

Manual sobre

Tomada de Decisão na Audiência de Custódia

Parâmetros para
Crimes e Perfis
Específicos

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 para
Crimes e Perfis
Específicos**





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

Dados Internacionais de Catalogação da Publicação (CIP)

M294

Manual sobre tomada de decisão na audiência de custódia [recurso eletrônico] :
parâmetros para crimes e perfis específicos / Conselho Nacional de Justiça ...
[et al.] ; coordenação de Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi ... [et al.]. Brasília :
Conselho Nacional de Justiça, 2020.

Inclui bibliografia.

127 p. : fotos. (Série Justiça Presente. Coleção fortalecimento da audiência de custódia).
Versão PDF.

Disponível, também, em formato impresso.

ISBN 978-65-88014-37-0

ISBN 978-65-88014-08-0 (Coleção)

1. Audiência de custódia. 2. Política penal. I. Título. II. Conselho Nacional de Justiça. III.
Lanfredi, Luís Geraldo Sant'Ana (Coord.). IV. Série.

CDU 343

CDD 345

Bibliotecário: Phillipe de Freitas Campos | CRB1 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 - Kiko Ferrite; pg 11, pg 65, pg 115 - Depositphotos; pg 103 - Unsplash; pg 17 - Flickr CNJ

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, incluídas 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 lança 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.

Este documento complementa o primeiro volume de parâmetros gerais para tomada de decisão na audiência de custódia, parte desta coleção, com orientações para os crimes de furto, roubo e tráfico de drogas. Além disso, oferece diretrizes centrais para a magistratura lidar com diferentes perfis de pessoas com vulnerabilidades acentuadas na justiça criminal. Com isso, buscamos contribuir para um olhar atento às circunstâncias específicas de cada pessoa presa e apresentada à Justiça, de modo a assegurarmos direitos fundamentais e privilegiarmos respostas penais proporcionais.

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

Elisa de Sousa Ribeiro Pinchemel

Denise de Souza Costa

Gabriela Guimarães Machado

Jamile dos Santos Carvalho

João Paulo dos Santos Diogo

João Vitor Freitas Duarte Abreu

Laís Gorski

Luanna Marley de Oliveira e Silva

Luciana Simas Chaves de Moraes

Luciano Nunes Ribeiro

Lucilene Mol Roberto

Lucineia Rocha Oliveira

Luis Gustavo Cardoso

Manuela Abath Valença

Maressa Aires de Proença

Olímpio de Moraes Rocha

Rafael Silva West

Regina Cláudia Barroso Cavalcante

Thayara Silva Castelo Branco

Victor Neiva e Oliveira

Foto Capa

Kiko Ferrite

Revisão

Rafael Vinícius Videiro Rosa

Diagramação

Alvetti Comunicação

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I. Parametrização específica dos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas	15
1. Furto (art. 155, CP)	16
1.1. Legalidade do flagrante e hipóteses de crime impossível	17
1.2. Tipificação da conduta com base no APF e na entrevista	19
1.2.1. Necessidade de laudo de avaliação do valor da <i>res furtiva</i>	19
1.2.2. Reconhecimento do furto privilegiado	20
1.2.3. Reconhecimento de atipicidade material: o princípio da insignificância	21
1.2.4. Excludente de ilicitude: o estado de necessidade no caso de “furto famélico”	25
1.3. Gravidade do crime e circunstâncias do fato	26
1.3.1. Princípio da homogeneidade	27
2. Roubo (art. 157, CP)	31
2.1. Legalidade do flagrante e hipóteses de crime impossível	32
2.2. Tipificação da conduta com base no APF e na entrevista: desclassificação de roubo para furto	33
2.2.1. Violência, grave ameaça e caracterização do roubo	34
2.2.2. Princípio da insignificância: possibilidades de aplicação em casos de roubo	36
2.3. Gravidade do crime e circunstâncias do fato	37
3. Tráfico de drogas (art. 33, Lei nº 11.343/2006)	40
3.1. Legalidade do flagrante e revista vexatória	41
3.2. Tipificação da conduta com base no APF e na entrevista	45
3.2.1. Necessidade de laudo toxicológico provisório	45
3.2.2. Desclassificação de tráfico para uso de drogas	46
3.2.3. Reconhecimento do tráfico privilegiado e suas implicações	48
3.2.3.1. Condições favoráveis como argumentação pela desnecessidade da prisão	49
3.2.3.2. Princípio da homogeneidade	50
3.2.3.3. Especulação sobre participação em organização criminosa	50
3.2.4. Classificação como “associação para o tráfico” (art. 35, Lei nº 11.343/2016)	55
3.3. Gravidade do crime, circunstâncias do fato e garantia da ordem pública	58
3.4. Liberdade provisória e hediondez do delito	61

II. Parametrização específica para perfis de pessoas custodiadas 63

1. Gravidez e maternidade	65
1.1. Marco Legal da Primeira Infância, HC Coletivo nº 143.641 e Lei nº 13.769/2018	65
1.2. Questionamentos e meios de comprovação do exercício de maternidade ou gravidez	67
1.3. Tráfico, maternidade e espaço doméstico	69
1.4. Encaminhamentos aos órgãos do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente	73
1.5. Condições da prisão domiciliar e a hipermaternidade	77
1.6. Monitoração eletrônica	78
1.7. Discursos sobre a liberdade	79
2. Pais e demais responsáveis por dependentes	81
3. Pessoas LGBTQI+	82
4. Pessoas em situação de rua e em situação de extrema vulnerabilidade	84
5. Migrantes	89
5.1. Questões relativas à vulnerabilidade social	89
5.2. Comunicação à autoridade consular ou diplomática	90
5.3. Direito a intérprete	92
6. Pessoas com doenças graves e outras questões de saúde	93
7. Pessoas com deficiência auditiva	95
8. Pessoas com transtornos associados ao uso de drogas	96
9. Indígenas	98

REFERÊNCIAS	101
--------------------	------------

ANEXO	113
--------------	------------

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, identificar, documentar e adotar providências judiciais e não judiciais ante relatos ou outros indícios de tortura ou maus-tratos por parte da polícia ou outros agentes públicos.

Dividido em duas partes, este Manual serve como material de apoio para a parametrização jurídica do processo decisório em audiências de custódia tratada no Manual sobre Tomada de Decisão na Audiência de Custódia: Parâmetros Gerais (a partir de agora, mencionado como Manual de Parâmetros Gerais). Na primeira parte, são abordadas as especificidades dogmáticas e processuais dos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas, elencando-se diretrizes para a tomada de decisão judicial nesses casos. Pesquisa realizada em 2017 pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com o CNJ revela que, juntos, esses tipos penais correspondem a 53% dos casos levados às audiências de custódia⁴. Dados colhidos entre abril e junho de 2020, durante o período da pandemia de Covid-19, sobre as prisões em flagrante em todo o país, a partir da Plataforma de Análise Judicial de Autos de Prisão em Flagrante (APFs)⁵, mostram que esses mesmos delitos corresponderam a 64,3% de um total de 28.510 casos registrados, percentual ainda maior.

Na segunda parte, este Manual oferece subsídios para a tomada de decisões consistentes com os objetivos e os valores da Resolução CNJ nº 213/2015 e seus protocolos⁶, em relação a nove grupos: (i) mães e gestantes; (ii) pais e demais responsáveis; (iii) pessoas LGBTQI+; (iv) pessoas em situação de rua e em situação de extrema vulnerabilidade; (v) migrantes; (vi) pessoas com doenças graves e outras questões de saúde; (vii) pessoas com deficiência auditiva; (viii) pessoas com transtornos associados ao uso de drogas e (ix) indígenas.

2 O art. 7º, 5, do Pacto de São José da Costa Rica ou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe que: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais 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 juizes, 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 De acordo com a pesquisa, as acusações mais frequentes são por roubo (22,1%), tráfico de drogas (16,9%) e furto (14%). FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa - Direitos e Garantias Fundamentais: Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/10/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_CNJ_2018.pdf

5 Para maiores informações sobre a Plataforma: <https://www.cnj.jus.br/cnj-atua-para-enfrentar-covid-19-na-entrada-do-sistema-carcerario/>

6 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>

Como o Manual de Parâmetros Gerais, este documento foi concebido e estruturado 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 213/2015⁷.

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 para Audiência de Custódia e com o Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada.

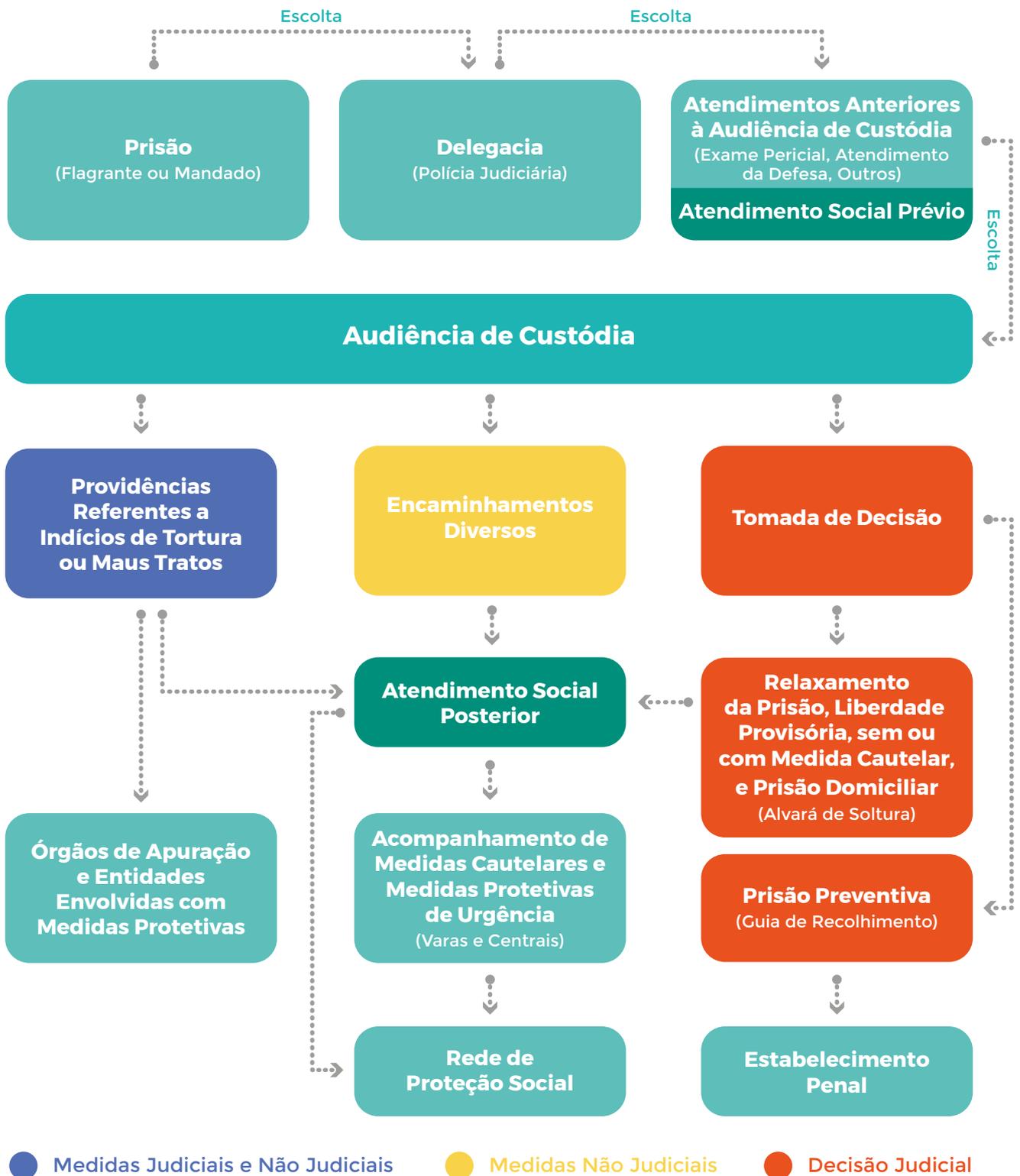
Uma representação gráfica, de rápida leitura, das cinco etapas do processo decisório proposto no Manual de Parâmetros Gerais pode ser consultada ao final deste documento.

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.

⁷ 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.

FLUXOGRAMA GERAL DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA



I

Parametrização específica dos crimes de furto, roubo e tráfico de drogas



1 FURTO (ART. 155, CP)

O art. 155 do Código Penal (CP)⁸ prevê, como crime de “furto simples” a ação de “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”. A pena prevista é de um a quatro anos de reclusão, sendo que há aumento de um terço da pena se o crime é praticado em período noturno (§ 1º). Se o réu for primário e o bem de pequeno valor, o furto é considerado “privilegiado”, sendo possível reduzir a pena em até dois terços ou aplicar somente multa (§ 2º). Assim, em sua modalidade simples, caso a pessoa imputada não seja reincidente, o delito de furto permite a proposição de acordo de não persecução penal⁹, a suspensão condicional do processo, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e afasta a possibilidade de decretação de prisão preventiva diante da cominação de pena inferior a 4 anos. O “furto qualificado”, por sua vez, está previsto no art. 155, §§ 4º a 7º¹⁰.

Por ser um delito patrimonial, não raro é associado a pessoas em situação de extrema vulnerabilidade social, como a população em situação de rua e de baixa renda. As audiências de custódia, nesses casos, cumprem papel central na articulação da rede de proteção social e apoio a essas pessoas, sendo importante que não atuem como mecanismo de criminalização da pobreza diante de condições como falta de endereço fixo, documentos pessoais e trabalho regular. Como será aprofundado no tópico relativo à condução de audiências com pessoas em situação de extrema vulnerabilidade social, é comum que as pessoas autuadas tenham antecedentes criminais, devendo o olhar para cada caso buscar uma compreensão mais ampla sobre o contexto social e as condições em que o delito foi cometido.

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

9 A partir da reforma no Código de Processo Penal (CPP), promovida pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, introduziu-se a figura do acordo de não persecução penal (ANPP), aplicável para casos envolvendo confissão circunstanciada e formal da pessoa acusada de prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, nos termos do art. 28-A do CPP. O instituto pode, portanto, contemplar casos de furto simples e a maior parte das hipóteses de furto qualificado. Contudo, ressalta-se que a audiência de custódia não se constitui como momento adequado para homologação de ANPP, uma vez que “assoma como pressuposto tendente a colidir com a natureza jurídica da audiência de custódia e com seus princípios de imediatidade, além de violar frontalmente a disposição em vigor da Resolução CNJ nº 213/2015 quanto ao não tratamento de questões tangentes ao mérito”, consoante Despacho no Processo nº 0884169, de 27/05/2020, do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça.

10 Considerações específicas sobre as hipóteses de qualificação do furto serão abordadas no decorrer do texto. O furto qualificado ocorre nas hipóteses em que a subtração é praticada com destruição ou rompimento de obstáculo (§ 4º, I), com abuso de confiança ou mediante fraude, escalada ou destreza (§ 4º, II), com emprego de chave falsa (§ 4º, III) ou mediante concurso de duas ou mais pessoas (§ 4º, IV). Nesses casos, a pena será de dois a oito anos de reclusão. Ainda, se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração a pena é de dois a cinco anos (§ 6º). Já se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro estado ou para o exterior, a pena é de três a oito anos (§ 5º). Se houver emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum (§ 4º-A) ou se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego (§ 7º), a pena é de quatro a dez anos. Por fim, tem-se que, em todos os casos, o crime é considerado tentado se não consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente, após iniciada a execução (art. 14, II, CP). Nesses casos, a pena é diminuída de um a dois terços (art. 14, parágrafo único, CP).

De acordo com o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)¹¹, das 726.354 pessoas presas, 234.866 (32%) foram condenadas ou aguardam julgamento em razão de crimes patrimoniais. Dessas, 29.737 respondem por furto simples e 31.378 por furto qualificado (art. 155, §§ 4º e 5º, CP). Em São Paulo, desde a instituição das audiências em novembro de 2015 até dezembro de 2017, tem-se que o crime de furto foi aquele de maior incidência e o maior responsável pela concessão de liberdade provisória, chegando a 75% dos casos. Apenas 4% dos flagrantes foram relaxados, enquanto 21% foram convertidos em prisão preventiva¹².

Expressivo no contexto das audiências de custódia, o furto caracteriza-se também por ser um crime cometido sem violência, com pena baixa se comparado aos outros delitos em análise, e por vezes praticado por pessoas primárias e de bons antecedentes. As considerações abaixo, assim, lançam luz sobre dispositivos jurídicos e chaves de leitura doutrinárias e jurisprudenciais que favorecem um movimento de aproximação aos objetivos e valores da Resolução CNJ nº 213/2015 em relação ao delito de furto, em consonância com os ditames constitucionais.

1.1. Legalidade do flagrante e hipóteses de crime impossível

A Etapa 1, colocada pelo Manual de Parâmetros Gerais, dispõe sobre a regularidade e legalidade do flagrante (*Etapa 1 – Verificar a legalidade e a regularidade do flagrante*). É nesse momento, e mais precisamente ao adequar o flagrante a um dos incisos do art. 302 do CPP, que se encontra a primeira particularidade em destaque para os delitos de furto (1.2.3. *Houve flagrante mesmo? (SIM/NÃO) De qual tipo? Autoridade judicial precisa indicar fundamentadamente uma das 4 hipóteses abaixo*). O inciso I do referido artigo prevê como uma das hipóteses de flagrância situações em que a pessoa “está cometendo a infração penal” (*item (i) Pessoa custodiada estava cometendo o crime quando foi abordada?*).

O flagrante do inciso I ocorre então quando a pessoa é surpreendida praticando o verbo nuclear do tipo, de modo que a prisão nesse momento poderá mesmo evitar a consumação do crime - como nos casos de furto ou roubo¹³.

Nesses casos, é importante que a autoridade judicial se atente para hipóteses de **crime impossível**, que afastam a existência de situação de flagrância. Segundo o art. 17 do CP:

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

12 CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de Custódia e medidas cautelares pessoais. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019.

