizer que, nessas hipóteses, não se admite a soltura do agente preso em flagrante nem mesmo mediante o pagamento de fiança (...) **Contudo, para os crimes inafiançáveis - tal como o tráfico internacional de drogas - a Constituição veda terminantemente a concessão de liberdade** até mesmo sob fiança, devendo aqueles presos em flagrante aguardar seu julgamento presos, por imposição constitucional.” (grifos nossos)*

Vale lembrar que, em sede policial, a liberdade provisória não pode ser decretada sem fiança - apesar de a autoridade judicial não ter essa limitação. Se a pessoa custodiada ou familiares não tiverem condições de pagar o valor arbitrado, em 24 horas, a pessoa será encaminhada à audiência de custódia. Em juízo, observa-se a previsão do art. 310, III do CPP: “Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: (...) III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.” Essa afirmação pressupõe que a concessão da liberdade provisória pela autoridade judicial não está condicionada à fiança, de modo que, como já destacado, **não existe prisão cautelar obrigatória para os crimes inafiançáveis.**

A medida, de modo geral, guarda relação de proporcionalidade em relação à gravidade do crime e às possibilidades econômicas da pessoa custodiada, devendo considerar, nos termos dos arts. 325 e 326 do CPP: (i) a natureza da infração, (ii) as condições pessoais de fortuna e (iii) vida pregressa do acusado, (iv) as circunstâncias indicativas de sua periculosidade, (v) a importância provável das custas do processo, até final julgamento, bem como (vi) causas de aumento, diminuição e qualificadores e, no caso de concurso material, (vii) deve-se somar as penas para o cálculo (Súmula 81, do STJ) ou considerar-se cada pena separadamente.

Em casos de arbitramento da fiança por autoridade policial, essa pode ser dispensada pelo juiz ou juíza responsável, caso se verifique a incapacidade da pessoa custodiada em arcar com os custos da medida. Entretanto, nesses casos, a pessoa ainda fica subordinada às condições legais dos arts. 327 e 328 do CPP.

No material empírico, a função da fiança aparece especialmente ligada aos compromissos que estão vinculados à medida nos arts. 327 e 328 do CPP, que preveem, sob risco de quebra da fiança, a necessidade de comparecimento a todos os atos do processo (art. 327), a proibição de mudar de endereço, sem prévia comunicação e permissão da autoridade processante, ou de ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar à autoridade onde será encontrado (art. 328). Isso faz com que, em alguns casos, as condições da fiança sejam aplicadas de forma autônoma, às vezes mesmo com natureza cautelar. Os trechos a seguir ilustram as três situações: valorização das funções dos compromissos acessórios; aplicação autônoma dessas obrigações - que pode ser decor-

rente da aplicação e dispensa da fiança, o que de fato vincularia a pessoa aos art. 327 e 328, ou da mera aplicação das obrigações -; e aplicação autônoma com caráter cautelar das condições da fiança, como se fosse uma das previsões do art. 319 do CPP:

*“Além disso, revela-se **adequada eleger a medida cautelar diversa da prisão consistente na fiança, por gerar a imposição de diversas obrigações** legais ao flagranteado, com a finalidade de assegurar o **regular trâmite processual do caso em juízo.**”* (grifos nossos)

*“Por fim, na hipótese vertente, seria o caso de aplicação de medida cautelar consistente em fiança para assegurar o comparecimento do acusado aos termos do processo e evitar a obstrução de seu andamento. Todavia, considerando a situação econômica do acusado, é de ser dispensado o pagamento da fiança, (...) **sujeitando-se o infrator ao cumprimento das obrigações constantes nos arts. 327 e 328**, ambos do diploma legal.”* (grifos nossos)

*“ANTE O EXPOSTO, com base no **art. 319, I e V**, do Código de Processo Penal, CONCEDO a liberdade Provisória à flagranteada [nome] mediante o cumprimento das **seguintes medidas cautelares: (...) d) Proibição de ausentar-se da Comarca por mais de 08 (oito) dias sem prévia comunicação a este juízo, bem como a obrigação de manter este juízo informado de qualquer mudança de endereço.**”* (grifos nossos)

*“HOMOLOGO A PRISÃO EM FLAGRANTE E DEFIRO A LIBERDADE PROVISÓRIA DA ACAUTELADA [nome], mediante compromisso de cumprimento das **seguintes medidas cautelares, SOB PENA DE REVOGAÇÃO**, nos termos do art. 282, 310, III, e art. **319 do CPP: 1) Comparecimento mensal ao Juízo a que for distribuído o eventual processo, bem como a todos os seus atos, sempre que regularmente intimado, devendo informar ao Juízo eventual mudança de endereço.**”* (grifos nossos)

Vale mencionar que o estabelecimento da obrigação de comparecimento a todos os atos do processo sem que haja embasamento legal representa uma violação aos direitos ao silêncio e à não produção de provas contra si mesmo, como reforçado pelo excerto de decisão abaixo:

*“Registra-se que o fato do flagranteado ser morador de rua não é condição suficiente para frustrar a aplicação da lei penal, considerando que eventualmente **se ele não comparecer em seu interrogatório ele tem em seu favor o direito ao silêncio**. Assim, por ora, não há necessidade de manter o atuado em prisão provisória.”* (grifos nossos)

Não obstante, no caso de hipossuficiência da pessoa atuada, o art. 350 do CPP autoriza o juiz ou juíza a conceder “liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso”, de modo que o embasamento legal deve restar evidente nessa hipótese.

Como visto na parte 1 da Etapa 4, a adequação da fiança ao perfil econômico da pessoa custodiada quase nunca é efetivamente analisada em audiência. Idealmente, a fiança deveria ser fixada em

salários mínimos, observando o binômio delito-possibilidade econômica, nos termos dos arts. 325 e 326 do CPP. Como mencionado, nos casos em que a pessoa não puder suportar os custos da fiança, ela pode ser afastada nos termos do art. 350 do CPP. É importante que isso seja levado em consideração para que, ao fim, a fiança não seja sinônimo de prisão.

Nesse sentido, cabe destacar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferida no Pedido de Extensão (PEExt) no Habeas Corpus nº 568.693/ES, que estendeu para todo o país os efeitos da liminar inicialmente concedida para o estado do Espírito Santo que determina a soltura de pessoas presas cuja liberdade provisória tenha sido condicionada ao pagamento de fiança e que ainda estejam na prisão:

*“Diante do que preconiza o Conselho Nacional de Justiça em sua Resolução, **não se mostra proporcional a manutenção dos investigados na prisão, tão somente em razão do não pagamento da fiança, visto que os casos - notoriamente de menor gravidade - não revelam a excepcionalidade imprescindível para o decreto preventivo.***

Ademais, o Judiciário não pode se portar como um Poder alheio aos anseios da sociedade, sabe-se do grande impacto financeiro que a pandemia já tem gerado no cenário econômico brasileiro, aumentando a taxa de desemprego e diminuindo ou, até mesmo, extirpando a renda do cidadão brasileiro, o que torna a decisão de condicionar a liberdade provisória ao pagamento de fiança ainda mais irrazoável.

*Nesse sentido, considerando o crescimento exponencial da pandemia em nosso País e no mundo e com vistas a assegurar efetividade às recomendações do Conselho Nacional de Justiça para conter a propagação da doença, concedo a liminar para **determinar a soltura, independentemente do pagamento da fiança**, em favor de todos aqueles a quem foi concedida liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, no estado do Espírito Santo, e ainda se encontram submetidos a privação cautelar de liberdade em razão do não pagamento do valor.*

*Nos casos em que impostas outras medidas cautelares diversas e a fiança, **afasto apenas a fiança, mantendo as demais medidas.**” (grifos nossos)*

Essa decisão apresentou justamente a ponderação proposta do binômio delito-possibilidade econômica, preocupando-se, em tempos de pandemia, com a não penalização da pobreza e o uso adequado da cautelar de fiança.

De maneira geral, o que se tem observado é que os operadores da justiça têm aplicado a fiança cumulada com diversas outras medidas, enquanto poderiam utilizar somente essas outras obrigações (arts. 327 e 328, CPP) e cautelares de maneira mais criteriosa. Na medida em que a maioria das pessoas presas em flagrante são jovens, negros, em situação de vulnerabilidade econômica e social, a fiança acaba agindo como mais um mecanismo de restrição de liberdade e reprodução da desigualdade e seletividade do sistema penal¹⁴⁷.

147 CONECTAS DIREITOS HUMANOS. O preço da liberdade: fiança e multa no processo penal. 2019. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/o-preco-da-liberdade-fianca-e-multa-no-processo-penal>. Acesso em 26 nov. 2019.

A constatação aparece como resultado do já mencionado relatório de pesquisa “O preço da liberdade: fiança e multa no processo penal” (2019, p. 16), que analisa a aplicação da fiança pela autoridade policial e, num momento seguinte, em audiência. A pesquisa verificou que algumas pessoas custodiadas levadas às audiências de custódia desconheciam o arbitramento de fiança em sede policial, apesar do direito de serem informados da possibilidade de evitar a prisão ao assinar a nota de culpa. Nesses casos, só tinham ciência da alternativa à prisão por meio do pagamento da fiança durante a audiência, a partir de comentários dos atores ali presentes – autoridade judicial, representante do Ministério Público ou defesa.

De todo modo, aqueles que recebem a fiança são frequentemente pessoas de baixa renda, hipossuficientes, e refletem o perfil da população selecionado pelo direito penal. Assim, é a impossibilidade econômica que efetivamente impede que o valor seja quitado e a liberdade provisória decretada. Por isso, o arbitramento da fiança deve sempre considerar a situação econômica e social do imputado ou imputada com base em **elementos objetivos e em eventual autodeclaração de hipossuficiência da pessoa custodiada** - feita durante o atendimento social prévio ou em audiência -, e, constatada situação de vulnerabilidade econômica e social, a liberdade provisória deve ser concedida sem a fiança como medida cautelar. Além disso, deve ser assegurado que a pessoa custodiada tenha ciência de seus direitos, inclusive da possibilidade de restituição do valor ao fim do processo.

IX - Monitoração eletrônica

Segundo o “Modelo de Gestão para a Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas”, publicado em 2017 pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), entende-se por monitoração eletrônica:

“os mecanismos de restrição da liberdade e de intervenção em conflitos e violências, diversos do encarceramento, no âmbito da política penal, executados por meios técnicos que permitem indicar de forma exata e ininterrupta a geolocalização das pessoas monitoradas para controle e vigilância indireta, orientados para o desencarceramento.”¹⁴⁸

Segundo o documento supracitado e os diagnósticos nacionais de 2015 e 2017 sobre os serviços de monitoração eletrônica¹⁴⁹, sua utilização não tem possibilitado a redução da privação de liberdade. Ao contrário, representam instrumento de expansão do controle do Estado e agravamento

148 PIMENTA, Izabella Lacerda. Manual de Gestão para a Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas. Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/monitoracao-eletronica/modelo-de-gestao/modelodegestoparaamonitaoeletrnicadepessoas.pdf>. p. 14.

149 Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Diagnóstico da Política de Monitoração Eletrônica. PIMENTA, Izabella Lacerda (autora). Brasília: PNUD, 2018. Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil - análise crítica do uso da monitoração eletrônica de pessoas no cumprimento da pena e na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência. PIMENTA, Izabella Lacerda (autora). Brasília: PNUD, 2015.

das condições de cumprimento da pena privativa de liberdade. Além disso, os estudos apontam para o fato de que cada unidade da federação adota lógicas e dinâmicas próprias na aplicação e no acompanhamento da medida de monitoração¹⁵⁰. Por isso, a necessidade de se observar o Modelo acima referido, visando, dentre outras coisas, orientação e qualificação em nível nacional dos serviços de monitoração eletrônica, como ferramenta importante para a construção de diretrizes sólidas e consistentes com os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015.

No âmbito específico das medidas cautelares, o referido Modelo de Gestão atenta para o fato de que as medidas cautelares podem ser aplicadas cumulativamente, e que a monitoração eletrônica é a última opção elencada no art. 319 do CPP. Ou seja, segundo o documento, “a monitoração eletrônica deve ser aplicada de modo subsidiário e residual às outras modalidades legalmente previstas, como um instrumento para conter o encarceramento e reduzir o alto número de presos provisórios”¹⁵¹. Trata-se de assertiva amparada na Resolução CNJ nº 213/2015:

*“Art. 10. A aplicação da medida cautelar diversa da prisão prevista no art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, **será excepcional e determinada apenas quando demonstrada a impossibilidade de concessão da liberdade provisória sem cautelar ou de aplicação de outra medida cautelar menos gravosa**, sujeitando-se à reavaliação periódica quanto à necessidade e adequação de sua manutenção, sendo destinada exclusivamente a pessoas presas em flagrante delito por 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, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Código Penal, bem como pessoas em cumprimento de medidas protetivas de urgência acusadas por crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, quando não couber outra medida menos gravosa.” (grifos nossos)*

Dito de outro modo, a monitoração é indicada apenas quando insuficientes todas as outras medidas menos gravosas, como alternativa à prisão preventiva e não à liberdade, em especial ante outras medidas menos gravosas. A disposição da Resolução estabelece ainda critérios objetivos para aplicação da monitoração quanto à capitulação, indicando que 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**” (grifos nossos).

A função que essa medida cautelar assume está ligada à vigilância, e serve à **tutela do risco de fuga** e da **prática de novas infrações**, apesar de questionável a legitimidade da segunda função.

150 Ibid., p. 15.

151 Ibid., p. 73.

Pode aparecer também como medida secundária para fiscalizar o cumprimento das outras medidas, cumprindo diferentes dimensões de tutela cautelar¹⁵². A função acessória e de controle, que tem como pressuposto evitar o cometimento de novas infrações, é reproduzida em diversas atas:

*“No caso, considerando as especificidades do caso, entendo que é o caso de conversão da sua prisão preventiva em domiciliar, com a cautelar de monitoração eletrônica. Isso porque, de um lado, a prisão domiciliar com monitoramento **impedirá que ela torne a delinquir**, mostrando-se, desse modo, adequado e suficiente ao caso.”* (grifos nossos)

*“Isso porque o monitoramento **impedirá que ele torne a delinquir**, mostrando-se, desse modo, adequado e suficiente ao caso.”* (grifos nossos)

*“Dada a palavra ao Ministério Público, assim manifestou: (...) concessão de liberdade provisória com aplicação de tornozeleira eletrônica para **fiscalização das medidas protetivas já aplicadas.**”* (grifos nossos)

*“Acrescento como condição alternativa para a investigada [nome] o uso da **tornozeleira eletrônica**, porquanto essa medida mostra-se eficaz e **complementar** a que lhe foi fixada, ou seja, a prisão domiciliar.”* (grifos nossos)

*“3 - **FREQUENTAR O CURSO DO CEAPA sobre violência doméstica**, pelo período mínimo de ministração do referido grupo de reflexão, cientificando-lhe que em caso de descumprimento de qualquer uma das medidas cautelares, será decretada a sua prisão preventiva; 4 - **MONITORAÇÃO ELETRÔNICA para garantia do cumprimento da cautelar supra**, pelo prazo de 6 (seis) meses.”* (grifos nossos)

Além disso, nos casos de violência doméstica, a monitoração eletrônica aparece como ferramenta de controle do custodiado para proteção da pessoa que sofreu violência doméstica e familiar:

*“A medida cautelar de monitoramento eletrônico como substituição à prisão provisória é uma forma legal de **controle judicial dos movimentos do processado**, que pode ser aplicada quando as circunstâncias do caso concreto autorizarem, mormente para **fiscalização e eficácia de medidas protetivas** deferidas em favor de vítima, **como forma de resguardo de sua integridade física, psicológica e moral.**”* (grifos nossos)

O caso abaixo mostra, ainda, aplicação não usual que atrela a medida ao “elevado índice de violência doméstica no estado” e a suposições sobre o tamanho do risco que a vítima corre:

*“Contudo, **entendo ser cabível a monitoração eletrônica do preso notadamente pelo alto índice de violência doméstica contra mulheres** no estado e considerando ainda **não restou muito claro para este juízo as circunstâncias envolvendo a agressão familiar** notadamente porque policiais no APF aduzem que presenciaram o preso ameaçar a vítima de morte.”* (grifos nossos)

152 LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Op. Cit., 2017, p. 169.

Vale ressaltar ainda que portar uma tornozeleira é um elemento estigmatizante e que não dá conta, por si só, de mudar valores e atitudes em torno de conflitos relacionais, devendo sua aplicação, também por esses motivos, ser restrita e muito cautelosa. A esse respeito, o Modelo de Gestão indica que a monitoração eletrônica, apesar de auxiliar a proteção da mulher em situação de violência doméstica, não é capaz de solucionar as violências de gênero, questão que não está relacionada apenas ao uso da força, mas também à posição das mulheres na estrutura social. A monitoração eletrônica é um instrumento atrelado ao controle penal, não estando, portanto, implicada efetivamente com a resolução dos conflitos que estão na raiz das situações de violência. Portanto, é preciso pensar modos de administração dos conflitos para além das arenas do controle e da punição.¹⁵³

Por se tratar de medida que impõe severas restrições e punições à pessoa monitorada eletronicamente, ela pode, até mesmo, motivar outras formas e níveis de violência. Determinadas condições impostas sem a devida análise individualizada podem igualmente provocar ou acentuar vulnerabilidades, implicando, por exemplo, restrições em tratamentos de saúde, no desenvolvimento de atividades laborais, educativas, comunitárias, dentre outras.

Há de se considerar os impactos profundos que a adoção da monitoração terá sobre a vida dessa pessoa, mas igualmente de terceiros que com ela convivem, como familiares - incluindo crianças e adolescentes -, vizinhos, amigos, colegas de trabalho e de escola. A monitoração pode, ainda, levar a situações de discriminação em diversas esferas de sociabilidade, inclusive a profissional, principalmente quando aplicadas em pessoas negras, indígenas ou integrantes de povos e comunidades tradicionais.

Isso posto, a monitoração precisa ser analisada caso a caso, conforme condições psicossociais que determinam a capacidade de cumprimento integral da medida. Observa-se, por exemplo, em razão da própria natureza de controle e vigilância penal e limitadora do direito de ir e vir, a medida não é recomendada para pessoa idosa, com deficiência, transtornos mentais ou em sofrimento psíquico, com doença grave ou outras questões de saúde; pessoa em situação de uso abusivo de álcool ou outras drogas; pessoa em situação de rua ou em situação de extrema vulnerabilidade que inviabilize o pleno funcionamento do equipamento ou a eficácia da medida; pessoa que resida em local sem fornecimento regular de energia elétrica ou com cobertura limitada ou instável quanto à tecnologia utilizada pelo equipamento de monitoração eletrônica; pessoa indígena ou integrante de outros povos ou comunidades tradicionais; e gestante, mãe ou pessoa responsável por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência. O instrumento, assim, deve ser reservado apenas para casos graves, sob risco de banalização do expansionismo penal e violação de liberdades e garantias individuais.

Nos termos do Protocolo I da Resolução CNJ nº 213/2015, a aplicação da monitoração eletrônica deve observar as seguintes diretrizes: (i) efetiva alternativa à prisão provisória; (ii) necessidade e

153 PIMENTA, Izabella Lacerda. *Manual de Gestão para a Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas*. Op. Cit., p.81-83.

adequação; (iii) **provisoriedade**, por meio da delimitação de prazo para a medida e, se for o caso, de previsão de reavaliação periódica com substituição por medida menos gravosa; (iv) **menor dano**, com a adoção de fluxos, procedimentos, metodologias e tecnologias menos danosas e que minimizem o estigma; e (v) **normalidade**, para buscar a redução do impacto causado pelas restrições impostas e pelo uso do dispositivo, assim como “a aproximação ao máximo da rotina da pessoa monitorada em relação à rotina das pessoas não submetidas à monitoração eletrônica”.

Quando a autoridade judicial entenda efetivamente cabível a imposição da monitoração eletrônica, salienta-se que a mesma pode ser imposta de forma isolada ou cumulativamente com outras medidas, quando devidamente justificado. É importante que as condicionalidades decorrentes de medidas cautelares cumuladas ou ainda da prisão domiciliar contemplem a realização de atividades que contribuam para a inserção social à luz dos princípios da normalidade e menor dano à pessoa monitorada, especialmente atividades de estudo e trabalho - incluindo a busca ativa e o trabalho informal -, providências de atenção à saúde, aquisição regular de itens necessários à subsistência, atividades de cuidado a filhos e familiares e comparecimento a atividades religiosas, por exemplo. Além disso, o Protocolo I consigna que as Centrais de Monitoração Eletrônica “contarão com equipes multidisciplinares regularmente capacitadas para atuarem no acompanhamento das medidas cautelares”, encarregadas pelo acompanhamento da medida e tratamentos de incidentes, visando a redução do descumprimento das condicionalidades e eventual reentrada no sistema penitenciário.

No material empírico, casos de flagrante ilegalidade condicionam a soltura da pessoa à instalação da tornozeleira, mesmo que não haja mais unidades disponíveis no fórum. Ou seja, a pessoa é injustamente penalizada por problemas relativos à estrutura do fórum e à disponibilidade de equipamentos da Central de Monitoração Eletrônica:

“Ademais, para os casos de determinação de uso da tornozeleira, a soltura do preso somente pode ocorrer após a colocação da tornozeleira eletrônica, sendo que caso não haja equipamento de monitoração disponível, deve a Unidade Prisional informar imediatamente este núcleo para providências.”

Condizente com o quadro normativo vigente e com as disposições da Resolução CNJ nº 213/2015, estaria o entendimento em sentido contrário: “A falta do equipamento de tornozeleira eletrônica não será empecilho à colocação em liberdade dos autuados, devendo o equipamento ser colocado assim que disponível”. Desse modo, quando a determinação de monitoração eletrônica esbarrar na falta de equipamentos disponíveis, deve-se ou privilegiar a imposição de medidas cautelares menos restritivas - sem prejuízo de serem revistas posteriormente, caso se mostrem insuficientes -, ou proceder à liberdade provisória (combinada ou não com outras cautelares), condicionada à instalação do equipamento pela Central Integrada de Monitoração Eletrônica assim que possível.

Por fim, o Decreto nº 7.627/2011, que regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas, dis-

põe que o sistema de monitoramento será estruturado de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada. Tais dados são sensíveis por natureza, pois podem ensejar discriminação e tratamento degradante às pessoas monitoradas e às mulheres em situação de violência doméstica e familiar¹⁵⁴. Na mesma direção, a Resolução CNJ nº 213/2015 prevê expressamente sigilo sobre os dados das pessoas monitoradas, de maneira que o acesso e utilização de informações coletadas durante a monitoração eletrônica “dependerá de autorização judicial, em atenção ao art. 5º, XII, da Constituição Federal” (art. 10, parágrafo único).

Art. 320, CPP - A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas

No caso de pessoas custodiadas migrantes, pode ser construído um discurso sobre a necessidade de segregação cautelar diante da falta de vínculos com o território - algo que supostamente facilitaria a fuga ou a evasão do processo. É o que acontece, por exemplo, no caso abaixo citado, em que, ao invés de lançar mão dos recursos disponíveis e outras medidas, a autoridade judicial afasta-se do melhor entendimento do quadro normativo vigente e coloca que:

*“considerando que os autuados são estrangeiros, a necessidade da custódia cautelar se faz necessária para garantir eventual aplicação da Lei Penal, eis que a **ausência de vínculos com o território torna provável que os mesmos se furem de eventual processo criminal.**” (grifos nossos)*

A decisão abaixo traz entendimento em sentido diverso. Ainda que faça uso de uma linguagem que mobiliza a expansão das ferramentas de controle punitivo e o argumento já problematizado do “risco de reiteração delitiva”, entende que o art. 320 colabora para evitar a fuga e proteger a instrução e a investigação - sendo desnecessária a prisão cautelar:

*“À primeira vista, poder-se-ia cogitar ser o caso de conversão do flagrante em prisão preventiva. Contudo, o art. 282, par. 6º, do CPP, estabelece que referida modalidade de prisão provisória somente será determinada se não for cabível a adoção de algumas das medidas cautelares do art. 319 do mesmo diploma legal. **No caso concreto, a medida cautelar de monitoração eletrônica aliada à medida do art. 320, CPP, de retenção de passaporte, surge como providência adequada e suficiente para tutela da ordem pública, porquanto, ao permitir a vigilância ininterrupta dos movimentos do autuado, com o controle de sua circulação, remedia o risco de reiteração delitiva e fuga, com a vantagem de atingir de modo menos gravoso a liberdade do conduzido do que a conversão em prisão preventiva.**” (grifos nossos)*

154 O documento “Diretrizes para tratamento e proteção de dados na monitoração eletrônica de pessoas” (2016) foi publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, oferecendo princípios, diretrizes e regras para o tratamento e proteção de dados pessoais na monitoração. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/monitoracao-eletronica/modelo-de-gestao/diretrizespartratamentoeprotecaodedadosnamonitoracaoeletronicadepessoas.pdf>

4.2.2. Fases para determinação das medidas cautelares mais adequadas a cada situação concreta

Apesar de cada cautelar servir a um objetivo, fica evidente a incongruência na aplicação das medidas que marca grande parte dos casos analisados, bem como a aplicação de “combos” de cautelares excessivamente onerosos à pessoa presa:

*“Entretanto, **declarou ser dependente químico** e, indagado sobre o interesse em tratamento, declarou tê-lo. **Deste modo, tenho fundada suspeita de que a concessão irrestrita da liberdade do flagranteado, sem qualquer acompanhamento, será prejudicial** ao curso natural do processo e a própria garantia da ordem pública. De seu turno, a adequabilidade, para efeito de imposição de medidas cautelares, demanda a cominação de instrumentos outros restritivos da liberdade, de caráter também provisório e urgente, diversos da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado. Assim sendo, com ênfase nas assertivas supra, **CONCEDO A LIBERDADE PROVISÓRIA (...), impondo as seguintes medidas cautelares:***

1) Comparecimento mensal, pelo prazo de 180 dias ou até a prolação da sentença, o que ocorrer primeiro, à CENTRAL INTEGRADA DE ALTERNATIVAS PENAIAS, para cadastramento do CUMPRIDOR e acompanhamento das obrigações cautelares que seguem: a) **informar e justificar suas atividades, além de receber orientação psicossocial voltada à prevenção de prática delitiva;** b) **proibição de mudar de residência ou de ausentar-se dela por mais de 07 (sete) dias sem prévia comunicação ao Juízo processante, indicando o lugar onde poderá ser encontrado;** c) proibição de frequentar bares, boates, e estabelecimentos do gênero; d) recolhimento domiciliar no período noturno, entre as 19h e 06h, e nos dias de folga do trabalho; e) **não se envolver em crimes ou contravenções;** f) **sujeitar-se à fiscalização das autoridades competentes e seus servidores, tratando-os com urbanidade e respeito;** g) **obrigação de fornecer as informações corretas quando do preenchimento do cadastro na Central de Alternativas à Prisão.**

2) **INTERNAÇÃO EM COMUNIDADE TERAPÊUTICA para o tratamento contra a drogadição.**” (grifos nossos)

Em **vermelho**, foram indicadas as **cautelares não previstas pelo art. 319**, e em **azul as condições da fiança** (arts. 327 e 328, CPP) **aplicadas como cautelares autônomas**. Vale destacar que a aplicação das condições da fiança como cautelares autônomas é extremamente comum e se encontra fora das previsões do quadro normativo vigente. Ao todo, são 9 (nove) cautelares aplicadas para responder às funções de proteger o “curso natural do processo e a própria garantia da ordem pública”. Ainda que possa ser questionada a função de prevenção geral positiva contida na lógica da ordem pública, bastava que tivesse sido aplicada uma cautelar nesse sentido, e outra, como o comparecimento periódico em juízo, para proteger a investigação criminal. Ou, ainda, uma única cautelar que congregasse as duas funções.

Nessa etapa, buscando evitar a aplicação de combos que sejam 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**, com vistas a permitir uma primeira aproximação às possibilidades de correlação.

Quadro 1. Medidas cautelares diversas da prisão e suas funções ¹⁵⁵									
	I. CC	II. CPL	III. CPP	IV. CPC	V. CRN	VI. SFP	VII. IP	VIII. CF	XI. ME
Supervisão do risco de fuga									
Tutela da prova									
Medida acessória (fiscalização)									

Com base no quadro acima e nas observações já feitas sobre cada medida, propõe-se que o processo decisório siga uma linha de raciocínio clara, pautando-se sempre pela proporcionalidade de sua aplicação. Lopes Jr.¹⁵⁶, nesse sentido, indica que se deve optar sempre pela cautelar proporcional à situação, decompondo o princípio em (i) **adequação** - medida apta aos seus meios e fins -, (ii) **necessidade** - a medida não deve exceder o imprescindível para obter o resultado esperado; e (iii) **proporcionalidade em sentido estrito**, devendo ser sopesados os direitos fundamentais em jogo, ancorando o sopesamento no princípio da dignidade da pessoa humana:

“É importante destacar que, depois da reforma perpetrada pela Lei nº 12.403/2011, ratificou-se o caráter excepcional da prisão cautelar, em homenagem ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Provas disso são as novas medidas cautelares diversas da prisão no Código de Processo Penal. Na fixação dessas medidas cautelares, o Princípio da Proporcionalidade possui grande relevância, garantindo a imposição de medida que se mostre adequada, necessária e suficiente, diante do caso concreto, a fim de buscar o equilíbrio entre a máxima efetividade da medida e a menor restrição possível aos direitos do indivíduo.”

155 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).

156 LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. Op. Cit., 2017, p. 46-49.

Por fim, cada uma das cautelares previstas **taxativamente** no art. 319 do CPP, deve ser considerada como portadora de finalidades e fundamentos próprios, portanto adequada a situações particulares e diversas. Uma a uma, então, devem ser consideradas as seguintes medidas, na ordem que se segue. 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 1: Comparecimento periódico em juízo

O comparecimento periódico em juízo é a medida que aparece com mais frequência nas decisões em audiências de custódia, seja como parte de combos ou não. Das 1.338 decisões coletadas, em 700 houve a concessão de liberdade provisória com cautelares e, destas, em 440 (62,8%) houve a aplicação da medida cautelar de comparecimento periódico em juízo. Segundo levantamento feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com o Conselho Nacional de Justiça, nesse sentido, a obrigação de comparecimento periódico em juízo, junto à proibição de ausentar-se da comarca, são as cautelares mais frequentemente aplicadas em audiências de custódia¹⁵⁷.

A medida responde às funções gerais de proteção do processo e de responsabilização da pessoa custodiada, na medida em que o comparecimento periódico em juízo e o ato de justificar suas atividades contribuem para que se crie na pessoa um vínculo de responsabilidade com os procedimentos em curso. Além disso, diminui a possibilidade de evasão e reforça a importância de comparecimento a todos os atos do processo. Aqui, ainda, 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 desdobramentos sobre a vida daquela pessoa.

Por isso, como medida capaz de responder a diversas funções concomitantemente, a autoridade judicial da custódia deve fortalecer o papel dessa cautelar e considerar primeiramente se, sozinha, é capaz de cumprir as necessidades de cada caso particular.

Como ressalvas à sua aplicação, importante considerar, como já mencionado, em que medida o comparecimento em juízo periódico é compatível com as condições financeiras de custeio do transporte e de tempo para que a pessoa vá regularmente ao fórum, bem como com suas condições pes-

157 DA ROSA, Alexandre Morais; BECKER, Fernanda E. Nöthen. Audiência de custódia no Brasil: desafios de sua efetiva implementação. Revista Sistemas Judiciales. Publicação anual de CEJA e INECIP, ano 17, n. 21.[s.l.: s.n.], 2017. Disponível em: https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/05/temacentral_moraisdarosaynothenbecker-1.pdf

soais e sociais. Isto é, os custos que isso representa para pessoas que recebem por dia trabalhado, a existência de filhos ou dependentes que coloca certa rigidez na rotina, a necessidade de tratamentos médicos ou dificuldade de locomoção por questões de saúde, por exemplo.

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

Do modo como têm sido aplicadas, essas medidas extrapolam a função de acautelamento do processo e garantia de aplicação da lei. Propõe-se, aqui, que o segundo momento de decisão sobre as cautelares necessárias a cada caso passe pela seguinte pergunta: *é necessário proteger alguém ou resguardar algum lugar, com o objetivo de proteger a investigação e a instrução?* Se sim, então essas medidas passam pela fase de adequação de verificação da proporcionalidade da medida, ao passo em que correspondem aos meios e fins desejados pelo juiz ou juíza.

Caso contrário, as medidas não devem ser aplicadas, pois irão agir colateralmente como instrumento de banimento social, excessivamente oneroso para o custodiado ou custodiada.

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

A proibição de ausentar-se da comarca, para passar pelo teste de adequação, deve ter fins que sejam coerentes com a realidade prática da pessoa custodiada. Isso é, sua finalidade se justifica apenas em casos em que haja fatos concretos e recentes que indiquem a possibilidade de fuga ou de se ausentar da comarca, evadindo-se do processo. Pode, por exemplo, ser o caso de migrantes, de pessoas com vínculos familiares e de emprego em outras comarcas, pessoas que já tenham realizado tentativas de fuga. **Caso contrário, serve à função de responsabilização e vinculação ao processo a medida de comparecimento periódico em juízo.**

Além disso, a análise da necessidade (não deve se exceder aos fins que se propõe) e da proporcionalidade em sentido estrito (deve haver o menor ônus possível à dignidade da pessoa humana) no teste de proporcionalidade sobre o cabimento da medida faz com que sua aplicação deva ser balizada pelas condições pessoais e contexto de vida da pessoa custodiada. Isso significa levar em consideração se a pessoa precisa constantemente sair da comarca a trabalho - por exemplo, em casos de artistas -, e se tem condições de arcar com os custos de um advogado ou de quebrar constantemente sua rotina para ir à defensoria e pleitear a autorização judicial para sair, por exemplo.