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

“não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Nessa situação, existe total impossibilidade de acontecimento do evento planejado pelo agente, **e não se pode falar sequer em tentativa, por ausência de tipicidade**. São os casos, por exemplo, em que a pessoa é abordada pelo funcionário de um estabelecimento antes de deixá-lo, ocasião na qual sequer deveria acontecer a prisão. Trata-se de circunstância já contemplada na jurisprudência do STF:

“a forma específica mediante a qual os funcionários dos estabelecimentos exerceram a vigilância direta sobre os acusados, acompanhando ininterruptamente todo o trajeto de suas condutas, tornou impossível a consumação do crime, dada a ineficácia absoluta do meio empregado”¹⁴.

Observadas decisões tomadas em audiências de custódia e colhidas a nível nacional, aponta-se que o segundo trecho, nesse sentido, teria como melhor medida o relaxamento do flagrante:

*“Verifica-se a partir dos relatos prestados que o segurança do mercado observou a conduta do custodiado durante todo o tempo em que ele esteve no mercado, inclusive percebendo o momento em que ele teria colocado os três pedaços de carne num saco plástico. **Assim, evidente que se trata de crime impossível, ausente a situação flagrancial**. Assim, DEFIRO ao custodiado o Relaxamento de Prisão.” (grifos nossos)*

*“Quanto à situação de flagrância, encontra previsão legal no art. 302, inciso I do CPP, pois **a conduzida teria sido surpreendida pelo gerente do supermercado quando saía do estabelecimento com os produtos subtraídos**.” (grifos nossos)*

A ideia que fundamenta o crime impossível aparece de outras maneiras no material coletado, notadamente para subsidiar a argumentação de que não haveria necessidade de decretação da prisão preventiva. Tal entendimento, no entanto, fica ainda aquém da interpretação mais aderente aos objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015, que conduziria ao relaxamento do flagrante. É o caso da seguinte hipótese, caracterizada como furto tentado, em que o flagrante foi considerado regular. Apesar de a tipificação como tentativa não ter sido questionada, houve o afastamento da prisão preventiva, sendo decretada liberdade provisória com fiança no valor de R\$ 200,00:

“(...) mesmo que a autuada apresente antecedentes criminais, o objeto furtado não chegou a sair da esfera de vigilância da vítima; logo, vê-se que sua liberdade não implicará em obstrução da instrução criminal ou do processo penal (...)”

14 RHC 144516, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-021 DIVULG 05-02-2018 PUBLIC 06-02-2018.

1.2. Tipificação da conduta com base no APF e na entrevista

1.2.1. Necessidade de laudo de avaliação do valor da *res furtiva*

A discussão sobre o valor da *res furtiva* aparece tanto para a aplicação da causa de diminuição do § 2º do art. 155, que prevê o furto privilegiado, quanto na verificação da tipicidade material do delito e da possibilidade de incidência do princípio da insignificância. No direito penal brasileiro, são trabalhados dois conceitos, cada um pertinente a uma das hipóteses, próximos, porém distintos: “bem de pequeno valor” e “bem de valor insignificante”. A distinção entre essas duas categorias leva a desfechos bastante diferentes: pelo pequeno valor, tem-se a possibilidade de redução da pena e, pelo valor insignificante, a descaracterização da tipicidade material da conduta.

Assim, é importante delimitar tanto os critérios para avaliação do valor da coisa, quanto fornecer subsídios para que seja feita a distinção, caso a caso, entre o bem de valor pequeno e o bem de valor insignificante. No excerto abaixo, a autoridade judicial entende que, não havendo laudo de avaliação dos bens furtados, seria impossível discutir o princípio da insignificância:

*“E em se tratando de prisão lavrada na forma da lei, não se há de falar em relaxamento da prisão, uma vez que a teor do disposto no art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal, c/c o art. 310, inciso I, do Código de Processo Penal, **somente a prisão ilegal é que será relaxada, devendo ser observado que, no caso, não há laudo de avaliação dos bens objeto do furto**, razão pela qual fica impossibilitada a análise acerca de eventual aplicação do princípio da insignificância.” (grifos nossos)*

A decisão não menciona qual seria o objeto em questão, mas abre margem para que seja feita a discussão sobre em que casos, efetivamente, é necessário laudo de avaliação do valor dos bens furtados para discutir a forma privilegiada do furto ou sua insignificância. Em diversos casos, o furto é feito em estabelecimentos comerciais, como lojas e supermercados. Nesses casos, propõe-se que o laudo não seja necessário para avaliação do valor do bem, na medida em que é facilmente aferível o valor de mercado da coisa. Como exemplo, tem-se o seguinte trecho de uma decisão do banco analisado:

“No caso concreto, a tentativa de furto no estabelecimento indicado teria sido para subtrair dois cremes da marca Pantene, cujo valor individual é de R\$ 11,99.”

Nesse mesmo sentido, em furtos de celulares e outros objetos eletrônicos de uso cotidiano, por mais que seja desejável a presença do laudo, defende-se que sua ausência não impeça o reconhecimento de seu baixo valor. Dado que também são produtos de ampla circulação no mercado, não é necessário rigor técnico para estimar o valor dos bens. É fácil a verificação do valor da coisa no mercado, tanto novo quanto usado, e as manifestações das partes nesse sentido poderiam informar a decisão da autoridade judicial.

O laudo técnico se faz importante, de fato, em casos de difícil apuração e estimativa do valor da coisa. Seria o caso de joias, quadros, relógios, por exemplo. Apesar disso, se não houve realização do laudo na fase policial, deve ser priorizada a liberdade da pessoa autuada, para que a posterior realização do laudo técnico possa informar a instrução, sem prejuízo para o processo. Com isso, o ônus pela falta de tempo ou recursos para elaboração do laudo técnico não recai sobre a pessoa custodiada, privilegiando-se, assim, o princípio constitucional da presunção de inocência.

1.2.2. Reconhecimento do furto privilegiado

O § 2º do art. 155 prevê como furto privilegiado as hipóteses em que a pessoa é primária e é de pequeno valor a coisa furtada. Nos casos de furto privilegiado, é aplicada causa de diminuição da pena em razão da baixa ofensividade da conduta do agente combinada à sua condição pessoal de primariedade.

Nos casos de furto privilegiado, como já mencionado, fala-se em “pequeno valor”, e não em “valor insignificante”, como ocorre com o princípio da insignificância, abaixo detalhado. Enquanto a doutrina, em geral, define pequeno valor como aquele cuja perda possa ser suportada sem maiores dificuldades pela generalidade das pessoas, a **jurisprudência majoritária orienta-se no sentido de que pequeno valor seria aquele que não ultrapassa o equivalente ao salário mínimo da época**¹⁵. Apesar das críticas da doutrina a esse ponto, pois fixaria um *quantum* em uma situação relativa, a jurisprudência é amplamente aceita.

No que diz respeito à aplicação do privilégio às figuras qualificadas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende que “É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva” (Súmula 511). Vale ressaltar que todas as qualificadoras do furto, à exceção do abuso de confiança e da fraude (§ 4º, II, primeira parte), são objetivas.

Verificados, então, os critérios objetivos de primariedade e pequeno valor do bem furtado, é obrigatório que a tipificação do delito englobe o § 2º, com reconhecimento pelo STJ de que se trata de “direito subjetivo do réu”¹⁶. Ou seja, a aplicação do parágrafo não depende de considerações discricionárias da autoridade judicial. Assim, caso o direito à causa de diminuição não tenha sido reconhecido no auto de prisão em flagrante, a capitulação deve ser ajustada na audiência de custódia. No caso abaixo, apesar de reunidos todos os elementos para classificação como furto tentado privilegiado, só é reconhecida a tentativa. Seria uma das hipóteses de adequação da capitulação em juízo:

“Trata-se de Auto de Prisão em Flagrante, lavrado (...), em tese, aos preceitos do artigo 155, caput, c/c 14, II, ambos do código penal. (...) Outrossim, ressalta-se que o objeto do furto é de peque-

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

16 HC 371.069/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 25/11/2016.

no valor (fl. 11 - R\$ 335,14) e, inclusive, já restou recuperado pela vítima (fl. 10), evidenciado a ausência de dano patrimonial do crime em análise. Ademais, conforme certidão de antecedentes criminais de fl. 20, verifica-se que a **indiciada é primária, o que lhe faculta a concessão de liberdade provisória por não representar perigo à ordem pública.” (grifos nossos).**

1.2.3. Reconhecimento de atipicidade material: o princípio da insignificância

Há ainda a necessidade de análise sobre a tipicidade e ilicitude da situação, para que se possa avaliar a legalidade 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*). O princípio da insignificância deve ser levado em consideração no momento de decidir sobre a efetiva tipicidade material do delito de furto.

O princípio da insignificância é uma criação doutrinária consolidada pela adesão jurisprudencial. Refere-se a condutas que, apesar de contrárias ao ordenamento jurídico, pois adequadas à descrição típica, não afetam significativamente o bem jurídico protegido pela norma¹⁷. Assim, tem-se situação de atipicidade material do fato, que **deve levar ao relaxamento da prisão**.

A insignificância, por ser um princípio em constante construção, conta com diferentes interpretações sobre seus requisitos e abrangência. Diálogo doutrinário tem se desenvolvido com o princípio da lesividade, já que o princípio da insignificância se origina da “ausência de criação ou de aumento de risco à insignificância da lesão jurídica”¹⁸.

Foi em 2004 que, pela primeira vez, o STF reconheceu a insignificância em crime de furto, trazendo no acórdão - de votação unânime - princípios alinhados ao direito penal mínimo e à razoabilidade, e mobilizando precedentes no mesmo sentido já existentes no STJ. Nesse julgado, o STF delimitou critérios para a verificação de situação de insignificância da conduta: **(i) mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) nenhuma periculosidade social da ação, (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada**¹⁹.

Mais recentemente, considerando os critérios elencados pela Suprema Corte, o STJ esclareceu que em **hipóteses de furto qualificado também pode incidir o princípio da insignificância**, pontuando que:

“Na hipótese desses autos, verifica-se que os fatos autorizam a incidência excepcional do princípio da insignificância, haja vista as circunstâncias em que o delito ocorreu. Muito embora esteja pre-

17 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.

18 TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tirant Brasil, 2020. p. 250.

19 HC 84.412-0/SP, j.19.10.04.

sente uma circunstância qualificadora – o concurso de agentes –, os demais elementos descritos nos autos permitem concluir que, neste caso, a conduta perpetrada não apresenta grau de lesividade suficiente para atrair a incidência da norma penal, considerando a natureza dos bens subtraídos (gêneros alimentícios) e seu valor reduzido.”²⁰

No material analisado, foram identificadas duas situações que concretizam a formulação geral da Suprema Corte em casos de furto: **(i) o valor insignificante da res furtiva e (ii) a restituição do objeto à vítima.**

Nessas hipóteses, seguindo a jurisprudência consolidada e a premissa da intervenção penal mínima, o desfecho foi de relaxamento da prisão - que mais se aproxima dos objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015 - ou de afastamento da necessidade de prisão provisória, seguido da aplicação de medidas cautelares diversas. Na primeira decisão, pode-se observar o argumento do baixo valor do objeto furtado para aplicação da insignificância e relaxamento da prisão:

*“Ao meu sentir, **em que pese a reincidência do custodiado**, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta em razão da aplicação do princípio da insignificância, haja vista o **pequeno valor da res furtiva (2 sandálias no valor de 29,99 cada uma)**. Mas, não é só. **No caso concreto, o acautelado é civilmente identificado e, embora seja reincidente em crime patrimonial, os tribunais superiores possuem o entendimento de que a reincidência não afasta a aplicação do princípio da insignificância.** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal exige a aplicação de forma prudente e criteriosa, desde que presentes certos elementos, a saber: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) a ausência total de periculosidade social da ação; (iii) o ínfimo grau de reprovabilidade do comportamento e (iv) a inexpressividade da lesão jurídica ocasionada. Nessa cadência, cabe ao intérprete da lei penal delimitar o âmbito de abrangência dos tipos penais abstratamente positivados no ordenamento jurídico, de modo a excluir de sua proteção aqueles fatos provocadores de ínfima lesão ao bem jurídico por ele tutelado, nos quais tem aplicação o princípio da insignificância, o que ocorreu nestes autos. Não se está aqui dando salvo conduto à prática delituosa, apenas verificando a necessidade e utilidade da medida de política criminal do princípio da insignificância, de forma prudente e criteriosa, com base nos **elementos elencados pelo Supremo Tribunal Federal**, consoante julgados abaixo transcritos. ‘A tipicidade penal não pode ser percebida como o exercício de mera adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, a configuração da tipicidade demanda análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, para verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. Constatada a irrelevância penal do ato tido por delituoso, principalmente em decorrência da inexpressividade da lesão patrimonial e da não consumação do delito, é de se reconhecer a atipicidade da conduta praticada ante a aplicação do princípio da insignificância.’ (Ha-*

beas Corpus n° 119128 / MG, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA, Julgamento em 26.11.2013, 2ª Turma do STF) 'Habeas corpus. 2. Furto simples de codornas avaliadas em R\$ 62,50. Condenação à pena de 1 ano de reclusão. 3. Réu, à época da condenação, primário. 4. Aplicação do princípio da bagatela. Possibilidade. Precedentes. Peculiaridades do caso. 5. Reconhecida a atipicidade da conduta. 6. Ordem concedida para restabelecer o acórdão do TJ/MS que aplicava o princípio da insignificância'. (Habeas Corpus n° 128299 / MS, Relator Ministro GILMAR MENDES, Julgamento em 24.11.2015, 2ª Turma do STF). Por tudo acima esposado, **DEFIRO ao custodiado o Relaxamento de Prisão.**" (grifos nossos)

Nos casos em que se aplica o princípio da insignificância, o valor da coisa é "insignificante", e não pequeno. Enquanto a coisa de pequeno valor é a que não ultrapassa um salário mínimo, a coisa de valor insignificante é tão inexpressiva que não requer a proteção penal. Normalmente, está associada ao furto de alimentos e produtos para higiene.

Conforme mencionado pela própria autoridade judicial no caso supracitado, **a reincidência não deve afastar a incidência do princípio.** Aqui, julga-se o fato, e não o autor, conforme decisão do STF presente na ementa da decisão do Ministro Celso de Mello, no HC 155.920-MG:

"EMENTA: TENTATIVA DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, "CAPUT", C/C O ART. 14, II). DUAS PEÇAS DE QUEIJO MINAS. OBJETOS SUBTRAÍDOS QUE FORAM DEVOLVIDOS À VÍTIMA, QUE É UMA SOCIEDADE EMPRESÁRIA. SITUAÇÃO DE REINCIDÊNCIA QUE NÃO DESCARACTERIZA, POR SI SÓ, O FATO INSIGNIFICANTE. PRECEDENTES, NESSE SENTIDO, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, QUE SE QUALIFICA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SUA DIMENSÃO MATERIAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. HIPÓTESE, NO CASO, DE ABSOLVIÇÃO PENAL DA PACIENTE (CPP, ART. 386, III). 'HABEAS CORPUS' DEFERIDO".

A ementa destaca um caso em que, além do baixo valor dos objetos subtraídos (duas peças de queijo minas), eles foram devolvidos à vítima. O entendimento também está presente em decisões do material analisado, que elencam como elemento indicativo de baixa gravidade do delito a devolução do objeto à vítima. Em um dos tribunais estaduais, a formulação faz parte do modelo utilizado em decisões do gênero:

"No caso em tela, a manutenção da prisão preventiva é medida desnecessária, pois, não existe motivação a priori. O objeto furtado foi restituído à vítima; logo, vê-se que sua liberdade não implicará em obstrução da instrução criminal ou do processo penal (...)"

Há no material, ainda, uma argumentação que corrobora a posição dos tribunais superiores. No caso abaixo, o argumento é utilizado para afastar a necessidade de prisão preventiva, apesar de não a relaxar - o que seria a decisão mais aderente aos objetivos e valores da Resolução CNJ n° 213/2015.

“Nada obstante, sem adentrar a análise meritória neste momento, possa ser reconhecida, pelo juiz natural, a ausência da lesividade da conduta do atuado pela **pouca expressão do prejuízo suportado pela vítima, pouca periculosidade social da ação, bem assim reduzido grau de reprovabilidade e mínima ofensividade**, vetores entendidos por autorizadores do reconhecimento do princípio da insignificância, segundo o STF. É neste sentido que vem decidindo o STJ: “PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FEMINICÍDIO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. CONVERSÃO DO FLAGRANTE DIRETAMENTE PELO JUIZ. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 310 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. (RHC 74700 MG 2016/0213522-2. T5/QUINTA TURMA. Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS)”. (...) **O periculum libertatis não está presente, tanto por ser insignificante a lesão provocada no patrimônio da vítima** como por não existir nenhum dado concreto que, numa análise perfunctória, indique pela probabilidade de cometimento de novos delitos por parte do atuado.” (grifos nossos)

No sentido contrário ao que propõe a Resolução CNJ nº 213/2015, algumas decisões colocam obstáculos à incidência do princípio que não encontram respaldo no entendimento consolidado pelos tribunais superiores. É o que se verifica em casos que demandam laudo de avaliação do valor dos bens ou análise da “reprovabilidade da conduta”, como na decisão abaixo transcrita:

“Inicialmente ratifico a homologação do flagrante já contida nos autos pelo tipo legal estabelecido nos autos (Art. 155 c/c art. 14, II, ambos do Código Penal), tendo em vista que não há fato novo nessa audiência capaz de provocar a mudança dos seus fundamentos. **O flagrante ocorreu de forma legal, conforme o art. 302, III, do CPP. Destarte, entendo que não cabe, pelo menos nesse momento processual, o relaxamento do flagrante por aplicação do princípio da insignificância, haja vista que para fins de aplicação do referido princípio devem ser analisados, a par do valor econômico do bem, também a reprovabilidade da conduta do imputado.**” (grifos nossos)

Na decisão a seguir, apesar de haver parecer do Ministério Público pedindo o arquivamento por insignificância, com reconhecimento do baixo valor dos objetos e sua restituição ao estabelecimento (uma rede comercial de grande porte), a autoridade judicial argumenta pela necessidade de imposição de medidas cautelares diversas diante da “predisposição no cometimento de condutas ilícitas” da custodiada:

“No processo em trâmite na 15ª Vara desta Comarca, **há pedido de arquivamento formulado pelo Agente Ministerial, aludindo a incidência do princípio da insignificância.** Ocorre que, apesar dos indicativos de uma eventual reiteração delitiva, imperioso reconhecer que o delito que ensejou a lavratura do presente auto, mesmo sendo digno de reprovação, não é suficiente para justificar a imposição de medida tão gravosa como a segregação cautelar, eis que a atuada foi presa pelo furto de um pacote de fraldas, **um pacote de absorvente, quatro frascos de protetor solar e dois**

frascos de desodorante, bens devidamente restituídos ao estabelecimento vitimado (empresa comercial de grande porte), deixando consignado que eventual análise acerca da atipicidade da conduta poderá ser melhor aquilatada pelo juízo processante, mormente diante da ausência de avaliação da res furtiva e dos indicativos de comprometimento dela com a prática de crimes contra o patrimônio. Por outro lado, diante da demonstração de uma eventual predisposição no cometimento de condutas ilícitas, entendo recomendável a substituição da prisão flagrancial pela imposição de medidas cautelares, visando a garantia da ordem pública, da instrução criminal e da aplicação da lei penal.” (grifos nossos)

As duas situações **contrariam o entendimento dos tribunais superiores**, que afasta a possibilidade de considerar a reincidência e as condições pessoais de modo geral para a caracterização do princípio:

“As circunstâncias de caráter eminentemente pessoal não interferem no reconhecimento do delito de bagatela, uma vez que este está relacionado com o bem jurídico tutelado e com o tipo de injusto, e não com a pessoa do acusado, que não pode ser considerada para aplicação do princípio da insignificância, sob pena de incorrer no inaceitável Direito Penal do autor, incompatível com o sistema democrático.”²¹

1.2.4. Excludente de ilicitude: o estado de necessidade no caso de “furto famélico”

Além das situações de atipicidade, a excludente de ilicitude de “estado de necessidade” é de importante consideração em crimes patrimoniais. As excludentes de ilicitude estão listadas no artigo 23 do Código Penal²², sendo elas: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de direito. 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 sua aplicação.