Assim, essas duas questões guiam o terceiro momento de reflexão sobre as cautelares adequadas: *existem razões específicas para que se proíba a saída da comarca e que não são supridas pela medida de comparecimento em juízo? Cabe no contexto de vida dessa pessoa a necessidade de, toda vez que precisar ausentar-se da comarca, acionar profissional da advocacia ou a defensoria pública para fazer requerimento à autoridade judicial?*

A autoridade judicial, ainda, pode fazer uso de seu poder de flexibilização da medida para que se torne o menos onerosa possível ao custodiado ou custodiada, estabelecendo um prazo dentro do qual a saída não requeira autorização judicial. É o caso, por exemplo, das decisões que aplicam a medida da seguinte maneira: “Proibição de ausentar-se da Comarca, por mais de 10 dias, sem prévia autorização judicial”; “Não poderá deixar a comarca por mais de 15 dias sem prévia autorização”.

Fase 4: Fiança

A fiança, além do ônus financeiro que traz, enseja a necessidade de cumprimento das obrigações dos arts. 327 e 328 do CPP. São elas: a obrigação de comparecer a todos os atos do processo, a proibição de mudar de residência sem prévia permissão da autoridade processante e comunicação do novo endereço, bem como de ausentar-se por mais de 8 (oito) dias da comarca, sem comunicar o lugar onde será encontrado. Além disso, fica a pessoa impedida de obstruir deliberadamente o processo, descumprir medida cautelar imposta cumulativamente com a fiança, resistir injustificadamente a ordem judicial e cometer novas infrações dolosas, nos termos do art. 341 do CPP.

Assim, reúne em si a obrigação já prevista pela medida cautelar de proibição de ausentar-se da comarca, ainda que de modo mais flexível, e a isso acrescenta a necessidade de comparecimento a todos os atos do processo, de comunicação do novo endereço em caso de mudança, a proibição de atrapalhar a aplicação da lei e de cometer novos crimes. Pelo seu caráter múltiplo, pode ser caracterizada como mais gravosa do que as medidas já discutidas, devendo as previsões das etapas anteriores serem priorizadas.

Caso aplicada, não deve ser cumulada com as previsões de comparecimento periódico em juízo e de proibição de ausentar-se da comarca, dado que a função de proteção do processo pela responsabilização e criação de vínculos com os atos processuais já estaria sendo cumprida.

Em relação ao ônus financeiro da medida, é evidente a carga que representa diante do nítido recorte que há no perfil das pessoas custodiadas. São, em sua maioria, pessoas negras, pobres e jovens, que dificilmente terão os recursos necessários para arcar com os custos da fiança. Mesmo que tenham renda fixa mais alta do que o valor arbitrado, deve ser levado em consideração seus custos mensais - como aluguel, sustento da família, tratamentos médicos, alimentação - e o quanto, efetivamente, a pessoa tem como excedente para pagar de imediato a fiança. Em último caso, a fiança mede a capacidade da pessoa custodiada de poupar recursos, o que se sabe ser algo extremamente difícil e custoso para a população de baixa renda. Isso faz com que, em diversos casos, a individualidade da medida seja violada diante da necessidade de que familiares e amigos arquem com o valor determinado em juízo.

Caso se entenda necessária a aplicação da fiança principalmente pelas obrigações que gera, é importante lembrar que elas **podem ser aplicadas sem o ônus financeiro**. É o que prevê o art. 350 do CPP: “Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá

conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso”.

Assim, pode ser interessante a aplicação da medida com o afastamento do valor pecuniário, considerando que dentre as obrigações que gera tem mais flexibilidade a proibição de ausentar-se da comarca, e a comunicação de novo endereço pode ser facilmente cumprida. Para isso, imprescindível que a pessoa seja orientada com clareza sobre como deve ser feita essa comunicação fornecendo-lhe, por exemplo, o número telefônico do cartório e explicando o procedimento. Isso vale também para o fato de que entra como condição da fiança a impossibilidade de descumprimento de outras cautelares cumuladas.

Apesar, entretanto, do cumprimento, em tese, menos complicado da medida, é imperativo que em cada caso sejam avaliadas as condições pessoais que indiquem possibilidade de seu cumprimento. Em estados da região Norte, por exemplo, a avaliação sobre a autorização e comunicação de mudança de endereço é de que ela se coloca como extremamente onerosa, dadas as dificuldades em relação às condições de moradia e ao deslocamento nesta região, comumente por meio fluvial.

É imprescindível, então, que o contexto socioeconômico de cada pessoa, em todos os estados, seja levado em consideração, e que haja transparência e qualidade na orientação sobre os meios de cumprimento da medida. Para isso, as seguintes questões devem balizar a aplicação da fiança: (1) *Já houve arbitramento da fiança na delegacia? Se sim, esse valor pode ser arcado pela pessoa?* Em caso de afastamento do valor da fiança arbitrado pelo delegado de polícia, deve haver esclarecimento sobre todas as obrigações geradas pela medida, e elas **não devem ser cumuladas com as previsões do art. 319 de comparecimento periódico em juízo e proibição de ausentar-se da comarca**, tendo em vista a sobreposição de funções.

Caso não tenha sido arbitrado valor na fase policial, deve ser evitada a sanção pecuniária, diante do recorte socioeconômico da população custodiada. Então, devem ser feitas as seguintes perguntas: (2) *As obrigações geradas pela fiança fazem, no caso concreto, mais sentido do que as mencionadas previsões do art. 319?* Se sim, a fiança pode ser afastada e continuam valendo suas obrigações, tendo-se em mente que são medidas mais gravosas do que aquelas já apresentadas.

Fase 5: Monitoração eletrônica

De todas as medidas, a monitoração eletrônica é a mais gravosa e a que representa maior ônus para a pessoa custodiada. Tida pelos juízes e juízas como medida de controle, vigilância e punição, sua função não pode ser estabelecida para além do viés exclusivamente processual. A aplicação da monitoração eletrônica materializa a expansão da malha punitiva para a intimidade e o cotidiano das pessoas.

Além disso, sua utilização é elemento de estigma e marginalização de uma população já comumente posta como alvo do sistema penal e de políticas de repressão, e pode representar a inviabiliza-

ção do exercício de atividades remuneradas por pessoas que precisam de mobilidade para trabalhar, quando impostas condicionalidades demasiado restritivas. É o caso, por exemplo, de motoristas de aplicativo, entregadores, trabalhadores rurais - trabalhadores informais, que representam, de acordo com o último levantamento, 40,6% do mercado de trabalho, somando 38 milhões de pessoas¹⁵⁸.

Nesse sentido, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)¹⁵⁹, em publicação internacional de referência na temática, coloca como preocupação fundamental que o uso de tornozeleiras eletrônicas adicione uma camada extra de supervisão e restrição aos acusados, às vezes de maneira injustificada, infringindo excessivamente a privacidade e a dignidade humana do indivíduo¹⁶⁰.

No “Diagnóstico sobre a Política de Monitoração Eletrônica”, publicado em 2018 por meio de parceria entre o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), atenta-se, da mesma maneira, para o fato de que a monitoração eletrônica é um instrumento de controle penal, “uma medida constrangedora e altamente capaz de degradar a vida do indivíduo nos âmbitos da família, do trabalho e demais relações sociais”¹⁶¹.

Por outro lado, o documento afirma que a monitoração eletrônica tem potencialidade para conter a superpopulação carcerária e reduzir o número de presos provisórios no Brasil, caso sua aplicação seja pautada por princípios, protocolos e metodologias para que os serviços de monitoração sirvam, de fato, para se contrapor ao uso hegemônico da privação de liberdade¹⁶². Entretanto, o Diagnóstico revela que a monitoração não tem servido ao desaceleramento das taxas de encarceramento ou da entrada de pessoas no sistema prisional, apontando para uma tendência na condução da política de monitoração eletrônica não como alternativa à prisão, mas como expansão do controle sobre pessoas às quais já era concedida a liberdade provisória¹⁶³.

Além do “Manual de Gestão”¹⁶⁴ e do “Diagnóstico sobre a Política de Monitoração Eletrônica”¹⁶⁵, documentos que fornecem subsídios importantes para uma utilização da monitoração eletrônica voltada à diminuição das taxas de encarceramento e pautada pelo respeito à dignidade da pessoa

158 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Indicadores IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD. IBGE, Rio de Janeiro, abril de 2020.

159 UNITED NATIONS. Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons. Nova York: UNODC, 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Overcrowding_in_prisons_Ebook.pdf. Acesso em 30 jul. 2020.

160 Ibid., p. 111.

161 PIMENTA, Izabella Lacerda. Diagnóstico sobre a Política de Monitoração Eletrônica. Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil: 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/monitoracao-eletronica/arquivos/diagnostico-monitoracao-eletronica-2017.pdf>. p. 8.

162 Ibid.

163 Ibid., p. 9.

164 Ibid.

165 Ibid.

humana -, cabe destacar, como documento normativo de referência, o Decreto nº 7.627/2011, que apresenta pontos específicos que devem ser observados para a execução da Lei nº 12.403/2011 (Lei das Cautelares).

O decreto afirma que os direitos e deveres das pessoas monitoradas devem ser informados de maneira clara e na forma de documento, e reafirma a importância de equipes multidisciplinares no acompanhamento da medida. Ou seja, 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.

Com base na Resolução CNJ nº 213/2015 (art. 10) e no Protocolo I já analisados na seção referente aos tipos de medidas cautelares deste Manual, destaca-se que a aplicação da monitoração eletrônica deve ser excepcional e justificada a partir de elementos concretos de que necessária para fiscalização do cumprimento das outras medidas, tendo em vista sua natureza acessória. E, assim como é requisito para a decretação da prisão que se justifique o porquê de não cabíveis as outras medidas cautelares, a aplicação da monitoração eletrônica só pode ser feita após esforço argumentativo que demonstre que as outras medidas não são adequadas ao caso.

Se, após a análise da proporcionalidade em sentido estrito, constata-se que nenhuma dessas medidas é adequada, passa-se à Etapa 5, referente à decretação de prisão preventiva, se houver requerimento nesse sentido.

5 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

Para adentrar na Etapa 5 alguns pressupostos se fazem necessários: (i) existência de requerimento nesse sentido (art. 311, CPP, a partir da redação dada pelo Pacote Anticrime); e (ii) o não cabimento de substituição da prisão preventiva por outra medida cautelar, conforme tratado nas etapas anteriores deste Manual, o que deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada (art. 282, § 6º).

Sobre o primeiro ponto, vale destacar mais uma vez a recente decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Medida Cautelar no HC nº 186.421, que asseverou a impossibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício inclusive no âmbito da audiência de custódia:

*“2. **Impossibilidade**, de outro lado, da **decretação “ex officio” de prisão preventiva** em qualquer*

situação (em juízo ou no curso de investigação penal), **inclusive no contexto de audiência de custódia** (ou de apresentação), sem que se registre, mesmo na hipótese da conversão a que se refere o art. 310, II, do CPP, **prévia, necessária e indispensável provocação do Ministério Público ou da autoridade policial**. Recente inovação legislativa introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”), que alterou os arts. 282, § 2º, e 311, do Código de Processo Penal, suprimindo ao magistrado a possibilidade de ordenar, “sponte sua”, a imposição de prisão preventiva.” (grifos nossos)

Cumpridos tais pressupostos, o art. 313 admite a decretação da prisão preventiva: (i) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (ii) se houver condenação por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; ou se (iii) o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Cumpridos os critérios objetivos para a decretação da prisão, é necessária a análise de seus requisitos materiais.

De acordo com o art. 312 do CPP, “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”. Como se nota da atual redação do dispositivo, dada pela Lei nº 13.964/2019, além da já conhecida exigência de materialidade e indícios de autoria, passou a ser necessária para a decretação da medida mais um elemento: a prova de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, em consonância com o uso excepcional da prisão provisória.

Partindo do mencionado dispositivo, neste ponto, o foco está nos elementos que compõem a “garantia da ordem pública”, vez que os objetivos relacionados à “conveniência da instrução criminal” e a “assegurar a aplicação da lei penal” já foram considerados nas etapas 3 e 4.

De acordo com o que vem sendo defendido na presente parametrização, propõe-se, para os critérios de imposição de medidas cautelares desvinculados de qualquer função de instrumentalidade para o processo, o entendimento de que não podem ser mobilizados de maneira independente da análise de necessidade. Ou seja, a imposição da prisão preventiva deve sempre vir justificada a partir de sua finalidade acautelatória, sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.

Nereu Giacomolli, nesse sentido, defende que a prisão processual só pode ser decretada, nos limites da Constituição Federal, em seu caráter cautelar e vinculado à instrumentalidade processual. O autor afirma que a constitucionalidade da prisão preventiva advém do art. 5º, LXI, da CF, mas somente quando encontrar base na observância dos preceitos e garantias constitucionais, ou seja: devido processo legal, competência da autoridade, fundamentação da decisão, legalidade da cautelar, ordem escrita e presunção de inocência¹⁶⁶.

166 GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 101.

Desse modo, a presunção de inocência situa a medida segregatória, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, como a última medida processual a ser adotada. Caso contrário, pode representar medida antecipatória de uma eventual sanção criminal. Assim, antes da decretação de prisão preventiva, “se exige a análise da possibilidade da liberdade provisória e, num segundo momento, a aplicação de outras medidas cautelares previstas e leis”¹⁶⁷.

O Manual de Gestão para as Alternativas Penais, nesse sentido, aponta que a prisão deve ser considerada medida extrema e excepcional, observando-se sempre: (i) “se houve busca de responsabilização, pactuação ou repactuação com a pessoa acusada para garantir o bem que se quer tutelar a partir de medidas alternativas à prisão; (ii) se todas as outras medidas previstas como alternativas ao cárcere e legalmente existentes já foram devidamente aplicadas; (iii) se não resta qualquer outra medida mais eficaz e menos onerosa para garantir o bem que se quer tutelar sem ser necessário o aprisionamento; (iv) se não existe outra medida que se possa somar ou substituir à anteriormente aplicada para evitar o encarceramento”¹⁶⁸.

Cabe ainda destacar que, de acordo com a Lei nº 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade), são condutas criminalizadas a decretação de prisão preventiva sem observância dos requisitos legais, bem como a não substituição da preventiva por medida cautelar alternativa à prisão quando cabível:

“Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I - relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.”

No presente ponto, serão aprofundados os sentidos que têm sido conferidos à noção de ordem pública, para, em seguida, ser construída uma reflexão geral sobre a importância de que a decretação da prisão preventiva esteja sempre amparada por sua finalidade cautelar. Para os casos em que houver decisão pela necessidade da medida de prisão, serão levantados pontos de atenção para a execução da medida e as possibilidades legais de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

167 Ibid.

168 LEITE, Fabiana de Lima. Manual de gestão para as alternativas penais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça / Ministério da Justiça e Cidadania / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-Penais_ARTE_web.pdf. p. 231.

5.1. Discursos sobre a “ordem” na fundamentação da prisão preventiva

A análise dos termos de audiência de custódia permitiu sistematizar em seis eixos os discursos semânticos que dão sentido, na prática, ao critério aberto da “ordem pública”: (i) a prisão como resposta à gravidade do delito; (ii) a prisão como forma de evitar a “reiteração delitiva”; (iii) a prisão como segregação de indivíduos contrários à ordem e “propensos ao crime”; (iv) a prisão como medida de segurança pública; (v) a prisão como mecanismo de restabelecimento da credibilidade das instituições; e (vi) a prisão como resposta ao “clamor público”. A seguir, cada um dos pontos é ilustrado e discutido a partir de trechos retirados do material empírico.

5.1.1. Prisão como resposta à gravidade do delito

Conforme tratado na Etapa 3, a noção de “gravidade” do delito, seja ela “abstrata” ou “concreta”, muitas vezes é mobilizada como possível sentido a construir a noção de ordem pública e justificar a prisão preventiva. A noção de gravidade “abstrata”, que mobiliza elementos inerentes ao tipo ou o status de hediondez do crime para justificar a necessidade de prisão, é rechaçada pelos tribunais superiores¹⁶⁹. Apesar disso, está presente nas decisões analisadas, como exemplificado pelo trecho abaixo citado:

“Do contexto ora apresentado, se faz necessária a prisão preventiva do flagrado para garantir a ordem pública, tendo em vista que o tráfico de entorpecentes é delito gerador de intensa criminalidade e violência, sustentando, na maioria das vezes, uma extensa rede criminosa, motivo pelo qual merece severo combate e repressão. A gravidade do tráfico de drogas é notória, reconhecida não só pela equiparação à hediondez prevista na Constituição Federal como pela repulsa determinada em diversos diplomas, inclusive os internacionais. Veja-se, por exemplo, que o Brasil se obrigou a reprimir o tráfico de drogas pela adesão à Convenção de Viena das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto nº 154/1991, assumindo o compromisso de velar para que os seus tribunais levem em conta a gravidade dos delitos

169 Na jurisprudência, não admitindo a prisão com base na gravidade abstrata do crime: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 90.862/SP. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 03/04/2007. DJ de 27/04/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2498246>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 88.408/SP. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 08/08/2006. DJ de 18/08/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2374289>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 87.041/PA. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 29/06/2006. DJ de 04/08/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2332173>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 81.126/SP. Relator Min. Ilmar Galvão. Julgado em 25/09/2001. DJ de 05/10/2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1953669>; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em Habeas Corpus 11.755/RS. Relator Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 23/10/2001. Publicada na RTJ 12/11/2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=35991&num_registro=200100992636&data=20011112&formato=PDF; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 18.633/SP. Relator Min. José Arnaldo da Fonseca. Julgamento em 19/02/2002. Publicada na RTJ em 08/04/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=20514&num_registro=200101184160&data=20020408&formato=PDF

e as circunstâncias “ao considerar a possibilidade de conceder liberdade antecipada ou liberdade condicional a pessoas que tenham sido condenadas por alguns desses delitos”, nos termos do art. 3º, 7, da Convenção de Viena.”

Nesses casos, a necessidade de proteção da ordem pública vincula-se à garantia de uma resposta severa e necessária diante de um crime considerado abstratamente grave, pois hediondo, e, além disso, relaciona-se ao que o crime pode causar. Ou seja, o argumento exerce uma forte atração a uma série de outros problemas sociais, permitindo que se justifique “o mal a ser legitimamente infligido” em função do “mal do mundo”¹⁷⁰.

Os tribunais superiores, apesar de se posicionarem de maneira contrária à argumentação baseada na “gravidade abstrata” do delito, reconhecem que “a prisão preventiva para garantia da ordem pública encontra justificativa idônea no *modus operandi* da prática delituosa, a evidenciar periculosidade exacerbada do agente”¹⁷¹. Conforme já abordado, a utilização do argumento da “gravidade”, mesmo que baseada em elementos concretos, se dissociada do critério de necessidade acaba por antecipar a lógica de aplicação de uma eventual pena - que, no devido momento, computará a gravidade do delito para a realização da dosimetria.

Nesse sentido, conforme coloca Maria Lúcia Karam, a prisão processual, por sua natureza necessariamente cautelar, não pode ser determinada pela espécie ou pela suposta gravidade do suposto delito, até porque sua efetiva ocorrência, por mais que provável, só poderá ser confirmada quando da cognição definitiva do mérito, a ser feita no momento da sentença¹⁷². Desse modo, conferir sentido à noção de “ordem pública” a partir da gravidade do delito, seja ela abstrata ou concreta, é dar caráter sancionatório à medida de prisão. Noções de proporcionalidade da medida cautelar referem-se à adequação da medida à situação de perigo gerada em face da investigação, instrução e aplicação da lei penal, sendo possível afirmar que a construção da ordem pública a partir da gravidade, por si só, viola a cautelaridade das medidas potencialmente aplicadas em audiência.

170 MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Álvaro et al. Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011. p. 54.

171 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 102.475/SC. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 16/08/2011. DJe de 16/09/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3825166>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 104.522/MG. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 04/10/2011. DJe de 21/11/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3911677>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 105.725/SP. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 21/06/2011. DJe de 30/06/2011. Publicado em 18/08/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3962230>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 103.107/MT. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 22/04/2010. DJe de 28/04/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3849723>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 104.510/GO. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgado em 19/04/2011. DJe de 30/06/2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur194437/false>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 97.891/SP. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 19/10/2012. DJe de 19/10/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2663758>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 101.055/GO. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 10/11/2009. DJ de 17/12/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3773790>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 99.379/RS. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 08/09/2009. DJ de 22/10/09. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2682227>

172 KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [S. l.], v. 2, p. 87, 1993. p. 87.

5.1.2. Prisão como forma de evitar a “reiteração delitiva”

Como já mencionado, o “risco de reiteração” aparece como um dos elementos que dá forma ao conceito de ordem pública. Apesar disso, constitui diagnóstico que se apoia em projeções futuras, presumindo-se - dentro de um ordenamento jurídico que prevê a garantia da presunção de inocência - a consumação de delitos que ainda não aconteceram. No trecho abaixo, a construção argumentativa baseia-se na ideia de que, diante da vida pregressa do custodiado, é possível inferir que tem “desinteresse” na construção de uma vida “honestas e íntegra”, e que sua soltura poderia significar a continuação de práticas delitivas:

“Neste ponto, cumpre ressaltar que o próprio atuado, perante a Autoridade Policial, já ter sido preso outras vezes por furtos, revelando, assim, que tem propensão à prática de delitos. Entendo de bom alvitre consignar que há indícios de que o atuado está realmente envolvido na difusão de droga e escolheu esse delito como forma de obter meios para a própria subsistência, uma vez que não possui trabalho certo. Cumpre consignar, ainda, que a suposta prática de outros crimes, conforme acima narrado, demonstra o desinteresse do aprisionado pela correção do comportamento e pela condução de uma vida honesta e íntegra, evidenciando descaso com a lei penal, denotando, ainda, a possibilidade de que, em liberdade, continue a praticar condutas delitivas devastadoras para a sociedade, como é o comércio ilícito de estupefacientes. Ressalto, por oportuno, que o conceito de ordem pública abrange a efetiva probabilidade de repetição da conduta delitiva, estando, portanto, justificada a imposição do cárcere para a prevenção de novas infrações penais.”

Cabe a menção a trecho, ainda, que utiliza o desemprego do custodiado para justificar o fato de que faria do crime “seu meio de vida”, e utiliza os elementos de “gravidade” do delito para indicar “periculosidade” e, também, a possibilidade de reiteração delitiva:

“(…) o investigado deu nome falso, inclusive possuía um RG com sua foto, porém com o nome de seu irmão, o qual utilizava justamente por saber da possibilidade de ter mandado de prisão em aberto, bem como tinha sob sua posse arma de fogo, munições e carregadores, demonstrando assim que possui conduta voltada para o crime, e faz disso seu meio de vida, até porque afirmou em seu interrogatório que está há 04 (quatro) anos desempregado, restando evidentes indícios de que possa voltar a delinquir. Diante dos fatos narrados, entendo que restou demonstrada a periculosidade em concreto do atuado e a sua propensão à reiteração, sendo tal circunstância apta a ensejar o decreto preventivo.”

São todas formulações que, desviando-se do princípio da presunção de inocência, constroem projeções de “risco” da conduta da pessoa custodiada; ou seja, presumem sua culpabilidade, em desacordo com o art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Importante apontar que a doutrina citada nas decisões também reforça essa concepção - o que aponta para a necessidade de um trabalho profundo de reconstrução doutrinária:

“(...) E sobre a decretação da prisão preventiva, Mirabete registrou: “Refere-se a lei, em primeiro lugar, às providências de segurança necessárias para evitar que o delinquente pratique novos crimes contra a vítima e seus familiares ou qualquer outra pessoa, quer porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. (...)”

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

Não raro, ao ser discutida a ordem pública, a análise da possibilidade de reiteração delitiva e das condições pessoais da pessoa presa conduzem a uma argumentação pautada em discursos que se voltam à construção do perfil de pessoas que seriam mais ou menos “perigosas” e “propensas a voltar-se a atividades criminais”.

No caso abaixo, um flagrante por roubo, é possível ver como se constrói especulação sobre a personalidade do custodiado, baseada mesmo em aspectos físicos, que acaba por integrar a ideia de proteção de ordem pública:

“Hei por bem em decretar a prisão preventiva do presente acusado, embora ele não tenha antecedentes. Digo que o acusado é uma pessoa perigosa e nociva para a sociedade. Digo que ele é uma pessoa com mais de 1,90 de altura e que ele de maneira vil se junta a um menor para atacar uma mulher e roubar um celular, digo que a vítima afirmou sem sombra de dúvida que foi o acusado quem a roubou e digo ainda que ela reconheceu o menor. Olhando o flagrante vejo que o acusado simulou estar armado. Discordo da defensoria ao dizer que não houve perigo concreto e afirmo que esse acusado é muito perigoso e ele pode ter cometido muitos outros roubos sem que a polícia saiba. Pelo o que vi ele é uma pessoa dolosa e ataca mulheres e usa um menor. Este acusado é um perigo para a sociedade e para a ordem pública.”

Nos demais termos, é possível observar como a suposição sobre as condutas morais das pessoas custodiadas é mobilizada para determinar se são capazes ou não de permanecer no convívio em sociedade, associando valorações negativas à necessidade de segregação para garantia da ordem pública:

“Verifico, pois, que os autuados persistem no cometimento de empreitadas delituosas, o que demonstra a afeição deles para a prática de crimes, em especial contra o patrimônio, bem como descaso e desrespeito ao Poder Judiciário. Com efeito, a suposta prática de outro ROUBO revela o desinteresse dos aprisionados pela correção do comportamento e pela condução de uma vida honesta e íntegra, evidenciando que as condenações criminais e as ações penais em curso não

foram suficientes para amoldá-los a uma conduta adequada, estando justificada a imposição do cárcere também para a prevenção de novas infrações penais.”

“Em análise dos elementos informativos existentes nos autos, vê-se que há prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria que repousam no termo de declaração da vítima e nos depoimentos das testemunhas policiais militares, cuja vítima aponta que o autuado é usuário de drogas e tem uma personalidade agressiva e desvirtuada, mostrando-o como um risco não só aos familiares, mas à sociedade.”

“Assim, tenho como necessária ao caso a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, já que, pelo que se extrai dos autos, a flagranteada não aparenta ter personalidade voltada a prática de delitos, é detentora de bons antecedentes, tem residência fixa e conduta social sem maculação. De outro lado, trata-se de pessoa com atividade econômica regular, e é mãe de uma criança de 12 anos, que necessita de seus cuidados.”

“Resta, portanto, demonstrada a ousadia e o menosprezo da autuada pela ordem estabelecida, legitimando uma atuação mais rígida e firme do Poder Judiciário, mormente diante da necessidade de colaborar com o esforço do Estado na repressão ao tráfico de entorpecentes, por ser este crime uma das grandes mazelas modernas, dado o alto poder destrutivo das drogas na vida dos usuários (que se tornam reféns do vício), de suas famílias e da sociedade, além da violência disseminada, levando intranquilidade e desespero à população, podendo a liberdade da custodiada colocar em risco a ordem pública.”

“Na espécie, o contexto de traficância no qual o agente foi flagrado, em razão especialmente da natureza diversa das substâncias apreendidas (maconha, crack e cocaína) e da expressiva quantidade dos entorpecente, bem como o fato de ser conhecido na região como traficante contumaz, evidenciam periculosidade suficiente para justificar a prisão preventiva como mecanismo de prevenção de novos riscos à incolumidade pública. As circunstâncias do caso concreto demonstram a gravidade da conduta, a periculosidade do autuado e o risco de reiteração delitiva.”

A noção de periculosidade, atualmente, pode ser considerada como um dos grandes legados das concepções de criminalidade concebidas pela Escola do Positivismo Criminológico. Ao tecer uma relação direta entre personalidade e crime, essa corrente criminológica, que surgiu entre o final do século XIX e início do século XX, questionou veementemente a utilização da presunção de inocência no processo penal.

Conforme aponta Luigi Ferrajoli, o estudo dos fatores antropológicos, sociais e físicos dos “criminosos” voltava-se a pensar o determinismo da conduta humana, e tratava como incoerente a presunção de inocência contra quem recaíam graves indícios em sentido contrário. Isto é, em face de presos em flagrante, réus confessos, reincidentes, delinquentes profissionais, “natos” e “loucos”, de acordo com as principais teorias da época, seria inconveniente presumir-se a inocência¹⁷³.

173 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.

Em meados do século XX, com o advento do fascismo, o conteúdo político da presunção de inocência sofreu esvaziamento pela doutrina. Na Itália fascista, a promulgação do Código Rocco, que exerceu enorme influência no Código de Processo Penal de 1940, deu à prisão preventiva caráter de prevenção contra os “perigosos” e “suspeitos”, configurando verdadeira medida de execução antecipada da pena e defesa social¹⁷⁴. Ricardo Gloeckner, na obra “Autoritarismo e Processo Penal”¹⁷⁵, analisa as bases autoritárias do CPP brasileiro, retrazando a construção da figura da prisão cautelar no ordenamento jurídico nacional e indicando sua forte - e problemática - relação com o Código Rocco e a Escola Positiva.

O autor defende o argumento de que, a despeito da doutrina processual brasileira assumir bases “liberais”, com autores que afirmavam que a prisão preventiva consistiria na restrição da liberdade para a satisfação do escopo processual penal e proteção do direito de defesa¹⁷⁶, havia um movimento de aproximação da doutrina com as ideias tecnicistas italianas que forjaram o Código Rocco¹⁷⁷. No tecnicismo italiano, a prisão preventiva tinha três principais funções: (i) servir como medida de segurança, (ii) evitar que o acusado tornasse a delinquir e (iii) “assegurá-lo de possíveis vindetas do ofendido ou de seus parentes”¹⁷⁸. Assim, não se resumia - e nem se resume, atualmente - a uma categoria exclusivamente processual, aproximando-se do pensamento positivista ao tomar como questões relevantes a vida pregressa da pessoa acusada ou sua “periculosidade”.

O autor, então, identifica um sincretismo no pensamento processual penal brasileiro, que, apesar de suas bases liberais, apoiou-se fortemente no tecnicismo italiano e conferiu novas roupagens às teorias positivistas. Fica claro que, hoje, reproduzir argumentos baseados em uma concepção sobre a “periculosidade” do indivíduo, baseando decisões de prisão em relações entre crime e personalidade e a possibilidade de “reiteração delitiva”, é construir uma lógica decisória baseada em um direito penal do autor, e não do fato. É, assim, prática que viola a presunção de inocência e vai contra as possibilidades constitucionais para prisão provisória.

5.1.4. Prisão como medida de segurança pública

Nos trechos abaixo, a ideia de segurança pública é associada à ordem, a um direito e ao bem comum. Ao mobilizar esse tipo de argumentação, as decisões indicam o modo como concebem a

174 Ibid.

175 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal, Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018.

176 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal, Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 399.

177 Os Códigos Rocco, de direito e processo penal, tiveram enorme influência na construção do Código de Processo Penal brasileiro. Como aponta Gloeckner, “os códigos Rocco representam o perfeito exemplo de um sistema penal autoritário, baseados na ideia de prevenção e intimidação, confiando a um sistema inquisitório, no campo do processo penal, a realização desta tarefa”. Cf: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal, Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro*. Op. Cit., 2018, p. 187.

178 Ibid., p. 403.

separação de poderes em matéria criminal, a interação com a polícia e o papel do Poder Judiciário diante da violência urbana:

“É certo que a comunidade está apreensiva com o crescente aumento da violência e da disseminação das drogas entre os jovens. Assim, a soltura do acusado, antes de apuradas as responsabilidades, com os meios do devido processo legal, pode causar a falsa ideia de impunidade, gerando outros estímulos de violência. (...) Assim, diante do contexto apresentado, em vista da prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, entendo ser necessária a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (...)”

“Também não podemos olvidar que o nosso Estado vive hoje uma onda de violência e de crimes, competindo ao Poder Judiciário contribuir para manutenção da ordem. É claro que devemos resguardar os direitos constitucionais dos presos, mas também não podemos esquecer que a sociedade tem direito à segurança pública. Confrontando-se o direito da coletividade com o direito individual dos presos, aquele é que deve prevalecer, pois se trata de bem comum. O próprio flagrantado optou, livre e conscientemente, pela vida do crime. A falta de oportunidades e a pobreza não são motivos suficientes para que se enverede ao submundo dos ilícitos, caso contrário todos que estivessem nessa situação assim procederiam. O conceito de garantia da ordem pública é bem amplo e este Juízo vislumbra que no caso em questão, referido pressuposto está robustamente evidente, conforme argumentos acima expostos.”

“Especialmente aos delitos relacionados ao narcotráfico, verifica-se a necessidade de sua forte repressão, uma vez que existe alto índice de registros deste grave crime nesta Cidade, além da constatação de envolvimento, cada vez maior, de menores e crianças nesta prática, o que torna imprescindível a contenção do tráfico de entorpecentes, inclusive como forma de apoio ao trabalho que vem sendo desenvolvido pelas Polícias Civil e Militar. Ademais, delitos de tais natureza afetam diretamente a saúde pública, eis que expõe a população aos efeitos danosos e mortais das drogas, aumentando o número de homicídios, roubos, sequestros, porte ilegal de armas, corrupção de menores, dentre outras condutas delitivas, como se deu no caso concreto. A violência em [nome da cidade] está em índice alarmante. Constantemente as pessoas estão tendo a vida ou o patrimônio prejudicados por motivos simples e banais. É preciso a atuação do Poder Judiciário visando a manter custodiadas as pessoas que se envolvem na prática de tais delitos, sob pena de o sentimento de impunidade desencadear uma série de novos delitos e aumentar a sensação de segurança dos cidadãos. (...) Da mesma forma, o periculum libertatis está revelado na necessidade de manutenção da ordem pública.”

“O crime de furto qualificado é de significativa gravidade e tem causado repúdio e enorme insegurança à comunidade laboriosa e ordeira do País, razão pela qual a manutenção de sua custódia cautelar é de rigor, para a garantia da ordem pública e para que a sociedade não venha se sentir privada de garantias para sua tranquilidade.”