A jurisprudência tem reconhecido o estado de necessidade (art. 24, CP) com base nos seguintes requisitos, que devem ser comprovados pela defesa: (i) que o delito tenha sido cometido para mitigar a fome; (ii) que seja o único e derradeiro recurso do agente (inevitabilidade do comportamento lesivo); (iii) que haja a subtração de coisa capaz de diretamente contornar a emergência; e (iv) que se verifique a insuficiência dos recursos adquiridos pelo agente com o trabalho ou a impossibilidade de trabalhar ²³.

21 STJ, HC 118.702/MG, 5ª T., DJe 16/02/2009, rel. Min. Laurita Vaz.

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

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

Apesar disso, o STF fixou entendimento pela impossibilidade de reconhecimento do estado de necessidade em casos sob essas condições, tendo em vista que “O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como tivesse praticado condutas irrelevantes”²⁴. Ainda assim, a presente proposta tem o intuito de abrir a discussão do estado de necessidade no âmbito da audiência de custódia, destacando a seguinte decisão:

*“(...) o delito não foi praticado em circunstância fática que demonstra que ultrapassou a gravosidade existente no elemento normativo do tipo [furto], pois a flagranteada foi apreendida com alimentos que aparentam ser de pequeno valor relativizando a pessoa jurídica que é a vítima deste caso, de acordo com o auto de apreensão presente na fl. 17. **Ademais, constata-se que a custodiada é de uma realidade social pobre e desafortunada, relevando o fato dela estar procurando suprir-se de algum mantimento para satisfazer sua escassez alimentar.** Contudo, é primordial salientar que a flagranteada se encontra em uma situação de risco sendo dependente química e que nunca foi submetida a tratamento ou acompanhamento social contra dependência, além de ser usuária de uma das drogas mais maléficas para a saúde mental e física, o crack. Diante do diagnóstico supramencionado e do fato criminoso, tendo em vista que a custodiada não representa uma grande ameaça aos direitos da sociedade, e o que foi cometido não apresentou uma periculosidade elevada, não apresenta uma necessidade na prisão da flagranteada, e sim para que cesse o animus criminoso é prudente que seja levada para o tratamento químico e também seja sanada a necessidade de drogadição que leva a pessoa a ter comportamentos ilícitos e impulsivos destinados a usar drogas (...).” (grifos nossos)*

Cumprido, ainda, destacar a centralidade que tem a rede de proteção social e a voluntariedade necessária aos possíveis encaminhamentos nesses casos, embora seja necessário problematizar o discurso estigmatizante produzido sobre a custodiada na decisão. Neste campo, também se fazem relevantes as referências presentes no Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada.

1.3. Gravidade do crime e circunstâncias do fato

Na Etapa 4, após ter sido verificado que o flagrante foi regular, readequada a tipificação, se necessário, e após constatada a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar, devem ser analisados os elementos que indicam a medida que melhor se adequa ao caso (*Etapa 4 – Flagrante regular, tipificação definida judicialmente e há elementos robustos indicando a necessidade de aplicação de alguma medida cautelar: adequação das medidas cabíveis*).

Entre os elementos que informam a escolha da melhor medida a ser aplicada em cada caso, a análise da gravidade do crime e das circunstâncias do fato (4.1.3 “Gravidade do crime” e “Circunstâncias do fato”) assume algumas especificidades, a depender do delito em questão.

24 HC 107067, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, PUBLIC 26-05-2011.

A gravidade do crime, prevista como critério para aplicação de cautelares no art. 282, II do CPP²⁵, deve ser associada a elementos concretos e diversos daqueles intrínsecos ao tipo penal. Isso significa que **condutas elementares ao tipo não podem contar como indicadores de sua gravidade**, nem formulações abstratas e não jurídicas sobre o crime. Como condutas elementares ao tipo, entende-se tanto aquelas previstas no caput do art. 155, quanto as hipóteses já previstas em lei para qualificação do delito. Ou seja, não seria possível alegar gravidade excessiva em casos de: (i) destruição ou rompimento de obstáculo; (ii) abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; (iii) emprego de chave falsa; e (iv) concurso de duas ou mais pessoas. Além disso, a argumentação não deve fazer recurso a formulações extralegais e de apelo à sociedade, pois estão fora do âmbito de atuação da autoridade judicial. É o que se observa no caso abaixo:

“Note-se que os flagranteados confirmaram a tentativa de furto voltado aos objetos da escola pública. Bens de uso comum de crianças e adolescentes que depositam na escola a esperança de um futuro melhor. Os objetos furtados irão prejudicar seriamente o desenvolvimento educacional de uma parcela vulnerável da população local. Deve-se assegurar a irrepetibilidade da ação delituosa e o que só é possível fazer com eficiência quando se acompanha as ações de quem já se demonstrou voltado à prática criminal. Note-se ainda pelas declarações dos flagranteados que não trabalham que estão fora do controle de seus familiares, apesar da pouca idade revelada. Sem maturidade e encaminhamento a um desenvolvimento seguro e pautado nas regras da sociedade demonstram a ideia de freios legais. (...) Em um sistema de gradação, a monitoração eletrônica é, depois da prisão preventiva, a que guarda maior rigorismo e ofensa à liberdade. Nesse sentido, deve ser imposta àqueles que, por circunstâncias concretas, revelem a necessidade de seu uso. É o que ocorre no presente caso. Os flagranteados confessaram a autoria do furto, alegam que foi a primeira vez que invadiram a escola, e assim que avistaram a equipe policial se evadiram do local onde estavam cometendo o ato. Não obstante, por não ser crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, é daqueles que dilapida o patrimônio do cidadão que deve ter seus direitos à integridade patrimonial garantidos.”

1.3.1. Princípio da homogeneidade

Também para a tomada de decisão acerca da medida que melhor se adequa ao caso (*Etapa 4*), a noção de proporcionalidade constitui componente central.

O princípio da homogeneidade, definido jurisprudencialmente, decorre do princípio da proporcionalidade e prevê que **a gravidade da medida cautelar não pode ser maior do que a pena aplicada em eventual condenação**. Deve-se ter em mente, por exemplo, que casos de furto em suas formas

25 “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.” 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

simples, tentada (art. 155 c/c art. 14, II, CP) e privilegiada (§ 2º) devem excluir a possibilidade de prisão preventiva, tendo em vista a probabilidade de que, no julgamento definitivo, a pena seja substituída por penas alternativas à prisão ou mesmo por multa. Assim, a partir do entendimento que já vem sendo aplicado nas audiências de custódia, propõe-se tornar o princípio coerente com os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015 e com seu próprio pressuposto de proporcionalidade, fazendo com que hipóteses de tentativa e de furto privilegiado impeçam a prisão preventiva.

Na tabela abaixo, é estabelecida a relação entre as diferentes formas do delito de furto, suas penas mínima e máxima, e quais os possíveis desfechos para as audiências de custódia, considerando a necessidade de proporcionalidade da decisão. O quadro apresenta cinco possibilidades típicas para o crime de furto, os elementos do tipo - isto é, os fatores que deverão ser considerados no momento da qualificação jurídica -, bem como as penas mínimas e máximas previstas. Nas hipóteses de causa de diminuição e aumento, foi aplicada a maior redução possível ($\frac{2}{3}$) para o mínimo (1 ano), e a menor redução possível ($\frac{1}{2}$) para o máximo (4 anos).²⁶

Ainda, foi indicado se haveria possibilidade de aplicação de alguma das medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/1995²⁷, ou substituição da pena por restritiva de direitos. De acordo com a jurisprudência, para fins de aplicação da Lei nº 9.099/1995 são reconhecidas as causas de diminuição:

“Tese 107 JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS – LEI Nº 9.099/95 – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – CAUSAS DE AUMENTO DE PENA – PENA MÍNIMA COM O AUMENTO OBRIGATÓRIO SUPERIOR A UM ANO – INADMISSIBILIDADE. Para efeito da suspensão condicional do processo, prevista na Lei nº 9.099/95, levam-se em conta as causas de aumento e diminuição da pena.”²⁸

“RESP - HOMICÍDIO CULPOSO E LESÕES CORPORAIS CULPOSAS AGRAVADOS - INCIDÊNCIA DE CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO E DE CONCURSO FORMAL - RELEVÂNCIA PARA EFEITO DA LEI Nº 9.099/95. 1. Para efeito da transação e da suspensão condicional do processo, previstas na Lei nº 9.099/95, leva-se em conta, para definir a pena máxima (art. 61) e mínima (art. 89), as causas de aumento e diminuição da pena, bem como a regra do concurso formal. 2. Recurso conhecido.”²⁹

Esse entendimento faz com que seja possível defender que casos de furto tentado e privilegiado sejam relaxados, para que seja lavrado termo circunstanciado e encaminhado ao Juizado Especial Criminal (JECRIM).

26 Para o cálculo, foi utilizado como parâmetro o documento “SISPENAS: Sistema de Consulta sobre Crimes, Penas e Alternativas à Prisão”. Cf: MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta. SISPENAS: Sistema de Consulta sobre Crimes, Penas e Alternativas à Prisão. In: Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 01-26, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/235>. Acesso em 06 dez. 2019.

27 BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. DOU de 27.9.1995. Brasília: 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm

28 D.O.E., 12/06/2003, p. 31.

29 Resp 159166 – SP, 6ª Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 24/11/1998, D.J.U. de 01/02/1999, p. 00240 – CASO DO SETOR.

Quadro 1. Aplicação do princípio da homogeneidade nos crimes de furto

	Furto simples	Furto tentado	Furto privilegiado	Furto qualificado	Furto qualificado-privilegiado
Dispositivo legal (CP)	Art. 155, caput	Art. 155 c/c 14, II	Art. 155, § 2º	Art. 155, § 4º	Art. 155, §§ 2º e 4º
Elementos do tipo	Subtração de coisa alheia móvel	Possibilidade de subtração de coisa alheia móvel não consumada ³⁰	Primariedade do agente e pequeno valor da <i>res furtiva</i>	(i) Destruição ou rompimento de obstáculo; (ii) Abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; (iii) Emprego de chave falsa; (iv) Concurso de duas ou mais pessoas	Condições do furto privilegiado combinadas a alguma das hipóteses de furto qualificado
Penas mínima e máxima	1 a 4 anos	6 meses a 1 ano e 4 meses	Multa ou 6 meses a 1 ano e 4 meses	2 a 8 anos	8 meses a 5 anos e 4 meses
Possibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras (Lei nº 9.099)	Não	Sim	Sim	Não	Não
Possibilidade de substituição por penas restritivas de direitos	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Possibilidades decisórias	Liberdade provisória , sem ou com medida cautelar	Liberdade provisória , sem ou com medida cautelar	Liberdade provisória , sem ou com medida cautelar	Possível a decretação de prisão preventiva, mas deve ser privilegiada a liberdade provisória (sem ou com medida cautelar)	Possível a decretação de prisão preventiva, mas deve ser privilegiada a liberdade provisória (sem ou com medida cautelar)

³⁰ Caso haja impossibilidade de consumação do crime desde o início, trata-se de hipótese de crime impossível (art. 17, CP), como já visto.

No caso abaixo citado, as condições favoráveis ao agente – primariedade e bens de baixo valor – são consideradas dentro da perspectiva do princípio da homogeneidade. O termo não informa a capitulação do crime, mas, por mencionar que a pena máxima do delito é superior a 4 anos, é possível inferir que foi tipificado como furto qualificado. É um exemplo que mostra que, mesmo nessas condições, devem ser avaliadas as circunstâncias específicas de cada crime para que a medida aplicada respeite o princípio da proporcionalidade. No caso, foi concedida liberdade provisória, com as seguintes medidas cautelares: (i) comparecimento mensal em juízo, (ii) comparecimento a todos os atos do processo, (iii) dever de informar ao Juízo eventual mudança de endereço e (iv) proibição de ausentar-se da Comarca, por mais de 10 dias, sem prévia autorização judicial. Aqui, ainda, seria possível argumentar pela utilização da figura híbrida do furto qualificado-privilegiado, ou mesmo do princípio da insignificância - com relaxamento do flagrante:

*“No caso em tela, com relação ao fumus comissi delicti, extrai-se do inquérito policial que os custodiados subtraíram, em comunhão de ações e desigmo, **bens de uma farmácia** (três embalagens de Bic Advance, 1 embalagem de shampoo e condicionador Pantene e 3 unidades de Rexona Efficient). Com os custodiados também foram encontrados produtos de outra drogaria. Quanto ao periculum libertatis, a análise da necessidade da segregação cautelar merece uma análise bipartida. Com relação ao custodiado [nome], **ainda que a pena máxima cominada ao delito imputado seja superior a 4 (quatro) anos, diante de sua primariedade, bem como das circunstâncias e natureza do crime a ele imputado, tudo indica que, em caso de eventual condenação, sequer dará início ao cumprimento da pena em regime fechado, com o qual guarda similitude a prisão preventiva. Ressalte-se, ainda, que o crime imputado é desprovido de violência e grave ameaça. Assim, deve ser reconhecida a ausência da imprescindível proporcionalidade entre a medida cautelar e a providência de mérito perseguida em eventual ação penal.** Consequentemente, considerando que não há nada que justifique a segregação cautelar do custodiado [nome], deve ser aplicada medida cautelar diversa da prisão preventiva, de acordo com o rol disposto no art. 319 do Código de Processo Penal.” (grifos nossos)*

Nesse mesmo caso, vale destacar, são presas outras duas mulheres, que já tiveram passagens anteriores pela audiência de custódia. A elas, o seguinte argumento é aplicado: “No que toca ao princípio da homogeneidade, a análise de questões acerca da possível fixação da pena em regime menos gravoso demanda dilação probatória”. É clara a violação aos objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015, devendo ser aplicado o critério da proporcionalidade da decisão sem distinção entre custodiados. Na Etapa 4 do Manual de Parâmetros Gerais (4.1.1. “Condições pessoais da pessoa indiciada ou acusada” – 4.1.1.3. *Contato anterior com o sistema de justiça*), são feitas maiores considerações sobre casos de sucessivos flagrantes e comparecimentos às audiências de custódia.

Ainda sobre a aplicação do princípio da homogeneidade, o caso abaixo ilustra sua aplicação diante dos seguintes elementos: (i) crime em sua forma tentada; (ii) pequeno valor do bem furtado; (iii)

restituição do objeto à vítima; e (iv) primariedade da custodiada. A autoridade judicial, ao fim, aplica as seguintes medidas cautelares: (i) manter endereço atualizado nos autos, com imediata comunicação em caso de mudança; (ii) comparecimento a todos os atos processuais para os quais for intimada; e (iii) proibição de ausentar-se da região metropolitana da comarca por mais de 30 (trinta) dias consecutivos:

*“Trata-se de Auto de Prisão em Flagrante, lavrado (...), em tese, aos preceitos do **artigo 155, caput, c/c 14, II**, ambos do código penal. (...) A teor do art. 313 do Código de Processo Penal, com nova redação dada pela Lei nº 12.403/11, admite-se a manutenção da prisão cautelar do flagrado, somente em casos excepcionais, reservados aos crimes mais graves, assim entendido, aqueles cometidos mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou de extrema nocividade social. Não é o caso dos autos, porquanto não há indicações, pelo menos em tese, de uso de violência ou grave ameaça, o que, a rigor, viabiliza a liberdade provisória da indiciada. Outrossim, ressalta-se que **o objeto do furto é de pequeno valor (fl. 11 - R\$ 335,14)** e, inclusive, já restou **recuperado pela vítima** (fl. 10), evidenciado a ausência de dano patrimonial do crime em análise. Ademais, conforme certidão de antecedentes criminais de fl. 20, verifica-se que a **indiciada é primária**, o que lhe faculta a concessão de liberdade provisória por não representar perigo à ordem pública. Inclusive, em caso de condenação, a indiciada possivelmente poderá cumprir sua pena em regime aberto e, ainda, vê-la substituída por penas restritivas de direitos. Assim, diante dos fatos narrados, torna-se temerária a manutenção da prisão da indiciada.” (grifos nossos)*

Desse modo, toda tomada de decisão relativa aos crimes de furto deve considerar não apenas as penas mínima e máxima de cada modalidade do delito, mas sim as circunstâncias favoráveis que indicam que, em uma hipotética condenação, não seria aplicada pena de prisão.

2 ROUBO (ART. 157, CP)

O Código Penal prevê como roubo, no art. 157, o ato de “subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência à pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência”, sob pena de reclusão de quatro a dez anos, com multa. De acordo com o § 1º, incorre na mesma pena quem, logo após subtrair a coisa, empregar grave ameaça ou violência contra pessoa para assegurar a impunidade do crime ou a posse da coisa³¹.