Com tal gênero de argumentação, a prisão assume medida de segurança social e, segundo Rodrigo Tellini Camargo, afasta-se de qualquer natureza conservativa, antecipando as finalidades preventivas da pena e transformando a sua natureza estritamente instrumental em mecanismo de prevenção e defesa social contra indivíduos considerados perigosos¹⁷⁹. No mesmo sentido, Marta Saad defende que a prisão, enquanto medida voltada à satisfação de um sentimento coletivo de indignação, vingança ou insegurança, atua com finalidade de prevenção geral, assimilando as funções da prisão-pena e furtando-se à sua finalidade cautelar¹⁸⁰.

5.1.5. Prisão como mecanismo de restabelecimento da credibilidade das instituições

Em diversos casos, ainda, a prisão preventiva fundada na expressão genérica da “ordem pública” traz como conteúdo a necessidade de segregação para restabelecer a credibilidade das instituições de justiça:

“Ainda, os crimes contra o patrimônio causam um grande desequilíbrio no meio social, visto que, a cada dia mais pessoas de bem são vítimas do crime de roubo, o que demonstra o quão necessário se faz a manutenção da prisão do flagranteado como forma de acautelar o meio social e a credibilidade da justiça diante da gravidade e repercussão do referido delito.”

“A população anda cada vez mais intranquila e vive sob o temor da criminalidade, gradualmente ascendente, chegando a haver, ousa-se dizer, quase que uma inversão de valores e posições, uma vez que ao cidadão honesto e praticante de seus deveres tem restado apenas o cárcere de seus lares, como a única forma de proteger a si e aos seus parentes, do criminoso que, em geral, prazerosamente vive a caçoar do Poder Público e de suas instituições, porque não acredita no poder punitivo. Mas, desde que concreta a verificação da possibilidade de enquadramento das condutas delitivas às figuras penais correspondentes, ao Judiciário cabe a imparcial aplicação da lei penal, a fim de resguardar a constância da ordem social, dita como pública.”

“A prisão preventiva “in casu” é necessária, principalmente, como garantia de ordem pública, ante a repercussão do crime e visando preservar a credibilidade da Justiça como instrumento de garantia da ordem pública. No conceito de ordem pública, não se visa apenas a evitar a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do julgador à reação do meio ambiente à ação criminosa.”

“Importante observar que em casos como este a sociedade espera uma atuação firme do Poder Judiciário, na busca de punir e excluir do meio social aqueles que promovem a traficância (...)”

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

180 SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. Revista Eletrônica de Direito Penal, v. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7151>. Acesso em 30 jul. 2020. p. 255.

Importante destacar com esse tópico que o argumento, apesar de já ter sua legitimidade afastada no entendimento do Supremo Tribunal Federal¹⁸¹, continua sendo utilizado como fundamentação recorrente nas decisões em audiência de custódia. Assim, é necessário trabalho de adequação da lógica decisória aos tribunais superiores, buscando garantir que argumentos contrários à Constituição não justifiquem a privação de liberdade de pessoas custodiadas.

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

Apesar da jurisprudência de tribunais superiores afastar o “clamor público”¹⁸² como justificativa válida para justificar a prisão preventiva baseada na ordem pública, as decisões analisadas trazem como fundamento da prisão o fato de o delito ter chamado a atenção da sociedade, da mídia ou da imprensa. É o que ocorre nos casos abaixo citados:

“Há notícias nos autos, inclusive, de que o veículo roubado estava sendo utilizado pelo autuado e seu comparsa para prática de assaltos, o que torna a conduta do autuado ainda mais grave concretamente. A reação do meio social acerca deste tipo de delito é visível, com reclamos aos magistrados que imponham uma conduta dura que, senão resolva, pelo menos, amenize tal quadro de insatisfação.”

“O tráfico de drogas é crime de forte clamor social, haja vista ser porta de entrada para diversos outros crimes, estando presentes, diante das circunstâncias da hipótese concreta, os requisitos que justificam a segregação cautelar dos flagranteados, para garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do CPP, não havendo elementos, a princípio, que demonstrem que as cautelares previstas no art. 319 do CPP sejam adequadas e suficientes para o caso, devendo os fatos serem melhores esclarecidos no Juízo da causa.”

O trecho abaixo, pautando-se na repercussão negativa de um crime considerado “grave” pela comunidade, justifica ainda a utilização da prisão como resposta à sociedade capaz de exercer as funções de prevenção geral e especial:

“Inegável é a repercussão negativa que o tráfico ilícito de entorpecentes gera em toda comunidade.

181 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 101.055/GO. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 10/11/2009. DJ de 17/12/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3773790>

182 Na jurisprudência, afastando o “clamor público” como fundamento da preventiva: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 87.041/PA. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 29/06/2006. DJe de 04/08/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2332173>; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 85.298/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 07/06/2015. DJ de 04/11/2005. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2262372>; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Habeas Corpus 33.770/BA. Relator Min. Paulo Medina. Julgado em 17/06/2004. DJ 16/08/2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=483618&num_registro=200400195504&data=20040816&formato=PDF; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 4.926/SP. Relator Min. Edson Vidigal. Julgado em 08/10/1996. DJ 20/10/1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600449570&dt_publicacao=20-10-1997&cod_tipo_documento=&formato=PDF

A NARCOTRAFICÂNCIA traz a reboque uma série de outros delitos, o que caracteriza a necessidade da ordem pública. Ressalte-se que, em crimes desta natureza, cabe ao Poder Judiciário dar à sociedade uma resposta de conformidade aos seus anseios para a repressão desses delitos, sob pena de se ver comprometida a ordem pública, por isso, a segregação cautelar deve ser mantida, no sentido de verdadeira prevenção geral e como forma de fazer cessar a atividade delituosa.”

A lógica de incorporação do público à racionalidade decisória - como ocorre, também, na argumentação pautada pela “credibilidade das instituições de justiça” - não é nova no ordenamento jurídico brasileiro, servindo o “clamor público”, por exemplo, como fundamento da prisão chamada de “quase flagrante”¹⁸³ já no Código do Processo Criminal de 1832. Desse modo, a doutrina tem discutido e criticado a mobilização dessas ideias como possível significado da noção de “ordem pública”, enfatizando que sua utilização dá à prisão cautelar caráter de antecipação da pena:

“(...) quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito, etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instrução cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.”¹⁸⁴

No trecho supracitado, Odone Sanguiné retoma as construções argumentativas já trazidas e aponta para a incompatibilidade de tais ideias com a função acautelatória da prisão preventiva e das demais medidas cautelares. Essa ideia será aprofundada no próximo tópico, com o objetivo de que seja proposta uma leitura da prisão cautelar pautada por sua finalidade instrumental ao processo penal.

5.2. A ordem pública em relação à cautelaridade da prisão preventiva

Como é possível extrair dos trechos, a decretação da prisão preventiva com base no risco à “ordem pública” abre margem para linhas argumentativas que escapam da esfera da legalidade e refor-

183 Art. 131. Qualquer pessoa do povo pôde, e os Officiaes de Justiça são obrigados a prender, e levar á presença do Juiz de Paz do Districto, a qualquer que fôr encontrado commettendo algum delicto, ou emquanto foge perseguido pelo clamor publico. Os que assim forem presos entender-se-hão presos em flagrante delicto”. BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. CLBR de 1832. Rio de Janeiro, 5 de Dezembro de 1832. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm

184 SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. Revista de Estudos Criminaes, n. 10, 2001. p. 114.

çam estigmas e valorações morais feitas sobre as pessoas custodiadas. Além disso, é um critério datado, promulgado durante o Estado Novo sob aspirações autoritárias, que tem sua constitucionalidade questionada por ser extremamente vago, impreciso, e não guardar nenhuma relação com a função de cautelaridade da prisão provisória. Destacando que a prisão para garantia da ordem pública não tem finalidade cautelar, podem ser citadas, como exemplo, as obras de Frederico Marques¹⁸⁵, Delmanto Jr.¹⁸⁶; Lopes Jr.¹⁸⁷, Badaró¹⁸⁸ e outros.

Diversos autores, nesse sentido, têm tecido críticas e questionamentos à utilização da noção de ordem pública como fundamento válido e apto a, de maneira autônoma, justificar a prisão preventiva. Segundo Tourinho Filho, a ordem pública “é fundamento geralmente invocável, sob diversos pretextos, para se decretar a preventiva, fazendo-se total abstração de que esta é uma coação cautelar e, sem cautelaridade, não se admite, à luz da Constituição, prisão provisória”¹⁸⁹. O autor defende que, nesses casos, a prisão preventiva não assume lógica de execução sumária¹⁹⁰. Marta Saad, ecoando tais críticas, defende ser evidente que a prisão decretada com base no conceito vago de ordem pública não cumpre qualquer função cautelar:

“Assim, é ilegítima a prisão preventiva motivada pela gravidade abstrata ou concreta do delito, pelo choque na opinião pública, pela repercussão do crime ou pela intranquilidade social dele advinda, nem pode ser a prisão cautelar o instituto que venha a restaurar a credibilidade da Justiça e combater a sensação de impunidade, porque a prisão processual, para ser íntegra no sistema, precisa ter caráter de medida cautelar, ser instrumento do próprio instrumento que é o processo penal.”¹⁹¹

Conclui que, na prática, a prisão motivada pela garantia da ordem pública se revela, na maioria das vezes, pena antecipada - mobilizando as finalidades inerentes à prisão-pena¹⁹². Magalhães Gomes Filho, no mesmo sentido, defende que a prisão para garantia da ordem pública fere a garantia da legalidade estrita em termos de restrição da liberdade¹⁹³, e afirma:

“(…) à ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em “exemplari-

185 MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal, vol 4. Campinas: Millenium, 2003. p. 49-50.

186 DELMANTO JR., Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 156.

187 LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal - Introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 208

188 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. Op. Cit., 2015, p. 977.

189 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 672-673.

190 Ibid.

191 SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. Revista Eletrônica de Direito Penal, v. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7151>. Acesso em 30 jul. 2020. p. 252.

192 Ibid., p. 254.

193 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 69.

dade”, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitarem novos crimes - uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um “instrumento a serviço do instrumento”, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade.”¹⁹⁴

Nas palavras de Badaró, indo ao encontro da argumentação trazida por outros autores, a jurisprudência tem utilizado as mais diversas construções argumentativas - como “comoção social”, “periculosidade do réu”, “perversão do crime”, “insensibilidade moral do acusado”, “credibilidade da justiça”, “clamor público”, “repercussão na mídia”, “preservação da integridade física do indiciado” - para a construção de um conceito vago e indeterminado. E, como consequência à falta de um referencial semântico seguro para a “garantia da ordem pública”, são postos graves riscos à liberdade individual¹⁹⁵.

Propõe-se, então, buscando harmonizar a interpretação conferida aos critérios para decretação da prisão preventiva com o preceito constitucional de proteção à presunção de inocência, que a prisão pela “ordem pública” esteja condicionada à análise de necessidade apresentada na Etapa 3. Assim, é possível responder aos objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015, enfrentando o uso excessivo e inadequado da privação de liberdade a partir de uma perspectiva sólida sobre a instrumentalidade das medidas cautelares penais.

5.3. Decretada a prisão preventiva: pontos de atenção para a execução da medida

Se, após todas as etapas, e observados os critérios formais e materiais necessários, a prisão preventiva for entendida como medida mais adequada ao caso, existem elementos interessantes, fornecidos pelo material coletado, a serem observados no momento da decretação da prisão provisória:

- a. Em caso de travestis, mulheres e homens transgêneros, a decisão sobre o local da prisão deve ser tomada com a participação da pessoa custodiada, para que possa escolher a unidade em que mais se sente confortável, levando em consideração sua segurança e proteção. É o que ocorre no seguinte caso, em que o juiz delibera que: “oficie-se ao CTV para recambiar o autuado [nome] à Unidade Prisional adequada com sua orientação sexual¹⁹⁶ (transsexual)”.
- b. Em caso de pessoas que já tiveram contato com o sistema de justiça criminal, especialmen-

194 Ibid., p. 67-68.

195 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 977.

196 Apesar de aqui haver imprecisão terminológica, que deveria constar como “identidade de gênero”.

te em estados em que há graves conflitos entre grupos nos presídios, é interessante que a autoridade judicial identifique possíveis problemas de convivência da pessoa custodiada nos estabelecimentos do sistema carcerário, para que possa fazer um encaminhamento buscando minimizar situações de conflito¹⁹⁷:

“Instalada a audiência, MM. Juiz entrevistou o atuado, nos exatos termos do artigo 8º da Resolução 213 de dezembro de 2015, do CNJ, que afirmou que: (...) QUE tem problemas de convivência na Penitenciária de Segurança Máxima e também no Instituto Penal, sendo que tem melhor convivência no Centro de Triagem [UF]. (...) Encaminhe-se, se possível, o atuado ao Centro de Triagem [UF], em razão de alegação de problemas de convívio nos demais estabelecimentos penais.”

5.4. Possibilidades de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar

Com a promulgação da Lei nº 12.403/2011, passou a ser prevista a possibilidade de prisão domiciliar. De acordo com o art. 317, caput do CPP, a prisão domiciliar consiste “no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial”. Não se trata, porém, de uma modalidade autônoma de medida cautelar pessoal, “mas de uma forma especial de cumprir a medida de prisão preventiva”¹⁹⁸.

De acordo com Badaró, por tratar-se de uma substituição à prisão preventiva, existem reflexos práticos a serem considerados: (i) o tempo de prisão domiciliar será considerado para fins de detração, nos termos do art. 42 do CP, que se refere à “prisão provisória”; (ii) a gravidade da medida é equivalente à da prisão provisória, de modo que **a domiciliar não deve ser lida como alternativa à prisão, mas sim como substituição**¹⁹⁹.

Inspiradas em razões humanitárias²⁰⁰, suas hipóteses de cabimento estão previstas no art. 318 do CPP, e incluem: (i) ser maior de 80 (oitenta) anos; (ii) estar extremamente debilitado por motivo de doença grave; (iii) ser imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (iv) gestante; (v) mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; e (vi) homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Em fevereiro de 2018, 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

197 Vale reforçar que esse elemento de atenção para encaminhamento não coaduna com meras especulações de que a pessoa custodiada integra organização criminosa.

198 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. Op. Cit., 2015, p. 992.

199 Ibid.

200 Ibid.

se enquadrassem 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 excepcionálíssimas”.

Cerca de 10 meses mais tarde, foi sancionada a Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018, que inseriu o art. 318-A no CPP, determinando que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar desde que: (i) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa e (ii) não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Assim, a nova legislação ultrapassou as garantias processuais penais para as mulheres que tinham sido estipuladas na decisão do STF no bojo do HC Coletivo mencionado, de modo que atualmente a decretação da prisão domiciliar tornou-se obrigatória para os casos não expressamente excetuados no CPP.

Importante, neste ponto, considerar o aprofundamento trazido no Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos na parte II, Parametrização específica para perfis de pessoas custodiadas. De todo modo, há que se destacar, desde logo, que somente após todas as etapas de avaliação da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, e havendo conclusão por ser hipótese de prisão, é que se deve passar ao debate sobre a substituição da prisão preventiva por domiciliar.

Por fim, na decretação da prisão domiciliar, é frequente que a monitoração eletrônica apareça como medida acessória – o que é possibilitado pela disposição do art. 318-B do CPP²⁰¹. Conforme já tratado neste Manual, a monitoração deve ser utilizada de maneira excepcional e não como forma de expansão do controle penal sobre os indivíduos. Cumulando-se as duas medidas, de alto controle e restrição, os efeitos na vida da pessoa custodiada podem ser bastante graves e extremamente onerosos. Como proporcionalmente a prisão domiciliar vem sendo aplicada mais às mulheres, por decorrência da própria legislação, os problemas da cumulação das medidas tendem a acometer mais fortemente esse grupo, o que demanda ainda maior cuidado e atenção.

²⁰¹ Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

REFERÊNCIAS



- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018, p. 138.
- ASHWORTH, Andrew J. Sentencing Reform Structures. The University of Chicago Press. Crime and Justice Vol. 16, 1992, pp. 181-241. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1147563>
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 966.
- BARLETTA, Junya Rodrigues. Prisão provisória e direitos humanos: uma análise baseada nos parâmetros do sistema interamericano de direitos humanos. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral. 24ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da insignificância é um tema em construção. In: Consultor Jurídico, 26 jul. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-26/direito-defesa-principio-insignificancia-tema-construcao>. Acesso em 8 out. 2019.
- CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de custódia e medidas cautelares pessoais. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- CAPEZ, Rodrigo. Prisão e medidas cautelares diversas. A individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 387.
- CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. O preço da liberdade: fiança e multa no processo penal. 2019. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <https://www.conectas.org/publicacoes/download/o-preco-da-liberdade-fianca-e-multa-no-processo-penal>. Acesso em 26 nov. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Relatório Analítico-Propositivo: direitos e garantias fundamentais - audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/f78b252321b7491ffbbf9580f67e8947.pdf>. Acesso em 29 jul. 2020.
- CRUZ, Rogério Schietti. Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DA ROSA, Alexandre Moraes; BECKER, Fernanda E. Nöthen. Audiência de custódia no Brasil: desafios de sua efetiva implementação. Revista Sistemas Judiciales. Publicação anual de CEJA e INECIP, ano 17, n. 21.[s.l.: s.n.], 2017. Disponível em: https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/05/temacentral_moraisdarosaynothenbecker-1.pdf

- DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública. Processo nº1029279-25.2018.8.26.0053. Publicado em 14/06/2018. Disponível em: http://www.kbrtecdev.hospedagemdesites.ws/editor/ckfinder/userfiles/files/ACP_Alimentacao_Defensoria_InstitutoProBono.pdf
- DELMANTO JR., Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e Seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- 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.
- FULLIN, Carmen. Prisioneiras do tempo: a pena de trabalho comunitário e seus custos sociais para as mulheres. In: RBCCRIM, vol. 146., 2018, pp. 173-201.
- GALDEANO, Ana Paula; ALMEIDA, Ronaldo (Coord). Tráfico de drogas entre as piores formas de trabalho infantil: mercados, famílias e rede de proteção social. São Paulo: CEBRAP, 2018. Disponível em: https://cebrap.org.br/wp-content/uploads/2018/11/Tr%C3%A1fico-de-Drogas-Trabalho-Infantil_ebook.pdf. Acesso em 06 jul. 2020.
- GRECO, Rogério. Código de Processo Penal Comentado. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.
- GIACOMOLLI, Nereu José. O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e Processo Penal, Uma Genealogia das Ideias Autoritárias no Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018.
- GOMES DA SILVA, Gilvan. A lógica da polícia militar do Distrito Federal na construção do suspeito. 2009. UnB. Instituto de Ciências Sociais, Brasília, 2009. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/4102>. Acesso em 30 jul. 2020.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de inocência e prisão cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GUARDIA, Gregório. Prisão preventiva: direitos fundamentais e a garantia da ordem pública. Revista da Faculdade de Direito da Universidade d8.906e São Paulo. v. 105, n. jan/dez, p. 1121–1156, 2010. p. 1144.
- HABER, Carolina Dzimidas (coord.). Relatório Final: pesquisa sobre as sentenças judiciais por tráfico de drogas na cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro. Diretoria de Estudo e Pesquisas de Acesso à Justiça. Rio de Janeiro: DPRJ, 2018.

- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Indicadores IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD. IBGE, Rio de Janeiro, abril de 2020.
- INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. Audiências de custódia: Panorama Nacional. São Paulo: IDDD/ Open Society Foundation, 2017.
- INSTITUTO PRO BONO. Petição inicial - Ação Civil Pública pelo direito à alimentação em audiências de custódia, 2018. Disponível em: http://www.kbrtecdev.hospedagemdesites.ws/editor/ckfinder/userfiles/files/ACP_Alimentacao_Defensoria_InstitutoProBono.pdf. Acesso em 09 jul. 2020.
- KARAM, Maria Lúcia. Prisão e liberdade processuais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, [S. l.], v. 2, p. 87, 1993.
- LANDREVILLE, Pierre; BLANKEVOORT, Victor; PIRES, Alvaro. Les coûts sociaux du système pénal. Rapport de recherche. Montréal: École de criminologie, Université de Montréal, 1981.
- LEITE, Fabiana de Lima. Manual de gestão para as alternativas penais. Brasília: Conselho Nacional de Justiça / Ministério da Justiça e Cidadania / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/manual-de-gest%C3%A3o-de-alternativas-Penais_ARTE_web.pdf
- LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal - Introdução crítica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.
- LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>. Acesso em 30 jul. 2020.
- LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar. [s. l.], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelara>
- MACHADO, Maíra Rocha; PIRES, Álvaro et al. Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011.

- MACHADO, M. R.; DE SOUZA AMARAL, M. C.; DE BARROS, M.; DE MELO, A. C. K. Incarcerating at Any Cost: Drug Trafficking and Imprisonment in Brazilian Court Reasoning. *Journal of Illicit Economies and Development*, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 226–237, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.31389/jied.37>
- MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de Processo Penal Didático*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, vol 4. Campinas: Millenium, 2003.
- MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Ed Revan, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda, 2016.
- PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. 3ª edição. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.
- PIMENTA, Izabella Lacerda. *Diagnóstico sobre a Política de Monitoração Eletrônica*. Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil: 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/monitoracao-eletronica/arquivos/diagnostico-monitoracao-eletronica-2017.pdf>
- PIMENTA, Izabella Lacerda. *Manual de Gestão para a Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas*. Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/monitoracao-eletronica/modelo-de-gestao/modelodegestoparaamonitoraoeletnicadepessoas.pdf>
- PIMENTA, Izabella Lacerda. *A implementação da política de monitoração eletrônica de pessoas no Brasil: Análise crítica do uso da monitoração eletrônica de pessoas no cumprimento da pena e na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência*. Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: 2015. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/monitoracao-eletronica/modelo-de-gestao/diagnosticomonitoracaoeletronicadepessoas.pdf>

- PIMENTA, Izabella Lacerda. Diretrizes para tratamento e proteção de dados na monitoração eletrônica de pessoas. Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional / Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/monitoracao-eletronica/modelo-de-gestao/diretrizesparatratamentoe-protecaodedadosnamonitoracaoeletronicadepessoas.pdf>
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 23ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2015.
- SAAD, Marta. Assimilação das finalidades da pena pela prisão preventiva. Revista Eletrônica de Direito Penal, v. 1, n. 1, 2013. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7151>. Acesso em 30 jul. 2020.
- RAUPP, Mariana. As pesquisas sobre o “sentencing”: disparidade, punição e vocabulários de motivos. Revista de Estudos Empíricos em Direito. vol. 2, n. 2, jan 2015, p. 174-191.
- SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. Revista de Estudos Criminais, n. 10, 2001.
- STITH, Kate; KOH, Steve. The Politics of Sentencing Reform: The Legislative History of the Federal Sentencing Guidelines. Yale, 1993. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2276&context=fss_papers.
- TOLEDO, Fabio Lopes. “O flagrante ganha voz?”: os significados da presença da pessoa presa nas audiências de custódia no estado de São Paulo. 2019. - Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas (FGV), São Paulo, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27418>. Acesso em 30 jul. 2020.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 13ª ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- TORNY, Michael. The Functions of Sentencing and Sentencing Reform. University of Minnesota Law School, 2005. Disponível em: https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1554&context=faculty_articles
- VANHAMME, F., e Beyens, K.. La recherche en sentencing: un survol contextualisé. Déviance et Société, 31 (2), 2007, p. 199-228.
- VERA INSTITUTE OF JUSTICE. Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States, 2013. Disponível em: <https://www.vera.org/publications/sentencing-and-prison-practices-in-germany-and-the-netherlands-implications-for-the-united-states>
- ZAPATER, Maíra Cardoso. Direito da Criança e do Adolescente. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Atos Normativos Federais

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DOU de 13/10/1941, retificado em 24/10/1941. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. DOU 16/07/1990, retificado em 27/09/1990. Brasília: 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. DOU de 23/12/2003. Brasília: 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências (Lei Maria da Penha). DOU de 08/08/2006. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. DOU de 24/08/2006. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. DOU de 27/09/2019 - Edição extra - A. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm

BRASIL. Lei de 29 de novembro de 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. CLBR de 1832. Rio de Janeiro, 5 de Dezembro de 1832. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. DOU de 24/12/2019. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm

BRASIL. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). DOU de 05/07/1994. Brasília, 4 de julho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Dicionário de Dados. Brasília, 2017. Disponível em: <http://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>

BRASIL. Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania. Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (CASA). Boletim Estatístico Completo. São Paulo, 2020. Disponível em: <http://www.fundacaocasa.sp.gov.br/View.aspx?title=boletim-estat%C3%ADstico&d=79>

BRASIL. Portaria Ministerial nº 495, de 28 de abril de 2016. Institui a Política Nacional de Alternativas Penais. Ministério da Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22785957/do1-2016-05-02-portaria-n-495-de-28-de-abril-de-2016-22785887

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na Reclamação (RCL) 29.303. Relator Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5329173>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 81. Terceira Seção em 17/06/1993. DJ 29/06/1993. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2009_5_capSumula81.pdf

BRASIL. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. DOU de 05/05/2011. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm

BRASIL. Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010. Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. DOU de 16/06/2010. Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12258.htm

BRASIL. Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011. Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. DOU de 25/11/2011. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação CNJ nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomendação.pdf>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Relatório. Resolução CNJ nº 213/2015, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. DJe/CNJ nº 1, de 08/01/2016, p. 2-13. Brasília: 2015. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2234>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 288, de 25 de junho de 2019. Define a política institucional do Poder Judiciário para a promoção da aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à privação de liberdade. 2019. DJe/CNJ nº 129/2019, de 02/06/2019, p. 4-5. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2957>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 230/2016. Orienta a adequação das atividades dos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares às determinações exaradas pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência por meio – entre outras medidas – da convolação em resolução a Recomendação CNJ 27, de 16/12/2009, bem como da instituição de Comissões Permanentes de Acessibilidade e Inclusão. DJe/CNJ, nº 106, de 23/06/2016, p. 6-13. Brasília, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2301>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 287/2019. 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. DJe/CNJ nº 131/2019. Publicado em 02/07/2019, p. 2-3. Brasília, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>

Tratados, Normativas e Relatórios Internacionais

- ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Código Nacional de Procedimientos Penales. Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2014. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia das Nações Unidas. Resolução 43/173 de 9 de dezembro de 1988. Conjunto de Princípios da ONU para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão. 1988.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela). Nova Iorque: UNODC, 2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Nova Iorque: 1984.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. Promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002. Nova Iorque: 1954.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Promulgada pelo Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Viena: 1963.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Nova Iorque: 1966.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. São José da Costa Rica: 1969.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Convenção de Belém do Pará). Promulgada pelo Decreto nº 8.766, de 11 de maio de 2016. Belém do Pará: 1994.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório sobre o uso da prisão preventiva nas Américas. Espanha, OEA, CIDH, 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/ppl/pdfs/Relatorio-PP-2013-pt.pdf>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 182. Convenção sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação. Genebra: 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. CAT/OP/BRA/R.1, Distr.: Restrita 08 de fevereiro de 2012. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012

UNITED NATIONS. Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons. Nova York: UNODC, 2013. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Overcrowding_in_prisons_Ebook.pdf. Acesso em 30 jul. 2020.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. Preventing and countering racial profiling of people of African descent. Nova York: Department of Global Communications e Office of the High Commissioner for Human Rights, 2019. Disponível em: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/preventracialprofiling-en.pdf>. Acesso em 06 out. 2019.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS. General Assembly. Report of the Working Group on Arbitrary Detention. (A/HRC/27/48/Add.3, 2014). Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/065/53/PDF/G1406553.pdf?OpenElement>

UNITED KINGDOM. Sentencing Council. [s. l.], [s. d.]. Disponível em: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/>. Acesso em 30 jul. 2020.

UNITED KINGDOM. The National Archives. [s. l.], [s. d.]. Disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/search/>. Acesso em 30 jul. 2020.

UNITED KINGDOM. The Halliday Report - "Making Punishments Work: A Review of the Sentencing Framework for England & Wales". [s. l.], [s. d.]. Disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.homeoffice.gov.uk/documents/halliday-report-sppu/>. Acesso em 30 jul. 2020.

Jurisprudência Internacional

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas). 2006. p. 108. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas). 2009. p. 35. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Bayarri Vs. Argentina. Sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). 2008. p. 63. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2007. p. 74. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso “Instituto de Reeducação del Menor” Vs. Paraguay. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2004. p. 239. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas). 2005. p. 118. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia (Fondo). 1997. p. 30. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinião Consultiva nº 16/99. O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal. 1999. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericana/21210opinioao.htm>

Jurisprudência Nacional

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 18.633/SP. Relator Min. José Arnaldo da Fonseca. Julgamento em 19/02/2002. Publicada na RTJ em 08/04/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=20514&num_registro=200101184160&data=20020408&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 246.229/SP. Relatora Min. Laurita Vaz. Julgado em 15/05/2014. Processo eletrônico 246.229. Divulgado em 23/05/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1321339&num_registro=201201259793&data=20140523&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 246.582/MG. Relator Min. Jorge Mussi. Decisão monocrática em 02/08/2012. Publicada no DJe em 02/08/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296559&num_registro=201201294970&data=20140225&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 83.501/SP. Relator Min. Nefi Cordeiro. 2017. Julgado em 03/05/2017. Processo RHC 83501 SP 2017/0091624-3. Divulgado em 10/07/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1633613&num_registro=201700916243&data=20180405&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Habeas Corpus 214.921/PA. Relator Min. Nefi Cordeiro. Julgado em 17/03/2015. Processo Eletrônico 2011/0181514-1. Divulgado em 25/03/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1391126&num_registro=201101815141&data=20150325&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Habeas Corpus 299.733/RJ. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 09/12/2014. Processo eletrônico 2014/0180698-8. Divulgado em 19/12/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1374551&num_registro=201401806988&data=20141219&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas Corpus 4.926/SP. Relator Min. Edson Vidigal. Julgado em 08/10/1996. DJ 20/10/1997. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600449570&dt_publicacao=20-10-1997&cod_tipo_documento=&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Habeas Corpus 302.730/PA. Relator Min. Sebastião Reis Júnior. Decisão monocrática em 03/09/2018. Publicada no DJe em 02/09/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1376462&num_registro=201402184538&data=20150205&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em Habeas Corpus 11.755/RS. Relator Min. Fernando Gonçalves. Julgado em 23/10/2001. Publicada na RTJ 12/11/2001. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=35991&num_registro=200100992636&data=20011112&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em Habeas Corpus 36.443/SP. Relator Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 02/09/2014. DJe 26/11/2014. Publicado em 27/11/2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1345053&num_registro=201300859323&data=20141127&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas Corpus 63.855/MG. Relator Min. Nefi Cordeiro. Julgado em 11/05/2016. DJe 10/06/2016. Publicado em 13/06/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1489870&num_registro=201502348639&data=20160613&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em Habeas Corpus 89.220/MG. Relator Min. Nefi Cordeiro. Julgado em 24/10/2017. DJe 06/11/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1652091&num_registro=201702372397&data=20171106&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Habeas Corpus 33.770/BA. Relator Min. Paulo Medina. Julgado em 17/06/2004. DJ 16/08/2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=483618&num_registro=200400195504&data=20040816&formato=PDF

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 444. Terceira Seção. É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula adj1 '444'\)](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula adj1 '444'))

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 492. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. Diário da Justiça: seção 3, Brasília- DF. Julgado em 08/08/2012. DJe 13/08/2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula adj1 '492'\)](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula adj1 '492'))

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 101.055/GO. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 10/11/2009. DJ de 17/12/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3773790>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 71.289/RS. Relator Min. Ilmar Galvão. Julgado em 09/08/1994. Divulgado em 18/08/1994. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1583935>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 79.781-4/SP. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 18/04/2000. DJe 82. Publicado em 28/04/2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1791328>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 81.180/MG. Relator Min. Ilmar Galvão. Julgado em 18/09/2001. DJe 174. Publicado em 26/09/2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1956419>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 82.279/ES. Relator Ministro Moreira Alves. Julgado em 22/10/2002. DJe 212. Publicado em 04/11/2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2038016>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 82.903-I/SP. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 24/06/2003. DJe 154. Publicado em 13/08/2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2104529>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 86.758-8/PR. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 02/05/2006. Divulgado em 12/05/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2324922>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 87.041/PA. Relator Min. Cezar Peluso. Julgado em 29/06/2006. DJe de 04/08/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2332173>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 88.408/SP. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 08/08/2006. DJ de 18/08/2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2374289>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 81.126/SP. Relator Min. Ilmar Galvão. Julgado em 25/09/2001. DJ de 05/10/2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1953669>

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 103.107/MT. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 22/04/2010. DJe de 28/04/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3849723>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 104.522/MG. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 04/10/2011. DJe de 21/11/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3911677>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 105.725/SP. Relatora Min. Cármen Lúcia. Julgado em 21/06/2011. DJe de 30/06/2011. Publicado em 18/08/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3962230>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus 102.475/SC. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 16/08/2011. DJe de 16/09/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3825166>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 85.298/SP. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 07/06/2015. DJ de 04/11/2005. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2262372>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 104.510/GO. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgado em 19/04/2011. DJe de 30/06/2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur194437/false>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 138.565/SP. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 18/04/2017. DJe de 27/04/2017. Disponível: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5092126>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 80.826/CE. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 04/12/2001. DJ nr. 217. Publicado em 14/12/2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1921415>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 82.585-1/PA. Relator Min. Maurício Corrêa. Julgado em 13/05/2003. DJe 146. Publicado em 21/05/2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2071373>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 95.110/SC. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 11/11/2008. DJE no 222. Publicado em 20/11/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2625987>

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 97.891/SP. Relator Min. Joaquim Barbosa. Julgado em 19/10/2012. DJe de 19/10/2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2663758>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 90.862/SP. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 03/04/2007. DJ de 27/04/2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2498246>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 97.998/SP. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 04/03/2009. DJe 45 divulgado em 09/03/2009. Publicado em 10/03/2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5582>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Habeas Corpus 186.421/SC. Relator Min. Celso de Mello. 2020. Julgado em 20/07/2020. Processo eletrônico DJe-182. Publicado em 22/07/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5925860>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 603.616. Repercussão geral. Relator Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=3774503>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 145. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Tese de Repercussão Geral definida no Tema 237, aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Data de publicação do enunciado: DJ de 13/10/2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Medida Cautelar no Habeas Corpus 186.421/SC. Relator Min. Celso de Mello. Julgado em 20/07/2020. DJe de 22/07/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5925860>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347. Relator Min. Marco Aurélio. Brasília, 17 de março de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 31926/RJ. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 14/08/2018. DJe-244 em 19/11/2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5550151>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11, de 22 de agosto de 2008. Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/08/2008. Fonte de Publicação DJe nº 157 de 22/08/2008, p. 1. DOU de 22/08/2008, p. 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>