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

Se considerada a representatividade do roubo na população prisional brasileira, tem-se que 42.987 pessoas estão presas - com condenação ou provisoriamente - por roubo simples (art. 157), e 93.461 por roubo qualificado (art. 157, § 2º). Somadas as quantidades, o roubo representa 26,2% das incidências penais³². O fato de envolver grave ameaça e/ou violência faz com que mais obstáculos sejam colocados à excepcionalidade da prisão preventiva, de modo que, neste tópico, possíveis caminhos são apontados para a construção de decisões aderentes aos objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015.

2.1. Legalidade do flagrante e hipóteses de crime impossível

Do mesmo modo que nos casos de furto, em situações em que existe total impossibilidade de acontecimento do evento planejado pelo agente, **não se pode falar em tentativa por ausência de tipicidade**. Em princípio, neste tópico valem os mesmos apontamentos feitos anteriormente para os casos de furto. Decisão nesse sentido foi proferida por Tribunal de Justiça, em caso no qual foi reconhecido crime impossível, por absoluta ineficácia do meio empregado. Na situação, o réu foi detido dentro do estabelecimento com quatro frascos de desodorantes. Embora tenha reconhecido a materialidade e a autoria do delito, a relatora entendeu que a chamada “tentativa inadequada” levaria à impossibilidade da consumação do delito de roubo impróprio. No caso, ele já era conhecido dos seguranças, sendo vigiado assim que adentrou no local:

*“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. **ROUBO IMPRÓPRIO. CRIME IMPOSSÍVEL**. Materialidade e autoria. Devidamente demonstradas pelo conteúdo probatório coligido. Crime Impossível. Ocorrência no caso concreto. Hipótese em que a pronta e ininterrupta vigilância sobre o réu, **desde o seu ingresso no estabelecimento comercial, inviabiliza o resultado pretendido, porquanto absolutamente ineficaz o meio empregado. Causa de atipicidade material da conduta reconhecida**. Precedentes jurisprudenciais. APELO PROVIDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 386, INC. III, DO CPP. UNÂNIME”³³. (grifos nossos)*

Cabe destacar, entretanto, que a jurisprudência do STJ entende que o crime de roubo, por ser delito complexo (pluriofensivo), tem iniciada sua execução quando o agente, visando à subtração de coisa alheia móvel, realiza o núcleo da conduta meio (constrangimento ilegal, lesão corporal ou vias de fato), ainda que não consiga atingir o crime fim (subtração da coisa almejada)³⁴. Desse modo, é mais complexo o entendimento no sentido de constatação de crime impossível, devendo ser analisado caso a caso.

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

33 TJRS. Apelação nº 70058189481. Rel. Desª Bernadete Coutinho Friedrich. Sexta Câmara Criminal. 18 dez. 2014.

34 STJ, REsp 1340747/2012.

Parte da doutrina tradicional discute a possibilidade de roubo como crime impossível quando inexistente objeto material a ser tutelado. Indica-se como exemplo a situação em que uma pessoa portando uma faca ameaça outra exigindo dinheiro, porém não há dinheiro. Assim, se não há patrimônio a ser tutelado, não caberia sequer a modalidade tentada. No caso, a pessoa responderia pelo ato praticado, ou seja, pelo crime de ameaça (art. 147, CP). Em citação direta:

“O roubo está previsto entre os crimes contra o patrimônio. E, se não há patrimônio, em face da impropriedade absoluta do objeto material, não se pode falar em roubo. O crime impossível exclui a tipicidade do fato, e o agente deve responder pelos atos efetivamente praticados.”³⁵

2.2. Tipificação da conduta com base no APF e na entrevista: desclassificação de roubo para furto

Como destacado no Manual de Parâmetros Gerais, é fundamental que a autoridade judicial verifique a capitulação conferida aos fatos pela autoridade policial. Não se trata de entrar no mérito, mas sim de decidir – com base no APF e na entrevista com a pessoa custodiada, conforme art. 8º da Resolução CNJ nº 213/2015 – sobre a própria materialidade do crime como pressuposto para a regularidade do flagrante, a prisão preventiva e a aplicação de cautelares. Nesse sentido, a tipificação escolhida é fundamental para o desenrolar da audiência de custódia e para as decisões que serão tomadas.

É o que acontece em **delitos classificados como roubo** quando, do próprio APF, depreende-se que **não houve violência ou grave ameaça na subtração do objeto**:

*“(…) Desse modo, homologo a prisão em flagrante do(a)(s) autuado(a)(s). No ponto, é de se ressaltar que **assiste razão à Defensoria Pública no que tange à tipificação dos fatos, uma vez que eles se amoldam ao delito do art. 155 do CP, considerando que não houve o relato de violência ou grave ameaça.**” (grifos nossos)*

*“Ressalto que, no caso em tela, **o delito foi praticado sem emprego de violência real ou grave ameaça contra a vítima** [tipificado como roubo na delegacia], além de não ter sido praticado com emprego de arma de qualquer tipo. Ao ser inquirido, o autuado afirmou que estava em situação de desespero em face de dever a agiotas, pois encontra-se sem emprego fixo, embora já tenha trabalhado por muito tempo com carteira assinada.” (grifos nossos)*

Outra hipótese de desclassificação se dá no caso de arrebatamento de inopino, quando há subtração de coisa alheia mediante surpresa, como, por exemplo, é o caso de vítima que está distraída e tem a bolsa subtraída. Assim consolidou o STJ em caso desta mesma natureza:

35 Masson, Cleber. *Direito Penal: parte especial*. 13ª ed - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

“A posição sedimentada nos Tribunais é a de que, na hipótese de arrebatamento, em que a ação do agente se dirige à coisa, apenas surpreendendo a vítima pelo ataque de inopino, não se pode falar em roubo, mas sim em furto (fls. 130/132).”³⁶

Nesses casos, a tipificação deve ser reajustada para o crime de furto, possibilitando que sejam aplicadas medidas cautelares mais brandas, se for o caso, e fortalecendo a possibilidade de decretação da liberdade provisória.

2.2.1. Violência, grave ameaça e caracterização do roubo

O tipo penal de roubo, para que seja configurado, depende da subtração da coisa móvel mediante grave ameaça, violência à pessoa, ou que o crime tenha se consumado após a redução de capacidade da pessoa (art. 157, CP). As ações são abarcadas pelo mesmo intervalo de pena, mas fazem referência a condutas bastante distintas. Via de regra, as decisões em audiência de custódia não elaboram sobre o modo como teria sido praticada a violência ou grave ameaça e, muitas vezes, quando o fazem é de modo bastante vago, indicando que não houve análise da capitulação conferida ao caso.

A mesma situação é encontrada no sentenciamento, como analisado por Ferreira³⁷ no Tribunal de Justiça de São Paulo. A autora aponta para o fato de que, além da falta de informações sobre o caso concreto, principalmente quando considerados casos de grave ameaça, a condenação pelos crimes se baseia em fatos muito distintos e têm como desfecho a aplicação da mesma pena. Casos de ameaça de morte com uso de arma, simulação de porte de arma com posicionamento da mão embaixo da camisa e ameaça com “palavras”, mas sem violência física, foram todas hipóteses que levaram a condenações de 5 anos e 4 meses. A pesquisa demonstra claramente a ausência de construção dogmática consistente para a interpretação das elementares típicas do crime de roubo.

Os casos de grave ameaça, que são ainda menos detalhados que os de violência, frequentemente estão ligados ao uso de arma de fogo ou à simulação de sua posse. Apesar disso, a descrição da conduta ainda é via de regra bastante genérica, e em muitos casos deixa de especificar em que condições e para quê foi feita a ameaça (evasão, obtenção do bem, para parar a pessoa, entre outros): “crime de roubo mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo”; “simulando encontrarem-se armados, teriam subtraído o aparelho celular da vítima (...).”; “Cuida-se supostamente de dois roubos, com emprego de arma de fogo contra as vítimas”; “tomaram de assalto, mediante uso de simulacro de arma de fogo, a motocicleta de um cliente que lá se encontrava”. O seguinte trecho, relativo a um caso de roubo majorado por concurso de pessoas, não chega sequer a fazer menção

36 Processo REsp 1666577 Relator(a) Ministro JOEL ILAN PACIORNIK Data da Publicação DJe 17/05/2017 Decisão RECURSO ESPECIAL Nº 1.666.577 - MG (2017/0092345-0) RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK.

37 FERREIRA, Luísa Moraes Abreu. Penas iguais para crimes iguais? um estudo da individualização da pena a partir de casos de roubo julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-09122014-074604. Acesso em: 2019-12-06.

genérica às condições do delito: “juntamente com um adolescente, teria subtraído o aparelho celular da vítima, havendo sido preso por uma guarnição em ronda no local”.

A descrição dos fatos, em sentido contrário, deve trazer formulações que efetivamente indiquem as circunstâncias fáticas do delito. O caso a seguir citado mostra uma hipótese simples em que isso é feito: “[nome] se aproximou da vítima, a empurrou e tomou o aparelho em suas mãos, fugindo imediatamente em sua bicicleta”.

É importante que as condutas elementares do tipo sejam descritas em detalhes, principalmente ao considerarmos suas consequências para o processo e o fato de que a caracterização da grave ameaça não é um dado necessariamente objetivo. Também balizada pelas percepções pessoais da vítima, a noção de grave ameaça deve ser construída caso a caso, com a articulação das versões de todas as partes envolvidas em determinada ocorrência. O seguinte acórdão do STF ilustra a afirmação e endossa a importância de que a grave ameaça não seja tida como algo supostamente já pacificado pelo entendimento dado na instância policial. Sua descaracterização, com base nas condições da interação entre a pessoa custodiada e vítima, deve levar à desclassificação do roubo para o crime de furto:

*“EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBTRAÇÃO DE COISA ALHEIA MÓVEL. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO. GRAVE AMEAÇA NÃO CONFIGURADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE FURTO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A conduta típica no crime de roubo é composta pela subtração da coisa alheia móvel, conjugada com o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, nos termos do artigo 157 do CP. 2. A grave ameaça é o constrangimento ou a intimidação provocada na vítima a fim de subtrair um bem móvel de sua propriedade. Trata-se de um elemento subjetivo, tendo em vista a necessidade de se analisar, no caso concreto, se o ato praticado pelo agente foi realmente capaz de incutir na vítima um temor fundado e real. Contudo, o caráter subjetivo da grave ameaça não dispensa a correlação de proporcionalidade e razoabilidade que deve existir entre a conduta praticada pelo agente e a ameaça sentida pela vítima. 3. In casu, o paciente foi denunciado e condenado pela prática do crime de roubo, por ter subtraído um aparelho celular. Narra a denúncia que a vítima “encontrava-se na carroceria do veículo Fiat/Strada, placas HAR82, estacionado em frente ao supermercado ABC, quando foi abordada pelo denunciado que, aos gritos, determinou-lhe que passasse todos os seus pertences. Intimidada, a vítima entregou ao acusado o seu aparelho de telefone celular, que se encontrava nas suas mãos”. 4. **Todavia, consoante afirmou a Corte Estadual em sede de apelação, “nas duas vezes em que a vítima foi ouvida ela relata que o apelante abordou-a gritando. Na fase policial ela assinala que o autor não a ameaçou, não usou qualquer tipo de arma ou agressão física para a prática do furto, conforme já anteriormente destacado. (...) Não se extrai do evento que a vítima tenha sido reduzida à impossibilidade de resistência, até porque assinala que, antes mesmo que entregasse qualquer objeto ao meliante, este ‘arrancou-lhe’ o celular e evadiu. Tal circunstância***

autoriza a desclassificação para a figura do furto". 5. Ordem concedida a fim de anular o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp 1.215.698-AgR, restabelecendo, na íntegra, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que desclassificou o crime de roubo para o delito de furto.³⁸ (grifos nossos)

Assim, na etapa que considera a tipificação do delito e a possibilidade de desclassificação de roubo para furto, deve haver cautela na leitura dos elementos que caracterizariam principalmente a grave ameaça, tendo em vista a possibilidade de questionamento sobre a interpretação dada aos fatos pela autoridade policial. Caso seja desclassificado o crime, como já mencionado, as condições processuais e as medidas aplicadas em audiência serão mais favoráveis à pessoa custodiada, fortalecendo a interpretação conforme a Resolução CNJ nº 213/2015 e o uso excepcional da privação de liberdade nas audiências de custódia.

2.2.2. Princípio da insignificância: possibilidades de aplicação em casos de roubo

De acordo com o entendimento majoritário sobre a questão, o princípio da insignificância não poderia ser aplicado aos casos de roubo, na medida em que o delito tutelaria bens jurídicos diversos do patrimônio – como a integridade da pessoa. Assim, a violência e a grave ameaça não poderiam ser consideradas de baixa relevância e lesividade ao ordenamento jurídico. É como se posicionam os tribunais superiores:

*"Não há como aplicar, aos crimes de roubo, o princípio da insignificância - causa supralegal de exclusão de ilicitude -, pois, tratando-se de delito complexo, em que há ofensa a bens jurídicos diversos (o patrimônio e a integridade da pessoa), é inviável a afirmação do desinteresse estatal à sua repressão."*³⁹

Apesar do posicionamento jurisprudencial afastando a insignificância em crimes patrimoniais com violência ou ameaça, Alamiro Velludo aponta para a existência de juristas que defendem a possibilidade na doutrina, tendo em vista o roubo ser crime complexo. Segundo essa interpretação, "caso a lesão patrimonial seja ínfima, haveria a desnaturação do delito, sendo o autor responsabilizado apenas por constrangimento ilegal ou lesões corporais."⁴⁰

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o crime de roubo é complexo, "(...) tendo como elementa-

38 STF. HC 117.819, Rel. Min. Luiz Fux. Publicado em 22/10/2013.

39 STJ. HC 60185 MG 2006/0117708-9, Relatora: Min, Laurita Vaz, Data de Julgamento: 03/04/2007, T5-Quinta Turma.

40 VELLUDO, Alamiro. Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p. 208. Sobre este debate, ver também: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. Manual de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 48-49. Defendendo a aplicação do princípio da insignificância no crime de roubo: FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A aplicação dogmática do princípio da insignificância no crime de roubo. Boletim IBCCrim, ano 18, nº 217, dez. 2010, p. 9. SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca dos. A aplicação do princípio da insignificância ao roubo. Boletim IBCCrim, ano 18, nº 218, jan. 2011, p. 18.

res constitutivas a descrição de fatos que, isoladamente, constituem crimes distintos; protege, com efeito, bens jurídicos diversos: o patrimônio, público ou privado, de um lado, e a liberdade individual, a integridade física e a saúde, que são simultaneamente atingidos pela ação incriminada”⁴¹. Florêncio Filho, tendo isso em vista, defende ser viável dogmaticamente a aplicação do princípio da insignificância nessa modalidade delitiva, restringindo-se ao bem jurídico do patrimônio e restando violado(s) outros(s) bem(ns) jurídico(s) - como a liberdade individual⁴².

Assim, de acordo com essa lógica, diante da subtração de um objeto de valor ínfimo, estaria configurado o crime de constrangimento ilegal, capitulado no art. 146 do CP, mas não o crime de roubo. No mesmo sentido, Paulo Queiroz defende que “(...) ante à insignificância do objeto subtraído, não há propriamente ofensa ao patrimônio; logo, não há crime patrimonial, razão por que o autor deverá responder, unicamente, pela infração residual, isto é, constrangimento ilegal (art. 146, CP)”⁴³. Trata-se de hipóteses que podem ser consideradas pela autoridade judicial no contexto de análise da tipicidade delitiva na audiência de custódia.

2.3. Gravidade do crime e circunstâncias do fato

A gravidade do delito e as circunstâncias fáticas em que ocorreu compõem os elementos de análise sobre a adequação das medidas cautelares a serem aplicadas em cada caso. Entretanto, como aprofundado no Manual de Parâmetros Gerais, a categoria de “gravidade concreta do delito” não deve recorrer a elementos já previstos pelo próprio tipo penal - por exemplo, concurso de pessoas e utilização de arma de fogo. Esse é o entendimento dado pelos tribunais superiores:

*“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 gravosos, não justifica a custódia cautelar.** 3. Recurso em habeas corpus provido, para a soltura do recorrente [nome], o que não impede nova e fundamentada decisão de necessária cautelar penal, inclusive menos gravosa do que a prisão processual.”⁴⁴ (grifos nossos)*

41 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 81.

42 FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. A aplicação dogmática do princípio da insignificância no crime de roubo. Boletim IBCrim, ano 18, nº 217, dez. 2010, p. 9.

43 QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 52.

44 RHC 89.220/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017.

Nos excertos de decisões selecionados, é possível observar que elementos inerentes ao tipo têm sido usados para argumentar pela gravidade concreta do delito, que justificaria em seguida a prisão ou outras medidas cautelares graves. Fatos elementares do delito são destacados em **vermelho**, e elementos distintos em **verde**:

*“A par da gravidade abstrata, a gravidade concreta do roubo deflui do modus operandi (em **concurso de agentes, emprego de arma de fogo, violência exercida contra a vítima, troca de tiros com a polícia**) (...)” (grifos nossos)*

*“Entendo que a medida extrema se mostra indispensável, tendo em vista a gravidade concreta do delito teoricamente praticado, consistente no crime de roubo mediante **grave ameaça** exercida pelo **emprego de arma de fogo**.” (grifos nossos)*

*“Consta dos autos que o autuado roubou um veículo, ONIX cinza, conforme auto de Apresentação e Apreensão e, ainda, **colidiu com outro veículo, estando sob efeito de entorpecente** e com **utilização de arma de fogo**, na **companhia de terceira pessoa**.” (grifos nossos)*

*“Trata-se, a toda evidência, de roubo circunstanciado pelo **concurso de agentes**, o que, certamente, aumenta o temor da vítima e a probabilidade de êxito do empreendimento delituoso, conferindo, pois, maior desvalor à conduta. Além disso, a atuada e seu comparsa abordaram a vítima em **via pública** e, em absoluta prova de audácia e destemor, mediante grave ameaça empreendida com uma **faca**, exigiram que eles entrassem no veículo e os conduzisse até outro local. Houve restrição à liberdade das vítimas. Em casos tais, o modus operandi empregado, aliado ao **concurso de agentes** e à **restrição à liberdade das vítimas**, é circunstância apta a revelar a gravidade in concreto da infração.” (grifos nossos)*

*“In casu, presente o fumus comissi delicti, verifico que há necessidade da segregação do flagranteado [nome], (...) uma vez que o indiciado praticou o suposto delito em **via pública**, contra vítima do sexo feminino, **menor de idade**, mediante **grave ameaça**, portando **arma de fogo**, o que evidencia o periculum libertatis.” (grifos nossos)*

*“Verifico, ademais, que há a necessidade da segregação do flagranteado, nos moldes do art. 312 do CPP, para a garantia da ordem pública, ante a sua periculosidade real, evidenciada pelo modus operandi na empreitada criminosa, uma vez que há veementes indícios de que os custodiados praticaram o crime de tentativa de roubo, em **período diurno**, mediante o emprego de **grave ameaça**, momento em que entraram no estabelecimento comercial (salão de beleza) em que a vítima trabalha, sendo que enquanto a custodiada A. fazia as unhas, seu parceiro AD. entrou no salão e rendeu a vítima, **trancando a porta do estabelecimento e encostando a vítima na parede**. No entanto, o flagranteado AD. se distraiu e a vítima conseguiu fugir, sendo os flagranteados presos em seguida.” (grifos nossos)*

*“Desta feita, considerando o modus operandi dos fatos, valendo-se frisar que o roubo foi praticado, em tese, ocorreu em **plena luz do dia (09h30)**, resta evidente a gravidade em concreto da conduta praticada.” (grifos nossos)*

*“Também restou evidenciada a periculosidade concreta do agente em razão do modus operandi empregado na prática delitiva em epígrafe, vez que o autuado abordou a vítima em **via pública**, em **plena luz do dia** (por volta das 14 horas), e, **mediante ameaça de estar armado**, tentou subtrair a bolsa desta, a qual se negou a entregar o bem e foi ajudada por um popular que conseguiu deter o flagrado.” (grifos nossos)*

*“As circunstâncias da prisão revelam e evidenciam a necessidade de segregação cautelar do preso para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, o “modus operandi” do delito, eis que segundo o Auto de Prisão, ele estaria **juntamente com um outro indivíduo** a praticar roubos.” (grifos nossos)*

Em todos esses casos, as implicações decisórias da “gravidade concreta do delito” - prisão preventiva e cautelares graves - estão baseadas em **fundamentação inidônea**. Os elementos em vermelho devem ser considerados apenas no momento da capitulação do crime de roubo, de forma que as demais etapas decisórias não sejam “contaminadas” por esses fatores.

Além disso, do mesmo modo que nos casos de furto, a argumentação não deve fazer recurso a formulações extralegais e de apelo à sociedade, pois estão fora do âmbito de atuação das autoridades judiciais. É o que se observa no caso abaixo:

“É importante constar que roubos às pessoas em ponto de ônibus está cada dia mais comum nesta Capital em que pessoas que necessitam do transporte público se veem amedrontadas em esperar pelo ônibus porque já não se tem mais paz diante de tantos delitos contra o seu patrimônio. Com base nisso, o delito em tese praticado pelos flagranteados constitui uma verdadeira afronta a essa liberdade que as pessoas mais humildes vêm sendo atentadas e amedrontadas. Ainda, especialmente esse tipo de conduta em tese praticada ataca mulheres e menores as quais, pela compleição física, são vulneráveis, ou seja, o delito tem maior chance de êxito. Em que pese a defesa neste ato ter juntado documentos comprovando que a flagranteada possui filhos com menos de 12 anos de idade, vislumbro que o HC coletivo 143.641 e o artigo 318 do CPP não são critérios absolutos que dão direito à custodiada de prisão domiciliar, devendo se analisar cada caso concreto para aferir se a prisão domiciliar seria recomendável, situação esta que não se perfaz com a flagranteada conforme o periculum libertatis já demonstrado acima e que deu ensejo à decretação da prisão preventiva da mesma. Diante do exposto, mantenho a decretação da prisão preventiva já decretada pelo Juízo Plantonista.”

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

O crime de tráfico de drogas está previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006⁴⁵, que dispõe:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.”

Em seu § 4º, o artigo prevê a possibilidade de redução da pena de $\frac{1}{6}$ (um sexto) a $\frac{2}{3}$ (dois terços) caso o crime seja cometido por agente primário, de bons antecedentes, e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. É a figura do **“tráfico privilegiado”**, que, quando reconhecida, permite a conversão da pena em restritiva de direitos.

O crime de tráfico de drogas, hoje, é atribuído a mais de 28% da população prisional, segundo os dados trazidos pelo último Infopen⁴⁶. Adotando-se um recorte de gênero, a situação chama ainda mais atenção: de acordo com os dados do Infopen Mulheres de 2018⁴⁷, os crimes relacionados ao tráfico de drogas totalizam 62% das incidências penais pelas quais mulheres encarceradas foram condenadas ou aguardam julgamento. Cabe destacar que é um crime cometido sem violência, assim como o furto, e juntos têm representação expressiva diante da população prisional brasileira. Em pesquisa realizada em São Paulo pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), entretanto, constatou-se que, apesar de o crime de furto representar a maior parte dos flagrantes que levam às audiências de custódia, os crimes de tráfico são responsáveis pelo maior número de prisões preventivas decretadas⁴⁸.

Por isso, é essencial que a reflexão sobre mecanismos que assegurem a excepcionalidade da prisão preventiva incida sobre os crimes relacionados a drogas, apontando quais são os principais en-

45 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 24.8.2006. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

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

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

48 ALMEIDA, MARIA CLARA D'ÁVILA; FELIPPE, MARIANA BOUJIKIAN; SOUZA, RAISSA CARLA BELINTANI DE; CANHEO, Roberta Olivato. MulheresSemPrisão. Enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal. São Paulo: 2019. Disponível em: <http://itcc.org.br/wp-content/uploads/2019/05/mulheresemprisao-enfrentando-invisibilidade-mulheres-submetidas-a-justica-criminal.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

traves à concessão da liberdade provisória e propondo balizas para o processo decisório condizentes com os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015. Neste tópico, as etapas decisórias abordadas pelo Manual de Parâmetros Gerais ganham contornos específicos, buscando lidar com a problemática da política de drogas adotada atualmente e seus impactos para a superpopulação e a superlotação que caracterizam o sistema prisional.

3.1. Legalidade do flagrante e revista vexatória

O Manual de Parâmetros Gerais prevê, como um dos elementos que indica a legalidade do flagrante, a ausência de violência policial e tortura. (*Etapa 1 – Verificar a legalidade e a regularidade do flagrante – 1.2.1. Abordagem policial foi realizada corretamente? (SIM/NÃO) – Item “(i) Sem indícios de tortura ou maus-tratos contra a pessoa*). Em se tratando de tráfico de drogas, destaca-se a discussão da prática de revista vexatória como forma de violência policial, que invalidaria a legalidade do flagrante.

O artigo 240, § 2º do Código de Processo Penal afirma, configurando exceção à proibição, que poderá ser efetuada a chamada “busca pessoal” por agentes policiais quando “houver fundada suspeita” de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito. Entretanto, conforme destacado pelo Manual de Parâmetros Gerais, a suspeita deve ser fundada em elementos concretos e comprovados. Diante deste dispositivo, duas situações merecem destaque: (i) a prisão em flagrante efetuada em ambientes com liberdade de ir e vir (como ruas, praças, etc.); e (ii) a prisão em flagrante de visitantes em estabelecimentos de privação de liberdade.

Para a primeira situação, é importante que a busca pessoal seja realizada por agente policial do mesmo sexo que a pessoa revistada, sob pena de se caracterizar como prática abusiva e ilegal.⁴⁹ Segundo sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Mulheres de Atenco vs. México*, o procedimento de abordagem policial que envolva “toques, apalpamentos, beliscões e golpes infringidos nas partes íntimas e tipicamente reservados para o alcance da privacidade de cada pessoa, tais como os seios, genitais e boca”, assim como “insultos, abusos verbais e ameaças”, detém conotação sexual e discriminatória em razão de gênero, podendo configurar tortura⁵⁰. Logo, a autoridade judicial deve estar atenta às circunstâncias específicas e ao sexo dos policiais responsáveis pela revista para analisar a legalidade do flagrante oriundo de “busca pessoal”.

49 Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: I - exibir-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.” 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 27.9.2019 - Edição extra - A. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm

50 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf

Em relação à segunda situação, quanto à revista vexatória em visitantes a unidades prisionais ou socioeducativas, há graves desdobramentos, notadamente em razão do caráter ainda mais invasivo das práticas nestes ambientes, incluindo desnudamento, agachamento e tosse. Internacionalmente, a revista vexatória é considerada prática de violência sexual e tortura, já tendo sido rechaçada pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em ao menos três casos. No caso XY vs. Argentina⁵¹, decidido pela Comissão Interamericana em 1996, entendeu-se que obrigar a filha adolescente e a esposa de um preso a se despirem e terem a genitália inspecionada seria uma violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. No caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú⁵², de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que revistar a genitália feminina é uma forma de violência contra a mulher e, por seus efeitos, constitui tortura. O mesmo entendimento foi proferido na medida provisória no caso do Complexo Penitenciário Curado vs. Brasil⁵³, de 2014, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Analogamente, a Corte Europeia de Direitos Humanos, no Caso Lorse vs. Holanda⁵⁴, de 2003, e a Organização das Nações Unidas, com as Regras para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade Para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok)⁵⁵, de 2010, determinaram que nem mesmo a pessoa presa pode ser submetida a revistas íntimas que violem, de maneira sistemática, sua dignidade. No documento relativo aos “Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas”⁵⁶, promulgado em 2008 pela Organização dos Estados Americanos, prevê-se ainda, no Princípio XXI, que as revistas de presos e visitantes devem ser compatibilizadas com a dignidade humana e o respeito aos direitos fundamentais, devendo as inspeções anais e vaginais ser proibidas por lei⁵⁷. Corroborando as Regras de Bangkok neste tema, as Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Nelson Mandela), de 2015, igualmente prescrevem que “as revistas íntimas e inspeções não serão utilizadas para assediar, intimidar ou invadir desnecessariamente a privacidade do preso” (Regra 51).

51 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. XY vs. Argentina. 1996. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso11506.htm>

52 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. 2006. p. 191. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

53 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Medidas Provisórias a Respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. 2014. p. 14. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf

54 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Lorse And Others v. the Netherlands. 2003. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-60916&filename=001-60916.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

55 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok). Nova Iorque, 2010. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Tradução-não-oficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf>

56 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RESOLUCIÓN 1/08. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/RESOLUCION%201-08%20ESP%20FINAL.pdf>

57 REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL. 15 Razões para Acabar com a Revista Vexatória, 2013. Disponível em: http://br62.teste.website/~redejust/wp-content/uploads/2013/12/13.12-15razoes_abolir_RV.pdf. Acesso em 9 jul. 2020.

No sistema prisional brasileiro, a prática (i) desrespeita a inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, CF); (ii) viola o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), ao fazer visitantes se agacharem, abrirem as genitálias com as mãos e fazerem força, enquanto servidores penitenciários examinam seus corpos; (iii) configura forma de tratamento desumano e degradante, proibido pela Constituição Federal⁵⁸ (art. 5º, III, CF); (iv) viola o princípio de que a pena não deve ultrapassar a pessoa do condenado (art. 5º, XLV, CF); (v) ofende, em casos de revista de crianças, a integridade pessoal (art. 17, Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA⁵⁹) e descumpre o dever de proteger crianças e adolescentes contra tratamentos vexatórios ou constrangedores (art. 18, ECA); (vi) é incompatível com o direito à visita de presos e presas (art. 41, X, Lei de Execução Penal - LEP⁶⁰) e viola também o direito à convivência familiar (art. 227, CF e art. 4º, ECA)⁶¹.

Diante desse cenário, diversas iniciativas estaduais de restrição e proibição da prática foram criadas em unidades de privação de liberdade⁶². Também tramitam no Congresso pelo menos três projetos de lei voltados à abolição da prática em todo o país⁶³. Além disso, em estados que dispõem de scanner corporal, configura-se excesso ilícito a realização de busca pessoal.

O termo a seguir ilustra situação em que, por terem as drogas sido apreendidas por meio de revista íntima em estabelecimento penal, deveria ter sido questionada a legalidade da apreensão - o que não aconteceu:

"(...) qualificadas no APF, por fato ocorrido (...) na Cadeia Pública de [UF], (...), em razão da prática, em tese, do delito de tráfico de drogas, por ter sido flagradas na posse de drogas que seriam destinadas a internos do sistema prisional, tendo sido surpreendidas com o material ilícito quando da realização da revista pessoal."

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ilustrando prática adequada aos parâmetros nacionais e internacionais no que diz respeito à revista vexatória, a ilegalidade de prova obtida por meio de revista vexatória é usada como fundamento na absolvição de mulher condenada por tráfico de drogas, amparando-se na legislação estadual e em julgados nacionais e internacionais:

58 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

59 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 de 16.7.1990, retificado em 27.9.1990. Brasília: 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

60 BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. DOU de 13.7.1984. Brasília: 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

61 Ibid.

62 Normas estaduais: Minas Gerais (Lei nº 12.492/1997), Rio Grande do Sul (Portaria nº 12/2008, da Superintendência dos Serviços Penitenciários), Paraíba (Lei nº 6.081/2010), Espírito Santo (Portaria nº 1578-S de 2012, da Secretaria de Justiça), Goiás (Portaria nº 435/2012, da Agência Goiana do Sistema de Execução Penal), Rio de Janeiro (Leis nº 7010/2015 e 7011/2015), Ceará (Portaria nº 723/2014, da Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado do Ceará), Pernambuco (Portaria nº 258/2014, da Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos), Mato Grosso (Instrução Normativa nº. 002/GAB/Sejudh, de 16 de julho de 2014), no Pará (por suspensão judicial da prática) e São Paulo (Lei nº 15.552/14).

63 Tramitam: o PL 7764/2014 proíbe a prática nos estabelecimentos penais; e o PL 404/2015 e o PLS 451/2015, nas unidades de internação do sistema socioeducativo.

“APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. REVISTA ÍNTIMA VEXATÓRIA. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. ABSOLVIÇÃO. Ré submetida à revista vexatória, conforme se depreende do depoimento de agente penitenciária. Confissão da acusada no sentido de que levava a droga em seu canal vaginal que não afasta ou atenua o caráter absolutamente degradante da revista íntima. Prática reprimida pela Resolução nº 05/2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, por diversas leis estaduais e por diversos julgados no plano nacional e internacional. Ilícitude da prova material obtida mediante revista vexatória. Coação moral irresistível verificada. Acusada que asseverou que foi coagida por seu companheiro para que levasse o entorpecente para o interior do estabelecimento prisional, temendo por sua vida e de seus filhos. Relatos de reiteradas ameaças feitas à ré. Realidade descrita pela ré que é pública e notória e decorre da própria “inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura” do sistema prisional brasileiro (Supremo Tribunal Federal, ADPF 347-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 09/09/2015). Ré primária, sem antecedentes. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. ABSOLVIÇÃO⁶⁴.”

A decisão foi julgada como tema de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, que firmou o entendimento de que a revista íntima é prática vexatória, lesiva a princípios e direitos constitucionais, e deve invalidar a licitude da prova:

“CONSTITUCIONAL. PENAL. REVISTA ÍNTIMA PARA INGRESSO EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. PRÁTICAS E REGRAS VEXATÓRIAS. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRINCÍPIO DA INTIMIDADE, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS. OFENSA. ILICITUDE DA PROVA. QUESTÃO RELEVANTE DO PONTO DE VISTA SOCIAL E JURÍDICO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. A adoção de práticas e regras vexatórias com a revista íntima para o ingresso em estabelecimento prisional é tema constitucional digno de submissão à sistemática da repercussão geral⁶⁵.”

Além disso, outra questão de realce diz respeito a revistas realizadas por profissionais de segurança particular em estabelecimentos comerciais, por exemplo. Conforme entendimento do STJ, é “ilícita a revista pessoal realizada por agente de segurança privada e todas as provas decorrentes desta”⁶⁶.

As decisões em audiência de custódia devem, então, atentar-se para a legislação nacional e internacional, bem como para o entendimento conferido pelo Supremo Tribunal Federal à questão, relaxando flagrantes realizados por meio de revista íntima injustificada.

64 TJRS - ACR: 70075096156 RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Data de Julgamento: 18/07/2018, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/07/2018.

65 Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 959.620 - Rio Grande do Sul. Rel. Min. Edson Fachin. Decisão de 28/05/2018. DJe 01/06/2018.

66 Informativo 651 do STJ, em citação de precedente estabelecido em decisão sobre o HC 470.937/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019.

3.2. Tipificação da conduta com base no APF e na entrevista

3.2.1. Necessidade de laudo toxicológico provisório

A Etapa 2 da proposta de parametrização (*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*) coloca parâmetros para tipificação dos fatos, levando em consideração a presença de elementos de materialidade e autoria e a adequação da situação ao tipo penal pertinente. Em casos de **crimes relacionados a drogas**, a Lei nº 11.343/2006⁶⁷ prevê a necessidade de realização de perícia do material apreendido. Significa dizer que apenas com o laudo provisório de constatação da natureza e quantidade da droga é possível ser afirmada a materialidade do delito, nos termos do art. 50, § 1º⁶⁸. O laudo definitivo será realizado posteriormente, sendo que esse primeiro documento serve para informar elementos que indiquem provável materialidade do crime.

Nesses casos, haveria um potencial conflito entre a necessidade de apresentação da pessoa presa em juízo no prazo de 24 horas e o tempo necessário para realização da perícia, já que nem sempre as instituições policiais dispõem do aparato necessário para realizar o laudo toxicológico provisório em tempo hábil. Entretanto, as consequências de carências e despreparo dos órgãos periciais e policiais não podem recair sobre a pessoa custodiada. Caso não seja possível a realização do laudo, devem prevalecer as garantias fundamentais do indivíduo. Ou seja, deve ser apresentado em até 24 horas em juízo, com posterior relaxamento do flagrante devido à ausência de elementos de materialidade que possam embasar a prisão. Relaxa-se o flagrante e, uma vez realizado o laudo e confirmada a materialidade do crime, avalia-se a necessidade de medida cautelar para garantir a instrução criminal.