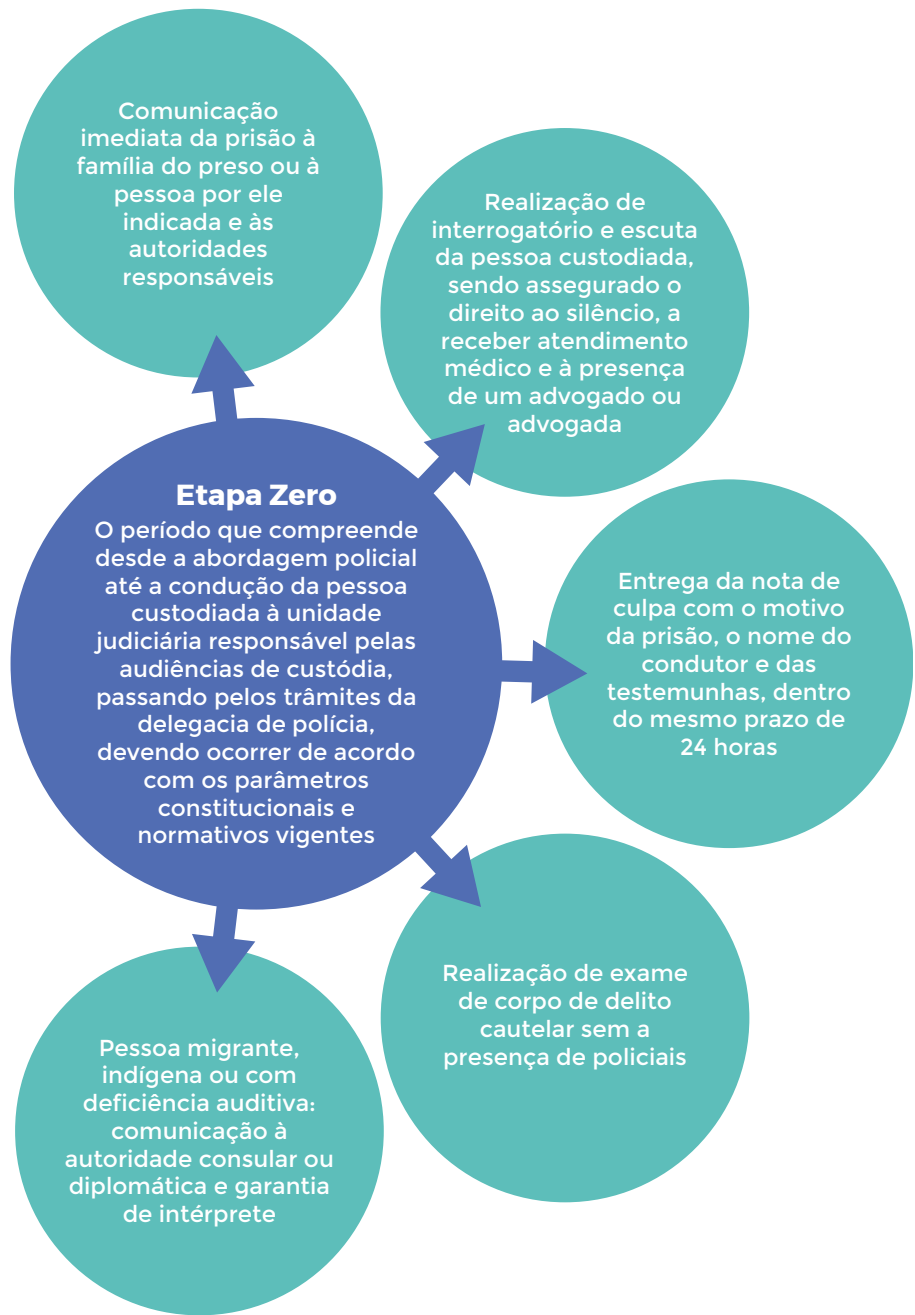
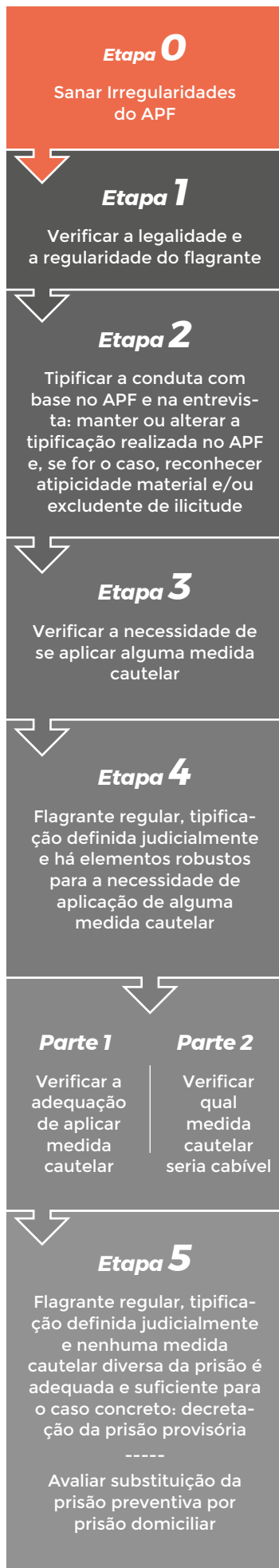
BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 80.719/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 26/06/2001. DJ de 28/09/2001. RTJ 180/262-264. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1902941>

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Habeas Corpus 2005.04.01.006356-9. Oitava turma. Relator Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro. Julgado em 24/02/2005. Publicado em 11/03/2005. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=Qgyy&hdnRefId=cf7a53ad2d30c5edafd44b22e942e0a3&selForma=NU&txtValor=2005.04.01.006356-9&selOrigem=TRF

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJRJ (5ª Câmara Criminal). Habeas Corpus nº 0055630-75-2019-8.19.0000/RJ. Relator Des. Luciano Silva Barreto. Julgado em 17/10/2019. Publicado em 24/10/2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201905921587>

ANEXO



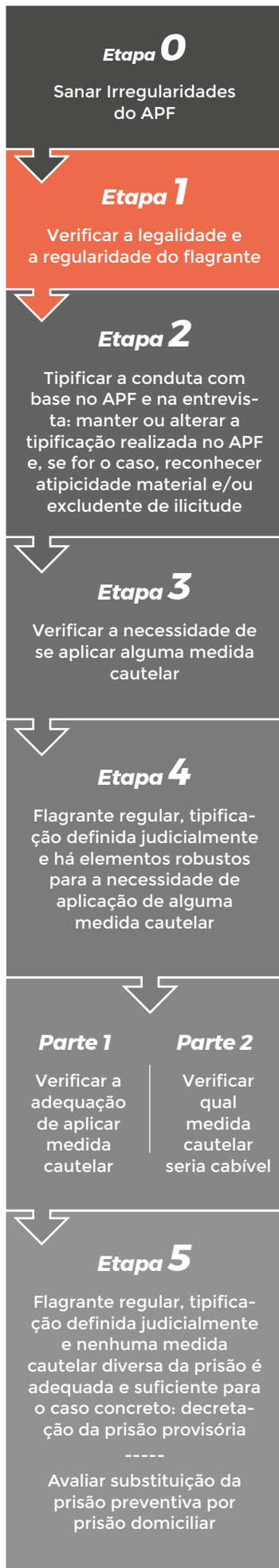


Referências

Migrantes - Comunicação à autoridade consular ou diplomática e Direito à intérprete - Itens 5.2 e 5.3 da Parte II Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos

Pessoas com deficiência auditiva - Item 7 da Parte II Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos

Indígenas - Item 9 da Parte II Manual de Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos



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

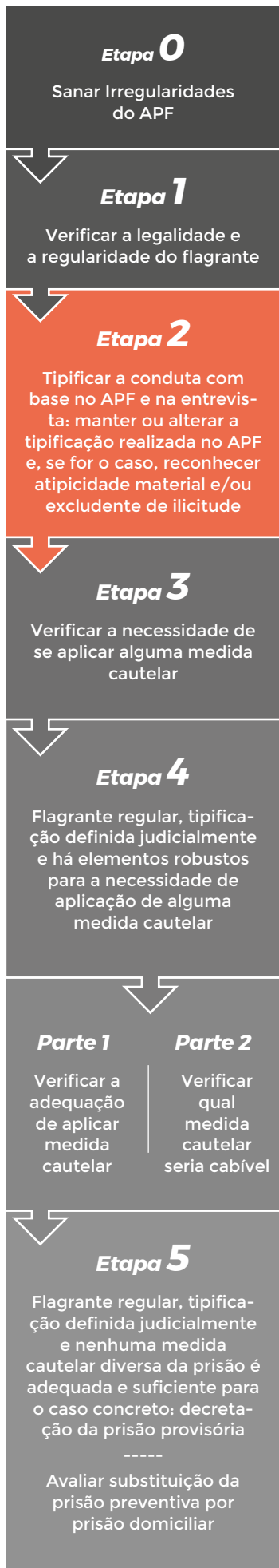
Etapa seguinte

Relaxamento do flagrante

NÃO PARA QUALQUER DAS PERGUNTAS

NÃO PARA TODOS OS CASOS

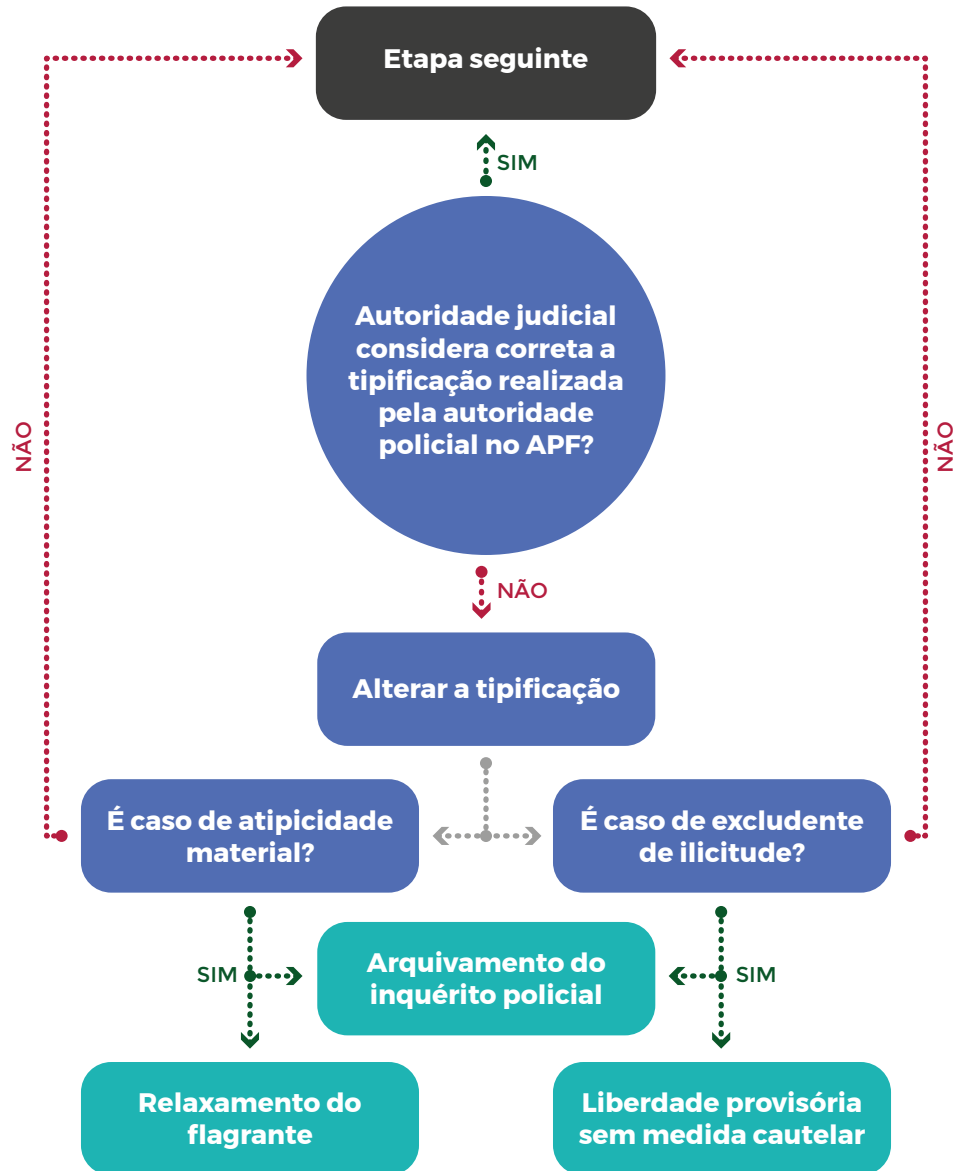
SIM PARA TODAS AS TRÊS PERGUNTAS



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

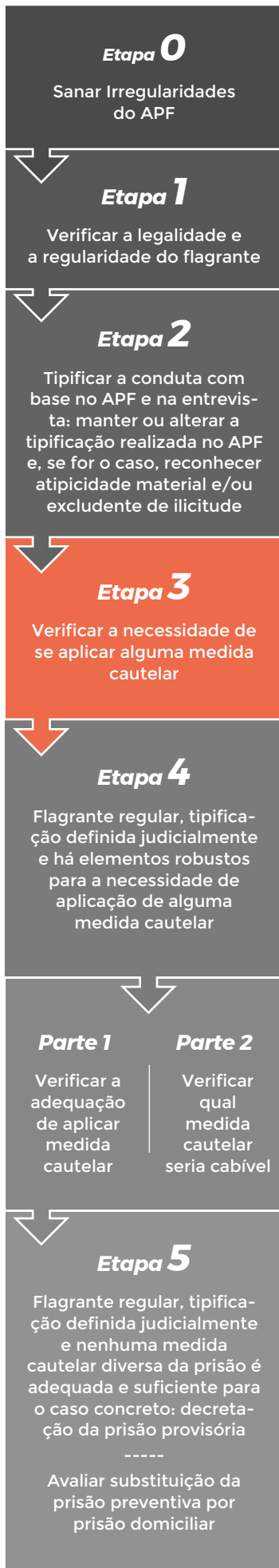
Requisito:

- 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)



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?

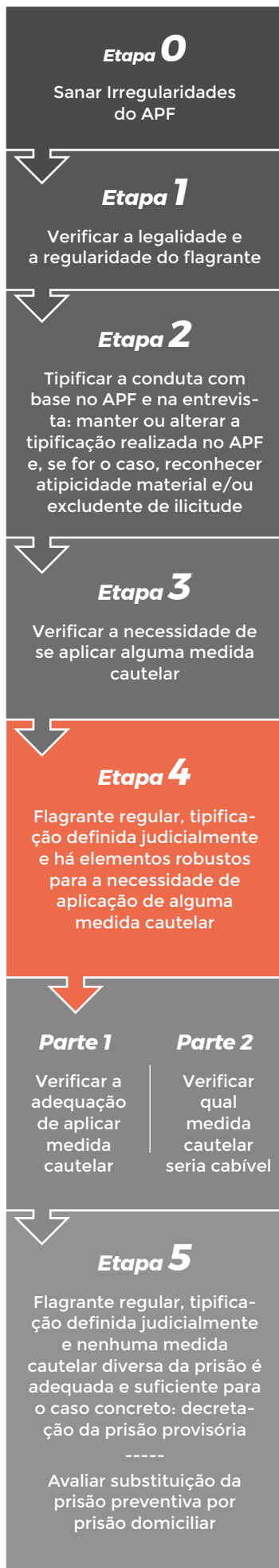
- (i) Há elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá frustrar aplicação da lei penal?
- (ii) Há elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá impedir/comprometer a investigação ou instrução criminal?