O caso a seguir ilustra esse entendimento, sendo coerente com os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015 ao relaxar o flagrante diante da ausência de laudo toxicológico provisório:

“Nesse sentido, observo que a prisão em flagrante efetuada pela autoridade policial ostenta irregularidades, haja vista não constar nos autos o Laudo de Constatação preliminar exigido no art. 50, 1º da LAD. Neste caso, em que a droga aparentemente é cocaína, a determinação da toxicidade exige o exame, não sendo suprida pela identificação visual da Autoridade Policial. Ante o exposto, RELAXO a prisão em flagrante (...)” (grifos nossos)

67 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 24.8.2006. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm

68 “Art. 50. (...) § 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.”

3.2.2. Desclassificação de tráfico para uso de drogas

A tipificação de condutas como uso ou tráfico de drogas tem sofrido substanciais mudanças desde a aprovação da Lei nº 11.343/2006⁶⁹, que entrou em vigor em outubro de 2006. A partir de estudo realizado em São Paulo, observou-se que a média de incriminação entre 2004 e 2006 foi de 51,3% para uso e 48,6% para tráfico, ainda na vigência da lei anterior. A partir de então, os percentuais se invertem, passando a se tipificar 32,7% das pessoas como usuários e 67,2% como traficantes em 2007, e 18,9% como usuários e mais de 81% como traficantes em 2009. Enquanto antes havia uma certa equivalência percentual entre os dois perfis, a partir do segundo trimestre de 2008 esta se perde em prol da hegemonia do tráfico⁷⁰. Neste cenário, a magistratura pode exercer papel central por meio de rigoroso controle da tipificação a partir da análise da prisão em flagrante na audiência de custódia, visando aferir, à luz das circunstâncias do caso concreto, a adequação da capitulação dos fatos seja como uso (art. 28) seja como tráfico (art. 33).

Assim, constatada a presença de drogas, deve-se considerar, nos casos tipificados como tráfico, a possibilidade de a pessoa custodiada tê-las para consumo próprio. Fatores que indicam a necessidade de reavaliação do tipo, nesses casos, são, a título exemplificativo: (i) a ausência de situação efetivamente presenciada de comercialização, (ii) possível histórico de uso abusivo, síndrome de dependência e tratamentos anteriores, (iii) baixas quantidades de dinheiro apreendidas, devendo ser sempre levado em conta que a presença de determinado montante pode ser também para adquirir as drogas - e não produto da venda, (iv) a própria versão dos fatos da pessoa custodiada em audiência. Além disso, é importante pontuar que a diversidade de drogas não é necessariamente indicativo de traficância. De acordo com o III Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas Pela População Brasileira, realizado pela Fiocruz⁷¹, o uso de misturas não é comum entre a população geral e regularmente domiciliada. Entretanto, esse dado é fortemente discrepante de usuários adictos a um conjunto de substâncias, inseridos em cenas de tráfico e uso, que tendem a consumir diferentes variedades de drogas.

Nos casos abaixo, apesar da tipificação não ser revista pela autoridade judicial, os elementos que possibilitariam sua correção são reunidos no momento de avaliação da necessidade de prisão, evidenciando a possibilidade de rediscussão do tipo em crimes relacionados a drogas, com base nos elementos supracitados:

69 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 24.8.2006. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm

70 CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Pela Metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. Tese (doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia - Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-31072015-151308/publico/2015_MarceloDaSilveiraCampos_VOrig.pdf. pp. 149 e 150.

71 BASTOS, Francisco Inácio Pinkusfeld Monteiro et al (org). III Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas Pela População Brasileira. Rio de Janeiro: [s. n.], 2017. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34614>. Acesso em 05 dez. 2019.

*“Entretanto, a quantidade de droga apreendida em poder do autuado neste procedimento não é expressiva (onze trouxinhas de MACONHA - 0,5g). Assim, apesar de [nome] registrar CONDENAÇÃO CRIMINAL e AÇÕES PENAIS em curso, entendo que não estão presentes, nesta oportunidade, elementos concretos que justifiquem a segregação cautelar pelo fato que ensejou a lavratura do presente auto, ressaltando que **os agentes da lei não visualizaram o apripionado comercializando substância entorpecente, havendo a possibilidade de que a MACONHA apreendida fosse destinada a seu próprio uso**, conforme afirmado por ele no decorrer da entrevista pessoal, situação que poderá ser avaliada no decorrer da instrução criminal, caso venha a ser denunciado.”* (grifos nossos)

“Ao ser inquirido, afirmou que a droga era para consumo próprio, em face de ser usuário de drogas, sendo esta de pequena monta, especificamente 13,743 gramas de material vegetal popularmente conhecido como maconha (THC), conforme auto de Apresentação e Apreensão e Laudo Preliminar que constam do APFD. Inexistem, pois, notícias, até o momento, que possam fazer exsurgir os fundamentos necessários para uma prisão processual.” (grifos nossos)

A correção da tipificação efetivamente acontece nos termos abaixo, em que a autoridade judicial decreta a ilegalidade do flagrante e o relaxa:

*“A teor do que preconiza o art. 302, do CPP, considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal; acaba de cometê-la; é perseguido, logo após, pela autoridade, ofendido ou qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; ou ainda, é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. **No caso ora posto a julgamento, da leitura do Auto de Prisão em Flagrante, observo que os acusados se encontravam em flagrante de crime de menor potencial ofensivo, qual seja, art. 28 da lei de drogas (posse para uso), devendo ter sido lavrado TCO e não auto de prisão em flagrante.”*** (grifos nossos)

“Trata-se de comunicação de prisão em flagrante de [nome], presa em 18/01/2017, como incurso nas sanções do art. 35 da Lei 11343/06, entendendo o Ministério Público que o delito melhor se amolda ao tipificado no art. 28 da Lei 11343/06. Por outro lado, verifica-se que não existe materialidade que justifique a lavratura do APF, razão pela qual se encontra eivado de nulidade.”

Esses casos ilustram, assim, a prática mais aderente aos objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015, em que a autoridade judicial se empenha em determinar a correta capitulação dos fatos a partir dos elementos levados ao APF e da entrevista com a pessoa custodiada.

Vale destacar que decisão recente do plenário do STF em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3807 firmou o entendimento de que o termo circunstanciado de ocorrência (TCO) não constitui ato investigativo e sim peça informativa. Assim, quando presente a autoridade

judicial na localidade, cabe a ela a adoção dos procedimentos como a lavratura do TCO e a requisição de exames e perícias necessários, visando afastar a pessoa usuária do ambiente policial. A Corte salientou a vedação quanto à detenção da pessoa acusada, devendo ser encaminhada diretamente ao juízo competente. Segundo a decisão da relatora, o entendimento buscou amoldar-se à finalidade da Lei de Drogas, que propugna a despenalização do usuário de drogas⁷². O acórdão reforça o papel da magistratura como órgão de controle direto sobre os casos de uso de drogas (art. 28).

3.2.3. Reconhecimento do tráfico privilegiado e suas implicações

Segundo dados do CNJ extraídos da Plataforma de Análise Judicial de APFs, relativos ao período da pandemia, entre abril e junho de 2020, de todos os flagrantes realizados no país, 38,8% corresponderam a tráfico e associação para o tráfico e somente 1,04% a tráfico privilegiado. Este dado denota uma baixa tipificação do tráfico na modalidade privilegiada na fase policial de lavratura do APF e indica que a intervenção judicial no momento da audiência de custódia possui potencial importante de retificação da capitulação.

Nesse sentido, a adequação da tipificação em casos envolvendo drogas deve considerar a possibilidade de enquadramento do tipo de tráfico em sua forma privilegiada, presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. O reconhecimento em audiência de custódia do tráfico privilegiado é de extrema importância pois, devido à possibilidade de diminuição da pena de 1/3 a 2/3, traz impactos processuais relevantes para o decorrer da ação e para a determinação da melhor medida cautelar a ser aplicada, caso se entenda pela sua necessidade.

Em primeiro lugar, o reconhecimento do tráfico privilegiado **afasta a hediondez do crime**, como decidido pelo STF no HC 118.533⁷³. Além disso, comporta a possibilidade de substituição da pena por penas restritivas de direitos. A Resolução nº 5, de 2012, do Senado Federal, nesse sentido, extinguiu a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Assim, o reconhecimento do tráfico privilegiado dá espaço para que medidas cautelares sejam consideradas de maneira proporcional a uma possível condenação que não inclua a pena de prisão. O § 4º do art. 33 prevê que sejam classificadas como tráfico privilegiado as situações em que a pessoa

72 Informação disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=447219>.

73 EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 16-09-2016 PUBLIC 19-09-2016).

é primária, tem bons antecedentes e não integra “organização criminosa”. Diversos são os casos, no material, que fariam jus a tal tipificação, apesar da elasticidade que muitas vezes é dada aos conceitos de “antecedentes” e “organização criminosa”⁷⁴.

De três maneiras a figura do tráfico privilegiado aparece nas decisões: (i) as condições favoráveis são utilizadas para afastar a necessidade de prisão, mas sem que haja menção ao § 4º; (ii) o § 4º é trazido não em sede de revisão da tipificação, mas sim dentro de um argumento que, construído pela lógica da proporcionalidade, sustenta que possível condenação poderá reconhecer a forma privilegiada do delito e substituir a prisão por penas alternativas (princípio da homogeneidade). Por fim, (iii) a formulação do § 4º é afastada a partir de especulações de que a pessoa custodiada integraria organização criminosa.

O trecho abaixo citado ilustra atuação em que, apesar de não haver revisão da capitulação, reconhece-se que o fato se enquadraria na hipótese de tráfico privilegiado:

*“No entanto, acompanho o entendimento do MP e Defesa no sentido de que o flagranteado não foi flagrado em atividade que pudesse configurar venda de droga, e ainda que fosse, **o fato se enquadraria na hipótese de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º)**, pela pouca quantidade de droga encontrada e por ele ser primário e ter residência fixa no distrito da culpa. Também não se verificou qualquer violência ou grave ameaça a qualquer pessoa.” (grifos nossos)*

Abaixo, cada uma das situações é ilustrada a partir do material empírico, sendo que a presente proposta recomenda que, nas situações pertinentes, seja tomada a decisão mais aderente à Resolução CNJ nº 213/2015 e aos ditames processuais penais; isto é, tipificar corretamente os fatos reconhecendo a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º).

3.2.3.1. Condições favoráveis como argumentação pela desnecessidade da prisão

*“Os autuados são **primários, de bons antecedentes**, não registram qualquer processo criminal contra sua pessoa, têm trabalho lícito e endereço certo. Constato, ainda, que a quantidade da droga encontrada não é grande (23g de maconha) **e nem há indicativos de que sejam integrantes de organização criminosa ou que façam dessa atividade ilícita seu meio de vida**. Ademais, não vislumbro traços de periculosidade e nem antevejo ameaçada a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal, se a prisão dos custodiados for substituída pelas medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP.” (grifos nossos)*

74 MACHADO, Maíra Rocha et al. 2019. Prender a Qualquer Custo: O Tráfico De Drogas e a Pena De Prisão na Fundamentação Judicial Brasileira. *Journal of Illicit Economies and Development*, 1(2), 2019, pp. 109-120. Disponível em: <https://jied.lse.ac.uk/articles/10.31389/jied.37/galley/87/download/>. Acesso em 6 dez. 2019.

O caso supracitado demonstra como, sem mencionar a figura do tráfico privilegiado, as condições favoráveis que o caracterizariam são mobilizadas para afastar a necessidade da prisão. Entretanto, apesar da linha argumentativa ser positiva em relação ao reconhecimento do descabimento da prisão, alguns pontos que surgem em seguida devem ser problematizados. O casal autuado nesse caso foi encontrado com R\$ 20,00 e alegou que a droga era para consumo próprio. Entretanto, o juiz responsável afastou a possibilidade de uso com o argumento de que “A alegativa de ser usuário e não traficante de drogas, constitui matéria de mérito, e não comporta apreciação na presente audiência de custódia, visto que enseja lastro probatório à luz do contraditório e da ampla defesa”. Em seguida, aplicou as medidas cautelares de comparecimento periódico em juízo e recolhimento noturno. Como já mencionado, **a discussão sobre uso faz parte da discussão sobre a própria materialidade do delito, e não deve ser evitada sob o argumento de que configuraria discussão de mérito.**

3.2.3.2. Princípio da homogeneidade

*“O fato de ser primário, de bons antecedentes, sem anotações, e, especialmente a incidência do princípio da proporcionalidade, levam-me a entender pelo cabimento da liberdade provisória. Explico. **Há de haver a observância do princípio da homogeneidade. Em caso de condenação, possivelmente (e provavelmente) ser-lhe-á conferido o benefício do art. 33, parágrafo 4º, de modo que, em caso de condenação, responderá em regime diverso do fechado. A manutenção da custódia seria desproporcional, na vertente da proibição de excesso.**” (grifos nossos)*

Nesta decisão, a autoridade judicial adota uma perspectiva guiada pela proporcionalidade ao supor que, por poder vir a ser aplicado o § 4º, o princípio da homogeneidade impediria a aplicação da prisão. Nesse ponto a decisão é positiva, e deve atuar como exemplo de uma prática coerente com os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015. Assim como em casos de furto privilegiado, o reconhecimento do tráfico privilegiado e de suas condições afasta a aplicação da prisão provisória, pois eventual condenação pode vir a ser substituída por penas restritivas de direitos.

Entretanto, ao decidir o caso supracitado, a autoridade judicial impõe as seguintes medidas cautelares: (i) proibição de ausentar-se da comarca por mais de 30 (trinta) dias, a não ser que autorizado pelo juízo processante, (ii) proibição de mudança de endereço sem comunicação do juízo que o processará e, ainda, (iii) recolhimento domiciliar noturno a partir das 18h até as 6h do dia seguinte. Especialmente se considerada a última medida, que impõe restrição à liberdade, é possível dizer que a decisão foi excessivamente punitiva - contradizendo o objetivo de decretação de medidas proporcionais ao caso.

3.2.3.3. Especulação sobre participação em organização criminosa

A não participação em organização criminosa é um critério vago para a caracterização do tráfico privilegiado que, não raro, deixa margem para que a atuação judicial o afaste sem a devida funda-

mentação. A caracterização da “organização criminosa” é de ônus probatório da acusação, e o tráfico privilegiado não pode ser afastado sem prova inequívoca do envolvimento estável e permanente do agente com a organização criminosa⁷⁵. Entretanto, os termos de audiência de custódia apresentam argumentos pouco sólidos para afastar o § 4º com base nessa ideia, apoiando-se frequentemente em critérios socioeconômicos e ligados à quantidade de drogas apreendida.

Em diversos casos, a autoridade judicial estabelece relação direta entre a quantidade de drogas e o hipotético posicionamento da pessoa custodiada na hierarquia da organização criminosa. O ex-certo abaixo ilustra a situação e afasta a possibilidade de aplicação do tráfico privilegiado, justamente por associar a alta quantidade de drogas com suposta relevância na cadeia do tráfico:

*“(...) os elementos coletados no auto flagrancial demonstram o elevado grau de reprovabilidade da conduta, face a **quantidade e variedade de droga apreendida** (CINCO QUILOS E OITENTA E OITO GRAMAS DE MACONHA e VINTE E SETE GRAMAS DE COCAÍNA), além de petrecho utilizado na venda de estupefacientes (BALANÇA DIGITAL), **indicativos de que o exercício da traficância é habitual** (essas circunstâncias **sugerem que os autuados são pessoas de certo prestígio na cadeia criminosa de disseminação de droga**, sendo impensável, a priori, que eles sejam principiantes ou traficantes de pequena relevância), sinalizando a pretensão de difusão de entorpecente para um grande número de usuários, com o efetivo risco de multiplicação dos delitos dessa mesma natureza.” (grifos nossos)*

A decisão nesses casos, entretanto, deve levar em consideração que o transporte de alta quantidade de drogas não é sinônimo de posição hierárquica de prestígio na rede do tráfico. Estudos que se voltam para análise da economia de drogas distinguem algumas funções dentro do tráfico de drogas: o “vapor”, responsável pelo preparo e embalagem das drogas; o “olheiro”, encarregado de monitorar as regiões policiadas e as vias de acesso; e a “mula”, indivíduo geralmente primário, responsável pelo transporte das drogas⁷⁶. Não necessariamente a “mula” terá pequenas quantidades, sendo um elo de fácil substituição na organização⁷⁷, que pode ser posto em maiores riscos. Assim, a argumentação não pode se centrar unicamente sobre a quantidade, qualidade e diversidade das drogas.

75 STJ, AgRg no REsp 1.772.711.

76 BASTOS, Paulo Roberto da Silva. Criminalidade feminina: Estudo do perfil da população carcerária feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires - Juiz de Fora (MG)/2009. In: *mbito Jurídico*, Rio Grande, 81, 01/10/2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8444. Acesso em 6 dez. 2011.

77 Para mais referências: Briscoe, C. Perdomo & C. Uribe Burcher (2014). *Illicit Networks and Politics in Latin America*; Garzón Vergara, J. C. (2008). *Mafia & Co.: The Criminal Networks in Mexico, Brazil and Colombia*. Washington, D.C.: Woodrow Wilson International Center for Scholars Latin American Program; Garzón Vergara, J. C. (2012). *The Rebellion of Criminal Networks: Organized Crime in Latin America and the Dynamics of Change*. Washington, D.C.: Woodrow Wilson International Center for Scholars; Garzón Vergara, J. C. (2013). *A Diáspora Criminal: O alastramento transnacional do crime organizado e as medidas para conter sua expansão*. Nota Estratégica 11 (3). Instituto Igarapé; Morselli, C. (2009). *Inside Criminal Networks*. New York: Springer; Paoli, L. and Vander Becken, T. (2014). *Organized Crime: A Contested Concept*. In L. Paoli (Ed.), *The Oxford Handbook of Organized Crime* (13-31). Oxford University Press; Zaffaroni, E. R. (1996). *Crime Organizado: uma categoria frustrada*. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia.

De acordo com o entendimento dado pelo STJ à questão, a condição de “mula” do tráfico, por si só, não afasta a possibilidade de aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, “uma vez que a figura de transportador da droga não induz, automaticamente, à conclusão de que o agente íntegro, de forma estável e permanente, organização criminosa”⁷⁸.

Além disso, há que se problematizar as próprias noções de “traficante” e “crime organizado”, na medida em que reproduzem representações sobre a economia da droga que se restringem a ideias de organizações piramidais e hierarquizadas. A argumentação presente no material, nesse sentido, seria imprecisa e insuficiente diante da complexidade da economia criminal das drogas. Além de configurar fundamentação inidônea traz a agravante de fortalecer a retórica do “terror”, reduzindo assim a compreensão sobre a problemática do tráfico de drogas⁷⁹.

Uma terceira linha argumentativa que se volta à caracterização insuficiente do elemento da organização criminosa pauta-se na ideia de que a ausência de trabalho lícito representaria o envolvimento com o tráfico como forma de subsistência:

*“Entendo de bom alvitre consignar que há indícios de que o autuado 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.**” (grifos nossos)*

Na pesquisa “Prender a Qualquer Custo: o Tráfico de Drogas e a Pena de Prisão na Fundamentação Judicial Brasileira”⁸⁰, conduzida pelo Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), foram explorados os principais entendimentos do STJ em relação à aplicação da figura do “tráfico privilegiado”. Na pesquisa, um dos principais dados trazidos é o de que a argumentação em relação ao critério de não envolvimento com organização criminosa gira em torno da ideia de que a falta de ocupação lícita indica, justamente, o envolvimento habitual com organizações criminosas, vez que o desemprego seria uma condição demonstrativa da incapacidade de comprar drogas com recursos próprios e demonstraria, assim, a participação na organização com a qual conseguiu as drogas apreendidas.

O HC 420.955/SP, julgado pela Quinta Turma do STJ, exemplifica a linha argumentativa, e explicita uma completa inversão do ônus probatório a respeito do critério. Se a caracterização do elemento caberia à acusação, nesses casos, a incumbência de provar o contrário recai por inteiro sobre a defesa:

78 STJ, AgRg no REsp 1.772.711.

79 JESUS, Maria Gorete Marques de. “O que está no mundo não está nos autos”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Sociologia. São Paulo, 2016, pp. 162-163.

80 MACHADO, Maíra Rocha et al. 2019. Prender a Qualquer Custo: O Tráfico De Drogas e a Pena De Prisão na Fundamentação Judicial Brasileira. *Journal of Illicit Economies and Development*, 1(2), 2019, pp. 109-120. Disponível em: <https://jied.lse.ac.uk/articles/10.31389/jied.37/galley/87/download/>. Acesso em 6 dez. 2019.

“(...) não comprovou exercer função lícita de forma satisfatória, quadro apto a indicar ser mesmo a vil mercancia a “profissão” ou meio de vida dele, daí a dedicação a atividade criminosa incondizente com a benesse, óbice reforçado pela exagerada quantidade do tóxico ínsita à dedicação à vil atividade⁸¹.” (grifos nossos)

O entendimento é contraposto pela posição do Supremo Tribunal Federal, que entende que “O fato de não terem ocupação lícita não pode ser usado em desfavor das agravantes e nem pode ser considerado motivo para qualificá-las como pessoas dedicadas a atividades criminosas, ainda mais em um país com altíssima taxa de desemprego como o nosso”⁸². Alinhado ao entendimento já exposto do STJ, o mesmo acórdão rechaça a ideia de que “mulas” seriam dedicadas a “atividades criminosas”, sob o argumento de que “a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a condição de “mula”, por si só, não revela que o agente se dedica a atividades ilícitas ou integre organização criminosa”, sendo ainda “necessária a indicação dos fatos concretos de tal situação para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006”:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. TRÁFICO DE DROGAS. ATIVIDADE DE ‘MULA’. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO COMPROVAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO I - É deficiente a fundamentação do agravo regimental cujas razões não atacam todos os fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula 284 desta Corte. Precedentes. II - A exclusão da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 somente se justifica quando indicados expressamente os fatos concretos comprobatórios de que o agente se dedica a atividades ilícitas ou participa de organização criminosa. Precedentes. III - Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem de habeas corpus concedida de ofício.⁸³”

Argumentar em desacordo com a Suprema Corte na questão relativa à ocupação lícita é, de modo explícito, estabelecer uma associação direta entre criminalidade e pobreza, o que é expressamente desautorizado pela Resolução CNJ nº 213/2015, Protocolo I, que consagra o princípio da não penalização da pobreza, assinalando que:

“A situação de vulnerabilidade social das pessoas atuadas e conduzidas à audiência de custódia não pode ser critério de seletividade em seu desfavor na consideração sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva” (tópico 2, item X).

81 Decisão de segunda instância citada no HC 420.955/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma.

82 ARE 1019403/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Publicado em 21/09/2017.

83 ARE 1019403/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Publicado em 21/09/2017.

Segundo Maria Gorete de Jesus⁸⁴, em crimes relacionados a drogas o fator socioeconômico frequentemente se transforma em “indício” do crime na lógica policial - que atua de modo mais violento e incisivo a depender do contexto socioeconômico das abordagens - e, na mesma medida, se insere naquilo que será considerado “indício” para representantes do Ministério Público, juízes e juízas. Assim, não apenas o registro policial em relação à classificação do crime - e a abordagem que o antecede - variam de acordo com o perfil racial e social dos apreendidos, como sua condição socioeconômica passa a integrar a lógica da classificação do delito em juízo.

Nos casos abaixo, outros elementos são reunidos para pensar a questão da organização criminosa. Dentre eles, o transporte intermunicipal de drogas, inscrições explícitas nas drogas apreendidas fazendo referência a facções criminosas, e a declaração em interrogatório - e não informal - de pertencimento a uma facção. Os elementos, entretanto, devem ser lidos com cautela, especialmente em sede ainda de audiência de custódia, sendo sua utilização indissociável de respaldo em fontes diversas do depoimento dos policiais. Além disso, devem ser registrados no auto de prisão em flagrante com respeito às garantias fundamentais das pessoas autuadas, que têm direito à presença da defesa durante o interrogatório. Ademais, elementos baseados em supostos depoimentos informais devem ser descartados, como será abordado mais à frente:

*“No caso concreto, observa-se que o custodiado [nome] foi flagrado na posse de 64,80g de maconha, distribuída em 29 unidades com as inscrições [localidade] MACONHA 2 - CV [Comando Vermelho] - NH e [localidade] - A BRABA - CV - NH - 50, além de 81,50g de cocaína, acondicionada em 163 frascos com a inscrição MARADONA - 5 - PU - CV, bem como 0,80g de crack, distribuídos em 2 unidades com a inscrição CRACK NH CV. A alta quantidade e a variedade das drogas, sua forma de acondicionamento, inclusive com **preços e inscrições de facção criminosa**, bem como o transporte intermunicipal, revelam a gravidade concreta do delito e configuram indícios de que o referido custodiado integre associação criminosa e faça do tráfico de drogas seu meio de vida.” (grifos nossos)*

*“Somado a isso, verifico que os agentes fazem parte de organização criminosa - conforme informa o condutor - no momento da prisão afirmaram pertencerem à facção [facção] (fl. 02), **ratificado pelo depoimento do menor** (fl. 09) - e a grande quantidade de drogas seria para venda e distribuição criminosa.” (grifos nossos)*

84 JESUS, Maria Gorete Marques de. “O que está no mundo não está nos autos”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Sociologia. São Paulo, 2016. pp. 162-163.

3.2.4. Classificação como “associação para o tráfico” (art. 35, Lei nº 11.343/2016)

Nos delitos envolvendo drogas, é comum que a tipificação dos fatos pelo art. 33 da Lei de Drogas seja acompanhada pelo seu art. 35, quando envolvidas duas ou mais pessoas no crime. Apesar de dificilmente estar fundamentada em critérios concretos que extrapolem a concorrência dessas pessoas para a consumação do delito de tráfico, a tipificação pelo art. 35 é bastante recorrente.

O STJ entende que é inviável a aplicação do tráfico privilegiado quando há condenação simultânea do agente nos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, na medida em que a imputação evidenciaria a dedicação a atividades criminosas ou a participação em organização criminosa⁸⁵. Assim, é importante que sejam questionados os pressupostos da capitulação do art. 35, especialmente para que essa inclusão não impeça, de pronto, a consideração sobre o § 4º.

O art. 35 prevê a associação para o tráfico de drogas, dispondo:

“Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.”

Jurisprudencialmente, está consolidado o entendimento de que, para caracterização do art. 35, é necessário que se prove vínculo de estabilidade e permanência entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, caput e § 1º e/ou do art. 34, da Lei nº 11.343/2006⁸⁶. Entretanto, grande parte das decisões não menciona os fatos em detalhes ou não leva em consideração esses fatores, fazendo com que as afirmações sobre autoria e materialidade nos crimes de associação para o tráfico sejam vazias.

Nos casos abaixo, são destacados trechos que, em tese, deveriam justificar a ocorrência dos dois crimes, porém não o fazem. São, ainda, casos em que se pode considerar que há detalhamento maior do que a média no universo do material coletado em cada estado, ficando evidente a lacuna argumentativa que existe em relação ao tipo penal de associação para o tráfico:

“Segundo consta nos autos, na data de 20/07/2019, por volta das 20h45, policiais militares que realizavam ronda próximo à rua [endereço], nesta capital, receberam denúncia anônima de tráfico de drogas na Rua [endereço]. No local, avistaram três rapazes na porta da casa indicada, que ao

85 AgRg no AREsp 1.282.174.

86 Ver, por exemplo: HC 354.109/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/9/2016, DJe 22/9/2016; HC 391.325/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 25/5/2017.

verem a guarnição se aproximando, tentaram fugir, ao que foram perseguidos. No quintal da residência foram encontrados os autuados G. e A. Em busca, o autuado D. foi encontrado no quintal da residência vizinha. Consta que em revista pessoal, nada foi encontrado. No entanto, em revista na residência foram encontradas 60 (sessenta) trouxinhas e um pedaço de substância semelhante à maconha, três embalagens contendo substância semelhante à cocaína, além de uma balança de precisão. Perante a autoridade policial os autuados negaram a propriedade das drogas encontradas, e imputaram a uma pessoa de nome R. [...]. Observo que a materialidade do delito e os indícios de autoria estão comprovados, como se depreende pelo depoimento dos condutores, os quais efetuaram a prisão, bem como pelo laudo de constatação provisória de fls. 37/38, tendo como massa líquida 16,319g de “Cannabis sativa Lineu”, substância popularmente conhecida como “Maconha”, além do reconhecimento das vítimas.”

“De acordo com os autos, a guarnição em patrulhamento de rotina recebeu informações de um popular dando conta da localização de um “BARRACO”, onde uma família inteira estaria comercializando entorpecentes. De posse das informações, os policiais foram até o local e em uma ação rápida adentraram no “Barraco”, surpreendendo os flagranteados M. e A. tentando esconder um pote de plástico que continha em seu interior 02 pedaços pequenos de substância do tipo crack, R\$ 891,00, 02 rolos de plástico filme, 01 balança de precisão, 01 dichavador de metal e 1 relógio de cor dourada. Em busca pessoal realizada no flagranteado M. nada foi encontrado em seu poder e em busca na flagranteada A. foi localizado 1 saco plástico contendo vários pedaços de substância do tipo crack. Foi realizada busca pessoal na flagranteada R., irmã de M., e a priori nada foi encontrado, porém no interior de seu guarda roupa foi encontrado 1 tablete grande de maconha. Diante dos relatos dos policiais que atenderam a ocorrência, conclui-se haver indícios suficientes de autoria delitiva para fins de manutenção no cárcere do autuado.”

Nesses dois casos, vale destacar que o flagrante decorre de “denúncia anônima”, modalidade que fragiliza o teor do auto de prisão em flagrante e raramente é acompanhada de algum tipo de registro que a comprove⁸⁷. Além disso, poderia ser cogitada a possibilidade de uso compartilhado de drogas, prevista no art. 33, § 3º⁸⁸, mas não há menção à versão dos fatos das pessoas custodiadas. No trecho abaixo transcrito, a descrição falha em explicar a relação entre a traficância e os autuados, mas mesmo assim é mantida a capitulação nos arts. 33 e 35 da Lei de Drogas:

“No caso em tela, com relação ao *fumus comissi delicti*, extrai-se do inquérito policial que os custodiados foram presos durante operação realizada na comunidade [nome]. O custodiado F. foi preso

87 JESUS, Maria Gorete Marques de. “O que está no mundo não está nos autos”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Sociologia. São Paulo, 2016. p. 88.

88 “Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano”.

na Rua [endereço], falando em um radiocomunicador. O custodiado M. foi preso na Rua [endereço], também falando em um radiocomunicador. Já na Rua [endereço], a guarnição avistou o custodiado G. que, ao perceber a aproximação dos agentes da lei, efetuou diversos disparos de arma de fogo. Após revidarem a injusta agressão os policiais lograram êxito em capturar G. na posse de uma pistola 9 mm municada e um radiocomunicador.”

Talvez o que mais se aproxime da descrição do tipo, o trecho seguinte ainda assim falha em mencionar elementos que indiquem efetiva permanência e estabilidade. Toda a acusação é baseada no depoimento dos policiais, e a informação de que o autuado trabalharia para organização criminosa advém de “confissão informal” aos condutores:

“O custodiado foi preso em flagrante pela prática do crime associação para o tráfico fim (artigo 35 da Lei 11343/06), tratando-se, portanto, de delito punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. As provas da existência do crime e os indícios suficientes de autoria verificam-se através dos depoimentos prestados pelas testemunhas em sede policial, auto de apreensão, bem como Laudo Pericial realizado na substância entorpecente apreendida constando tratar-se de 198 gramas de MACONHA. Os policiais narram que estavam em operação para reprimir o tráfico de drogas na COMUNIDADE [comunidade], quando visualizaram 5 indivíduos reunidos, dentre eles o custodiado. Ao visualizarem a guarnição policial empreenderam fuga, porém [nome] FICOU PARA TRÁS E FOI CAPTURADO. Perto de [nome] ENCONTRARAM UMA BOLSA COM AS DROGAS APREENDIDAS DESSES AUTOS, ALÉM DO RÁDIO COMUNICADOR LIGADO NA FREQUÊNCIA DO TRÁFICO DA LOCALIDADE. Em entrevista informal aos policiais, o custodiado teria ADMITIDO QUE TRABALHA PARA O TRÁFICO NA FUNÇÃO DE RADINHO E QUE RECEBE R\$300,00 (trezentos reais) por semana.”

Conforme constatado por Gorete de Jesus na análise de processos de tráfico, a “confissão informal” aparece na argumentação de juízes sem que seja problematizada. Nesses casos, a negativa da pessoa não altera o entendimento do juiz, criando uma indistinção de vozes enunciadas. Não raro, a magistratura considera mais verdadeira a versão policial sobre a narrativa do acusado do que a fala do próprio preso. Assim, “é como se a voz do acusado considerada pelo juiz fosse aquela emitida pelo policial, e não a do próprio preso” na medida em que o juiz legitima apenas a fala dos condutores como um dos “indícios” a informar o caso⁸⁹.

Sobre o tema, registra-se na doutrina o entendimento de que o “interrogatório informal”, sem a advertência quanto ao direito ao silêncio previsto constitucionalmente no art. 5º, LXIII, constituiria confissão manifestamente ilegal⁹⁰.

89 Ibid, p. 172.

90 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 232.

Por fim, tem-se o entendimento de que, sozinho, o art. 35 não seria suficiente para a realização da prisão em flagrante. No caso abaixo, o flagrante é relaxado em relação ao art. 33, que é desclassificado para uso (art. 28). Em seguida, o juiz entende que é suficiente que seja relatada ocorrência e instaurado inquérito pelo art. 35, que não sustentaria sozinho a prisão, devendo ser relaxado o flagrante:

“Em relação a prática do art. 35 da Lei 11343/06, o fato poderia ser relatado em [...] que seria devidamente encaminhado ensejando abertura de inquérito, sendo insuficiente para a realização da prisão em flagrante. Desse modo, não vejo como homologar a prisão de A., restando portanto o seu RELAXAMENTO.”

Desse tópico, fica a necessidade de que a tipificação pelo art. 35 seja sempre considerada da maneira mais restritiva possível, devendo ser acompanhada de indicadores concretos de permanência e estabilidade da associação. Não foi o que se observou na análise do material, sendo um ponto importante de reformulação para que o processo decisório nas audiências de custódia possa se adequar efetivamente aos valores e objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015.

3.3. Gravidade do crime, circunstâncias do fato e garantia da ordem pública

Assim como nas formulações sobre a participação em organizações criminosas, os critérios previstos no art. 282, I do CPP, para adequação das medidas cautelares aos fatos, são em muito pautados por argumentos abstratos, extralegais, e que fogem à análise concreta dos fatos relativos a delitos previstos na Lei nº 11.343/2006. As mesmas discussões reaparecem ainda na construção semântica do argumento de “ordem pública”, que entra como critério para discussão da possibilidade de prisão, havendo circularidade entre os elementos que informam os diferentes critérios para aplicação de medidas cautelares em casos de tráfico.

As construções argumentativas aqui postas em destaque devem ser evitadas, tanto por: (i) conter formulações não jurídicas que reproduzem valorações morais sobre o tráfico e seu impacto na sociedade, por (ii) difundir concepções estereotipadas sobre o que seria a “hierarquia do tráfico” e quais comportamentos e condições pessoais indicariam envolvimento com a economia das drogas sem qualquer amparo nos estudos realizados sobre o fenômeno e, ainda (iii) pelo recurso a argumentos de autoridade médica sem vinculação a qualquer base científica.

Em lógica de circularidade, estão formulações que recorrem: à noção do Poder Judiciário como agente de segurança pública; à periculosidade do agente indissociável da noção de “modus operandi” - que jurisprudencialmente representaria a gravidade concreta do delito, mas em realidade continua afastada da análise concreta do caso; e às quantidades, qualidade e diversidade das drogas - fato já problematizado nos tópicos sobre uso e participação em organizações criminosas. Em **vermelho**, o “vocabulário de motivos” do tráfico é destacado, e em **azul** o modo como é semanticamente construído:

*“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 a 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)*

Nesse primeiro caso, cabe destacar que o concurso de pessoas é utilizado para indicar a gravidade concreta do delito - sob a formulação de *modus operandi*. Entretanto, como já mencionado, condutas elementares ao tipo (caracterização do concurso de agentes, nos termos do art. 69 do CP) não podem ser indicadoras de gravidade fora do comum do delito.