SIM PARA ALGUM DOS ITENS

NÃO PARA AMBOS OS ITENS

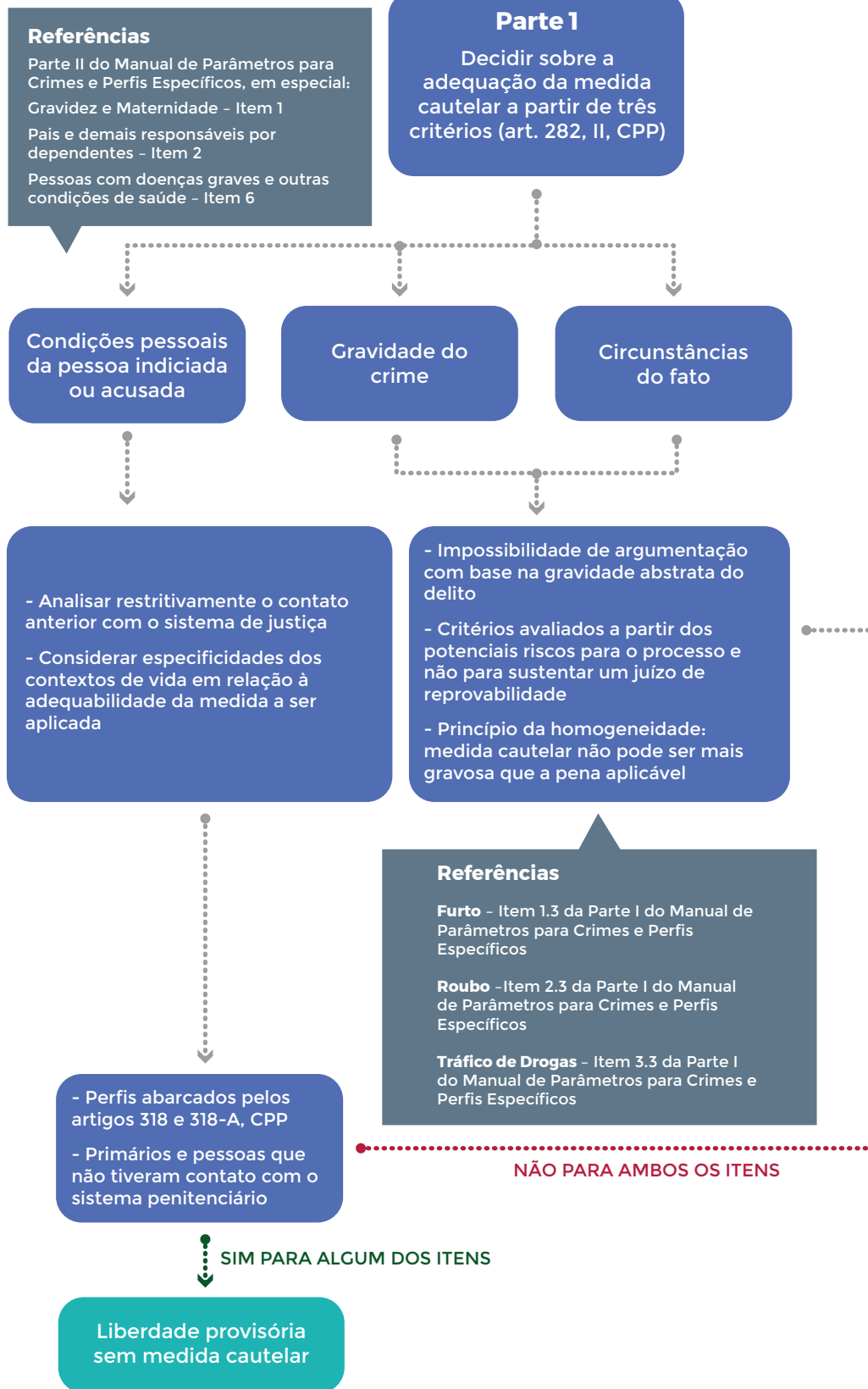
Etapa seguinte

Liberdade provisória sem medida cautelar



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



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

Liberdade provisória com monitoração eletrônica com prazo para reavaliação

Etapa seguinte

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

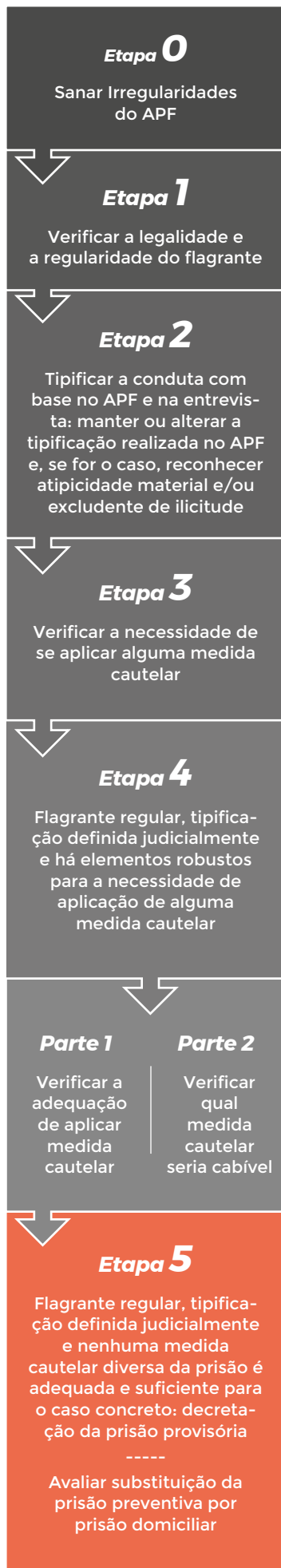
Etapa 5

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

NÃO PARA TODOS OS ITENS

NÃO PARA TODAS AS FASES ANTERIORES



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"



FICHA TÉCNICA

Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ)

Juízes Auxiliares da Presidência

Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi (Coordenador); Antonio Carlos de Castro Neves Tavares; Carlos Gustavo Vianna Direito; Fernando Pessôa da Silveira Mello

Equipe

Victor Martins Pimenta; Ricardo de Lins e Horta; Alexandre Padula Jannuzzi; Alisson Alves Martins; Anália Fernandes de Barros; Auristelia Sousa Paes Landino; Bruno Gomes Faria; Camilo Pinho da Silva; Danielle Trindade Torres; Emmanuel de Almeida Marques Santos; Helen dos Santos Reis; Joseane Soares da Costa Oliveira; Kamilla Pereira; Karla Marcovecchio Pati; Karoline Alves Gomes; Larissa Lima de Matos; Liana Lisboa Correia; Lino Comelli Junior; Luana Alves de Santana; Luana Gonçalves Barreto; Luiz Victor do Espírito Santo Silva; Marcus Vinicius Barbosa Ciqueira; Melina Machado Miranda; Natália Albuquerque Dino de Castro e Costa; Nayara Teixeira Magalhães; Rayssa Oliveira Santana; Renata Chiarinelli Laurino; Rennel Barbosa de Oliveira; Rogério Gonçalves de Oliveira; Sirlene Araujo da Rocha Souza; Thaís Gomes Ferreira; Valter dos Santos Soares; Wesley Oliveira Cavalcante;

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)

Representante-Residente Assistente e Coordenadora da Área Programática: Maristela Baioni
Coordenadora da Unidade de Paz e Governança: Moema Freire

Unidade de Gestão de Projetos (UGP)

Gehysa Lago Garcia; Camila Fracalacci; Fernanda Evangelista; Jenieri Polacchini; Mayara Sena; Polliana Andrade e Alencar

Equipe Técnica

Coordenação-Geral

Valdirene Daufemback; Talles Andrade de Souza; Adrianna Figueiredo Soares da Silva; Amanda Pacheco Santos; Anália Fernandes de Barros; André Zanetic; Beatriz de Moraes Rodrigues; Debora Neto Zampier; Iuri de Castro Tôrres; Lucas Pelucio Ferreira; Luciana da Silva Melo; Marcela Moraes; Marília Mundim da Costa; Mario Henrique Ditticio; Sérgio Peçanha da Silva Coletto; Tatiana dos Santos Fonseca

Eixo 1

Fabiana de Lima Leite; Rafael Barreto Souza; Izabella Lacerda Pimenta; André José da Silva Lima; Ednilson Couto de Jesus Junior; Julianne Melo dos Santos

Eixo 2

Claudio Augusto Vieira; Fernanda Machado Givisiez; Eduarda Lorena de Almeida; Solange Pinto Xavier

Eixo 3

Felipe Athayde Lins de Melo; Pollyanna Bezerra Lima Alves; Juliana Garcia Peres Murad; Sandra Regina Cabral de Andrade

Eixo 4

Alexander Cambraia N. Vaz; Ana Teresa Iamarino; Hely Firmino de Sousa; Rodrigo Cerdeira; Alexandra Luciana Costa; Alisson Alves Martins; Ana Virginia Cardoso; Anderson Paradelas; Celena Regina Soeiro de Moraes Souza; Cledson Alves Junior; Cristiano Nascimento Pena; Daniel Medeiros Rocha; Felipe Carolino Machado; Filipe Amado Vieira; Flavia Franco Silveira; Gustavo José da Silva Costa; Joenio Marques da Costa; Karen Medeiros Chaves; Keli Rodrigues de Andrade; Marcel Phillipe Silva e Fonseca; Maria Emanuelli Caselli Pacheco Miraglio;

Rafael Marconi Ramos; Roberto Marinho Amado; Roger Araújo; Rose Marie Botelho Azevedo Santana; Thais Barbosa Passos; Valter dos Santos Soares; Vilma Margarida Gabriel Falcone; Virginia Bezerra Bettega Popiel; Vivian Murbach Coutinho; Wesley Oliveira Cavalcante; Yuri Menezes dos Anjos Bispo

Coordenações Estaduais

Ana Pereira (PB); Arine Martins (RO); Carlos José Pinheiro Teixeira (ES); Christiane Russomano Freire (SC); Cláudia Gouveia (MA); Daniela Rodrigues (RN); Fernanda Almeida (PA); Flávia Saldanha Kroetz (PR); Gustavo Bernardes (RR); Isabel Oliveira (RS); Isabela Rocha Tsuji Cunha (SE); Jackeline Freire Florêncio (PE); Juliana Marques Resende (MS); Lucas Pereira de Miranda (MG); Mariana Leiras (TO); Mayesse Silva Parizi (BA); Nadja Furtado Bortolotti (CE); Natália Vilar Pinto Ribeiro (MT); Pâmela Villela (AC); Paula Jardim (RJ); Ricardo Peres da Costa (AM); Rogério Duarte Guedes (AP); Vânia Vicente (AL); Vanessa Rosa Bastos da Silva (GO); Wellington Pantaleão (DF)

Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC)

Diretora do Escritório de Ligação e Parceria do UNODC no Brasil: Elena Abbati
Coordenador da Unidade de Estado de Direito: Nivio Nascimento
Supervisora Jurídica: Marina Lacerda e Silva
Supervisora de Proteção Social: Nara Denilse de Araújo
Técnico de Monitoramento e Avaliação: Vinicius Assis Couto

Equipe

Nivio Nascimento; Marina Lacerda e Silva; Nara Denilse de Araújo; Vinicius Assis Couto; Ana Maria Cobucci; Daniela Carneiro de Faria; Denise de Souza Costa; Elisa de Sousa Ribeiro Pinchemel; Igo Gabriel dos Santos Ribeiro; Lívia Zanatta Ribeiro; Luiza Meira Bastos; Pedro Lemos da Cruz; Thays Marcelle Raposo Pascoal; Viviane Pereira Valadares Felix

Consultorias Estaduais em Audiência de Custódia

Acássio Pereira De Souza (CE); Ana Carolina Guerra Alves Pekny (SP); Ariane Gontijo Lopes (MG); Carolina Costa Ferreira (DF); Carolina Santos Pitanga De Azevedo (MT); Cesar Gustavo Moraes Ramos (TO); Cristina Gross Villanova (RS); Cristina Leite Lopes Cardoso (RR); Daniela Dora Eilberg (PA); Daniela Marques das Mercês Silva (AC); Gabriela Guimarães Machado (MS); Jamile dos Santos Carvalho (BA); João Paulo dos Santos Diogo (RN); João Vitor Freitas Duarte Abreu (AP); Laís Gorski (PR); Luanna Marley de Oliveira e Silva (AM); Luciana Simas Chaves de Moraes (RJ); Luciano Nunes Ribeiro (RO); Lucilene Mol Roberto (DF); Lucineia Rocha Oliveira (SE); Luis Gustavo Cardoso (SC); Manuela Abath Valença (PE); Maressa Aires de Proença (MA); Olímpio de Moraes Rocha (PB); Rafael Silva West (AL); Regina Cláudia Barroso Cavalcante (PI); Victor Neiva e Oliveira (GO)

CONSULTORIAS ESPECIALIZADAS

Ana Claudia Nery Camuri Nunes; Cecília Nunes Froemming; Dillyane de Sousa Ribeiro; Felipe da Silva Freitas; Phillipe de Freitas Campos; Helena Fonseca Rodrigues; José Fernando da Silva; Leon de Souza Lobo Garcia; Maíra Rocha Machado; Maria Palma Wolff; Natália Ribeiro; Natasha Brusafarro Riquelme Elbas Neri; Pedro Roberto da Silva Pereira; Suzann Flávia Cordeiro de Lima; Raquel da Cruz Lima; Silvia Souza; Thais Regina Pavez.

EX-COLABORADORES

DMF/CNJ

Ane Ferrari Ramos Cajado; Gabriela de Angelis de Souza Penaloza; Lucy Arakaki Felix Bertoni; Rossilany Marques Mota; Túlio Roberto de Moraes Dantas

Justiça Presente

David Anthony G. Alves; Dayana Rosa Duarte Moraes; Fernanda Calderaro Silva; Gabriela Lacerda; Helena Fonseca Rodrigues; João Marcos de Oliveira; Luiz Scudeller; Marcus Rito; Marília Falcão Campos Cavalcanti; Michele Duarte Silva; Noelle Resende; Tania Pinc; Thais Lemos Duarte; Thayara Silva Castelo Branco;

SÉRIE JUSTIÇA PRESENTE

Produtos de conhecimento editados na Série Justiça Presente

PORTA DE ENTRADA (EIXO 1)

Coleção Alternativas Penais

- Manual de Gestão para as Alternativas Penais
- Guia de Formação em Alternativas Penais I – Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais no Brasil
- Guia de Formação em Alternativas Penais II – Justiça Restaurativa
- Guia de Formação em Alternativas Penais III – Medidas Cautelares Diversas da Prisão
- Guia de Formação em Alternativas Penais IV – Transação Penal, Penas Restritivas de Direito, Suspensão Condicional do Processo e Suspensão Condicional da Pena Privativa de Liberdade
- Guia de Formação em Alternativas Penais V - Medidas Protetivas de Urgência e Demais Ações de Responsabilização para Homens Autores de Violências Contra as Mulheres
- Diagnóstico sobre as Varas Especializadas em Alternativas Penais no Brasil

Coleção Monitoração Eletrônica

- Modelo de Gestão para Monitoração Eletrônica de Pessoas
- Monitoração Eletrônica de Pessoas: Informativo para Órgãos de Segurança Pública
- Monitoração Eletrônica de Pessoas: Informativo para a Rede de Políticas de Proteção Social
- Monitoração Eletrônica de Pessoas: Informativo para o Sistema de Justiça

Coleção Fortalecimento da Audiência de Custódia

- Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros Gerais
- Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros para Crimes e Perfis Específicos
- Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada
- Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos na Audiência de Custódia
- Manual de Algemas e outros Instrumentos de Contenção em Audiências Judiciais: Orientações práticas para implementação da Súmula Vinculante n. 11 do STF pela magistratura e Tribunais

SISTEMA SOCIOEDUCATIVO (EIXO 2)

- Guia para Programa de Acompanhamento a Adolescentes Pós-cumprimento de Medida Socioeducativa de Restrição e Privação de Liberdade (Internação e Semiliberdade) – Caderno I
- Reentradas e Reiteraões Infracionais: Um Olhar sobre os Sistemas Socioeducativo e Prisional Brasileiros

CIDADANIA (EIXO 3)

Coleção Política para Pessoas Egressas

- Política Nacional de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional
- Caderno de Gestão dos Escritórios Sociais I: Guia para Aplicação da Metodologia de Mobilização de Pessoas Pré-Egressas
- Caderno de Gestão dos Escritórios Sociais II: Metodologia para Singularização do Atendimento a Pessoas em Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional
- Caderno de Gestão dos Escritórios Sociais III: Manual de Gestão e Funcionamento dos Escritórios Sociais

Coleção Política Prisional

- Modelo de Gestão da Política Prisional – Caderno I: Fundamentos Conceituais e Principiológicos
- Modelo de Gestão da Política Prisional – Caderno II: Arquitetura Organizacional e Funcionalidades
- Modelo de Gestão da Política Prisional – Caderno III: Competências e Práticas Específica de Administração Penitenciária
- Diagnóstico de Arranjos Institucionais e Proposta de Protocolos para Execução de Políticas Públicas em Prisões

SISTEMAS E IDENTIFICAÇÃO (EIXO 4)

- Guia Online com Documentação Técnica e de Manuseio do SEEU

GESTÃO E TEMAS TRANSVERSAIS (EIXO 5)

- Manual Resolução 287/2019 – Procedimentos Relativos a Pessoas Indígenas acusadas, Rés, Condenadas ou Privadas de Liberdade
- Relatório Mutirão Carcerário Eletrônico – 1ª Edição Espírito Santo
- Relatório de Monitoramento da COVID-19 e da Recomendação 62/CNJ nos Sistemas Penitenciário e de Medidas Socioeducativas I
- Relatório de Monitoramento da COVID-19 e da Recomendação 62/CNJ nos Sistemas Penitenciário e de Medidas Socioeducativas II

Justiça, Presente



DEPEN
Departamento Penitenciário Nacional



UNODC
Escritório das Nações Unidas
sobre Drogas e Crime



CNJ CONSELHO
NACIONAL
DE JUSTIÇA