*“Com efeito, a suposta ação delituosa dos autuados foi presenciada por policiais rodoviários federais que faziam blitz na BR, momento em que o veículo em que os autuados se aproximou e tentou se evadir do local. Conforme laudo preliminar foram apreendidos **quase 3 kg de droga conhecida como maconha**. Importante ainda mencionar que **os efeitos deletérios que a droga causa à sociedade quando distribuída estão estampados diariamente nas páginas dos noticiários em todo o Brasil, destruindo a vida de pessoas, dissolvendo famílias e gerando intranquilidade social. Diversos crimes graves são decorrentes do tráfico de drogas: roubos, homicídios, latrocínios, extorsões, corrupção, concussão, dentre outros. Trata-se, portanto, de um crime-gênese que acaba por desencadear toda uma sequência de violência, dor, sofrimento e ódio**. Tudo isso está a revelar um **modus operandi** acintoso, dotado de **periculosidade social** acentuada na conduta dos autuados.” (grifos nossos)*

Nos dois trechos abaixo, o modelo de sentenças utilizado em uma unidade da federação faz referência ainda ao “alto poder deletério e viciante” das drogas de modo genérico e impreciso, valendo-se de um discurso de pretensa autoridade médica para justificar a decisão:

*“A **periculosidade** da agente restou comprovada por meio do **modus operandi** por ela utilizado. Isso porque, foi apreendida na **posse de drogas e de espécies variadas** – 15 pedras de substância análoga ao **crack**, 3 invólucros contendo substância análoga à **maconha** e um invólucro maior também contendo substância análoga ao **crack** –, **sendo de notório conhecimento que tais substâncias possuem alto poder deletério e viciante**.” (grifos nossos)*

*“A **periculosidade** dos agentes restou comprovada por meio do **modus operandi** por eles utilizados. Isso porque, foram apreendidos na posse de **elevadíssima quantidade de drogas** – 519g (quinhentos e dezenove gramas) de cocaína –, sendo de notório conhecimento que **a “cocaína” possui alto poder deletério e viciante**.” (grifos nossos)*

Esses elementos se repetem e se alteram na composição dos mecanismos argumentativos que levam à prisão, chamando atenção para a problemática lógica circular e punitiva que permeia os julgamentos de tráfico de drogas. Mesmo em decisões que utilizam a expressão “gravidade concreta”, não há elementos que extrapolem aqueles inerentes ao tipo de tráfico - seja nos termos do art. 33, seja em relação às hipóteses do art. 40, como o uso de arma de fogo (inciso IV).

*“Saliente-se que a droga encontrada por meio da abordagem policial estava **acondicionada em “10 tabletes”**, o que denota o **modus operandi** típico da traficância. A **quantidade da droga**, mais de nove quilos, representa a **gravidade concreta do delito**. **A narcotraficância é multifacetária e abrange diversos delitos satélite, que, combinados, provocam uma cadeia de danos ao seio social, perpassando pelas questões de saúde pública, branqueamento de capitais e desemboca, inevitavelmente, na segurança pública.**”* (grifos nossos)

*“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. Com efeito, no caso, **a gravidade CONCRETA do delito** em questão respalda a sua prisão preventiva para a **garantia da ordem pública**, pois o que dos autos consta leva à consistente ilação de que, solta, representará agravo a uma objetiva noção de **segurança pública**.”* (grifos nossos)

*“Na hipótese dos autos, **o decreto de prisão cautelar está fundamentado na quantidade de entorpecente** apreendido com o paciente (74 eppendorfs de cocaína, totalizando 46,91g e 28,24g de crack), o que justifica a manutenção da prisão para fins de **garantia da ordem pública**.”* (grifos nossos)

*“O **periculum libertatis** também está presente e se pauta na garantia da **ordem pública** diante da **periculosidade** dos delitos empreendidos, evidenciada pela **quantidade e variedade de drogas** encontradas em conjunto com **petrechos típicos da narcotraficância, incluindo o uso de armas de fogo**. Saliente-se ainda que o delito em tela é multifacetário, possuindo vários delitos satélites e, via de regra, uma complexa estrutura de bastidores para dar vazão à distribuição da droga, o que termina por ocasionar sérios problemas na saúde pública e, por conseguinte, no seio social.”* (grifos nossos)

3.4. Liberdade provisória e hediondez do delito

Como último ponto de discussão sobre o tráfico, cabe pontuar que sua hediondez não afasta a possibilidade de concessão de liberdade provisória. Em 2012, o Plenário do STF concedeu parcialmente habeas corpus (HC 104.339/SP) para que um homem preso em flagrante por tráfico de drogas pudesse responder ao processo em liberdade. Na ocasião, a maioria dos ministros da Corte declarou a inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006, que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes. No caso que levou ao entendimento, o acusado havia sido abordado com aproximadamente cinco quilos de cocaína e outras drogas em menor quantidade.



Parametrização específica para perfis de pessoas custodiadas



O objetivo de propor um aprofundamento sobre as especificidades que tocam o processo decisório em relação a diferentes grupos sociais, para além de particularidades legais e normativas, baseia-se na constatação de que marcadores sociais como classe, raça, etnia, gênero, sexualidade, nacionalidade, geração⁹¹, assim como tantos outros, informam vulnerabilidades e as maneiras pelas quais certos grupos são impactados pelo sistema de justiça criminal. De acordo com o Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, a ser lido de modo conjugado a este documento, esse quadro exige a implementação de políticas intersetoriais que articulem ações de proteção social a partir do contato dessas pessoas com o sistema de justiça.

Por isso, as considerações feitas aqui são todas atravessadas pela necessidade de compartilhar responsabilidades por parte de diferentes serviços públicos e do Poder Judiciário, de modo a responder de maneira qualificada às situações complexas que chegam todos os dias nas audiências de custódia. Nesse sentido, a expertise técnica sobre os temas em questão, o conhecimento sobre os serviços e a integração com a rede de proteção social local da equipe do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, caso existente, pode auxiliar o juízo da audiência de custódia a identificar e a acionar as políticas locais adequadas para tratar do caso concreto, por meio de medidas não judiciais e, portanto, de caráter voluntário.

Conforme apontado pelo Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, grupos sociais expostos a situações de vulnerabilidade, como pessoas em situação de rua, LGBTQI+⁹², migrantes, indígenas e pessoas com transtornos mentais e/ou em sofrimento psíquico podem ser particularmente beneficiados pelo apoio de uma equipe multiprofissional para o primeiro contato e vinculação à rede de proteção social. Esse acesso, possibilitado por uma atuação articulada entre o Poder Judiciário e o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, fortalece então a cidadania e a inclusão social, ao passo que também podem

91 Categoria de análise referente à idade. Conforme será mencionado neste Manual, ser idoso, por exemplo, pode indicar vulnerabilidades.

92 A sigla LGBTQI+ está relacionada ao reconhecimento das pessoas que são historicamente discriminadas por conta da sua orientação sexual (lésbicas, gays, bissexuais) e identidade ou expressão de gênero (como as pessoas travestis e transexuais). A sigla LGBTQI+ significa:

L - Lésbicas, mulheres que sentem atração por outras mulheres;

G - Gays, homens que sentem atração por outros homens;

B - Bissexuais, pessoas que sentem atração por pessoas de ambos os gêneros;

T - Transgêneros, pessoas cuja identidade de gênero transcende as definições convencionais, englobando transexuais e travestis. Transexuais são pessoas que possuem uma identidade de gênero diferente do sexo designado no nascimento. Travestis são pessoas que nasceram com determinado sexo, ao qual foi atribuído culturalmente o gênero considerado correspondente pela sociedade, mas que passam a se identificar e construir nelas mesmas o gênero oposto;

Q - Queer ou questionando, em geral, utilizado por pessoas que não se identificam com os padrões de gênero existentes;

I - Intersexuais, pessoas que nascem com anatomia reprodutiva ou sexual e/ou um padrão de cromossomos que não podem ser classificados como sendo tipicamente masculinos ou femininos;

+ - Engloba todas as outras orientações sexuais, identidades e expressões de gênero.

Para maiores informações e aprofundamento sobre o tema recomenda-se acessar o Manual de Comunicação LGBTQI+, da Aliança Nacional LGBTQI, disponível em: <https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>

colaborar para a redução de novas condutas delitivas, muitas vezes associadas às vulnerabilidades sociais identificadas. Além disso, deve-se atentar para formas de violência específicas que esses grupos podem sofrer, principalmente se considerados marcadores sociais de classe, raça, etnia, gênero, sexualidade, nacionalidade e geração - devendo a leitura do presente documento, no que toca este ponto, ser conjugada também com o Manual de Prevenção e Combate à Tortura e Maus-tratos para Audiência de Custódia.

1 GRAVIDEZ E MATERNIDADE

1.1. Marco Legal da Primeira Infância, HC Coletivo nº 143.641 e Lei nº 13.769/2018

Promulgado em março de 2016, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) alterou o Código de Processo Penal, ampliando as hipóteses de prisão domiciliar cautelar (art. 318, CPP) para mulheres gestantes, mães de crianças com até 12 anos ou responsáveis por pessoas com deficiência. A lei, com a abertura dessa alternativa à prisão preventiva, procurou assegurar ao mesmo tempo o melhor interesse da criança e o pleno exercício da maternidade.

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 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 excepcionalíssimas”.

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.

Conforme avaliado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania na pesquisa “Diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres”⁹³, que busca compreender de que maneira os atores do sistema de justiça criminal têm operado essa nova regulamen-

93 INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. Diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres. São Paulo: ITTC, 2019. E-book. Disponível em: <http://itc.org.br/wp-content/uploads/2019/10/maternidadeemprisao-diagnostico-aplicacao-marco-legal.pdf>. Acesso em 10 nov. 2019.

tação, essas novas condições deram margem a arbitrariedades e discricionariedades na aplicação da Lei. No trecho abaixo, o discurso empregado na fundamentação da decisão traz a lógica restritiva de aplicação do instituto, em que a situação excepcional é a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, e não o contrário:

“A prisão domiciliar é uma substituição da prisão cautelar aplicável para situações excepcionais e extremas que, por nítidas questões humanitárias, a prisão se mostre extremamente cruel ou desumana, frontalmente violadora do princípio da dignidade humana. Para conversão da prisão preventiva ou domiciliar, deve ser verificado se o suplicante reúne e comprova as condições de admissibilidade para aplicação do instituto, conforme exigência do parágrafo único do art. 318 do CPP, conforme constatou-se em sede de audiência.” (grifos nossos)

Deve-se ter em mente que, **apesar de a prisão domiciliar aparecer como alternativa à prisão preventiva, ela não é uma alternativa à liberdade provisória** - que deve ser sempre privilegiada. O trecho abaixo ilustra uma situação em que a própria Defensoria Pública coloca como pedido principal a prisão domiciliar, trazendo a liberdade provisória “com ou sem cautelares” subsidiariamente e afastando-se da interpretação mais aderente à Resolução CNJ nº 213/2015 e demais dispositivos legais:

“(…) passada a palavra à defesa, esta se manifestou nos seguintes termos: considerando que a flagranteadada possui dois filhos menores que estão sob seus cuidados somado ao fato da primariedade e dos bons antecedentes, a defesa pugna pelo pedido da prisão domiciliar. Caso vossa excelência assim não entenda requer a liberdade provisória da entrevistada, (...) com ou sem a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.”

O caráter punitivo da prisão domiciliar, bem como os custos e a confinção da mulher no papel doméstico e materno, não deve ser subestimado na escolha da medida adequada para cada caso. Assim, **somente após todas as etapas de avaliação da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, e havendo conclusão por ser hipótese de prisão (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, Manual de Parâmetros Gerais), é que se deve passar ao debate sobre a substituição da prisão preventiva por domiciliar.**

Para a parametrização das decisões em que aparecem mulheres mães e gestantes, são abordados pontos que pareceram controversos ou importantes na condução e no desfecho das audiências de custódia em análise. São eles: (i) questionamentos e meios de comprovação do exercício de maternidade ou gravidez; (ii) tráfico, maternidade e espaço doméstico; (iii) poder familiar e articulação com o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente; (iv) questões sobre prisão domiciliar; (v) monitoração eletrônica como medida acessória; e (vi) questões sobre liberdade provisória.

1.2. Questionamentos e meios de comprovação do exercício de maternidade ou gravidez

A comprovação da maternidade para que seja reconhecido seu exercício aparece de diversos modos, variando de acordo com a flexibilidade do juiz ou juíza com a credibilidade dada à palavra da mulher em cada situação. A interpretação mais distante dos princípios da Resolução CNJ nº 213/2015 e do HC nº 143.641 vai no sentido de que a falta de comprovação documental da gravidez ou da existência de filhos, durante a audiência, veda a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Nos casos abaixo, não houve nem mesmo prazo para apresentação de documentos:

“A alegada gravidez da conduzida demanda demonstração mediante prova documental. Assim, diante do contexto apresentado, em vista da prova de existência do crime e indício suficiente de autoria, **entendo ser necessária a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva,** (...) para garantia da ordem pública e também para a conveniência da instrução criminal.” (grifos nossos)

“Em que pese o pedido de prisão domiciliar, contando com o parecer favorável do Ministério Público, **observa-se que não há nos autos prova da maternidade, sendo impossível nesse momento analisar eventual possibilidade de prisão domiciliar** em razão da existência de filhos (...)” (grifos nossos)

Existem decisões que, apesar de decretar a prisão domiciliar, exigem a apresentação de documento de comprovação para expedição do alvará de soltura - o que, na prática, inviabiliza a soltura imediata da custodiada:

“De outro cariz, considerando o requerimento da prisão domiciliar em favor da autuada [nome], em que pese não haja comprovação do estado de gravidez e de possuir filho de até 12 anos, **CONVERTO A PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR (...) COM APLICAÇÃO DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA, DEVENDO A AUTUADA PERMANECER EM PERÍODO INTEGRAL EM SUA RESIDÊNCIA,** salvo por questões de tratamento médico, o qual deverá ser devidamente comprovado em juízo. (...) **Frise-se que a expedição do alvará de soltura desta autuada fica condicionada à apresentação de documento hábil a comprovar seu estado de gravidez ou da apresentação de certidão de nascimento de seu filho menor de 12 anos.**” (grifos nossos)

Com o mesmo efeito, estão decisões em que a autoridade judicial responsável estabelece um prazo para apresentação dos documentos que comprovem a gravidez ou maternidade, mas, até a apresentação dessas provas, é mantida a prisão preventiva:

“Mantenho a prisão temporária de [nome] (...) como garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. (...) **Defiro requerimento da defesa, concedendo o prazo de 05 (cinco) dias para juntada**

aos autos da certidão de nascimento dos filhos, para análise acerca do pedido de conversão desta em domiciliar.” (grifos nossos)

No meio termo, estão decisões que decretam a prisão domiciliar e exigem a apresentação de documentos dentro de um prazo determinado. O intervalo de tempo encontrado varia, grosso modo, entre 5 (cinco) e 30 (trinta) dias, sem que haja critério aparente para a fixação desse prazo, havendo ainda uma decisão que se refere à “juntada oportuna” da comprovação:

“No caso em análise, verifica-se que a autuada afirma que é mãe de dois filhos menores que estão sob sua guarda, conforme depoimento prestado neste ato, alegação que ainda não foi corroborada pelas certidões de nascimento, que deverão ser trazidas aos autos no **prazo de 05 dias, sob pena de revogação do benefício.**” (grifos nossos)

“Expeça-se mandado de prisão quanto a flagranteada [nome], devendo ficar em prisão domiciliar no endereço [endereço], até ulterior decisão do juízo natural (...). **Concedo prazo de 20 (vinte) dias, conforme requerido pela DPE, para que a flagranteada [nome] comprove o seu estado de gravidez junto ao Juízo natural do processo.**” (grifos nossos)

“Por derradeiro, ad cautelam, diante das informações que [nome] encontra-se grávida, concedo a ela prisão domiciliar, **determinando que apresente atestado médico comprobatório de gravidez no prazo de 30 dias ao Juiz competente.**” (grifos nossos)

“De mais a mais, encontra-se presente, in casu, a hipótese de cabimento prevista no art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal. Não se pode olvidar, outrossim, que se revelam, na espécie, inadequadas as medidas cautelares previstas no artigo 319 da Lei Adjetiva Penal, pois não se mostram suficientes para o fim de acautelar a garantia da ordem pública. Por outro lado, fora informado pela acusada que possui filho de até 12 anos de idade incompletos, cujos cuidados dependem da autuada, conforme elementos colhidos no curso da audiência de custódia. A legislação processual penal, diante dessa circunstância, em atenção ao interesse do menor, autoriza a **concessão de prisão domiciliar, conforme consta do art. 318, V do CPP, cuja comprovação exige prova idônea demonstrada nos autos. Não consta juntado na oportunidade, a prova da maternidade; contudo tal circunstância não impede a concessão do benefício mediante a juntada oportuna da Certidão de Nascimento.** Por conta disso, ainda que presentes os requisitos da custódia cautelar, converto a prisão preventiva em prisão domiciliar, nos termos do art. 318, V do CPP, caso em que a autuada deverá recolher-se em seu domicílio, sob pena de eventual descumprimento ensejar o decreto de prisão preventiva. Fica a autuada autorizada a sair do domicílio somente para atender às necessidades rotineiras de seu filho.” (grifos nossos)

Ainda dentro das diferentes maneiras de comprovação da situação de gravidez, em um dos estados foram encontradas decisões em que a custodiada teve a prisão domiciliar decretada, porém condicionada a encaminhamento médico com objetivo de confirmar a gravidez:

“Considerando que não há prova da gravidez, determino o encaminhamento da custodiada para exame médico e, sendo constatada a gravidez, desde já, CONVERTO a prisão PREVENTIVA em PRISÃO DOMICILIAR.” (grifos nossos)

Nesse caso, apesar da conversão em domiciliar, houve inadequação em determinar o encaminhamento para exame médico como medida compulsória. É preciso lembrar que os encaminhamentos médicos e sociais possuem caráter voluntário em função da natureza desses serviços.

Por fim, dentro do espectro de decisões que mais se aproxima ao ideal de suficiência da palavra da mulher para constatar o exercício de maternidade ou a gravidez, o seguinte termo pode ser citado como exemplo:

“A flagranteada é primária e, em que pese a ausência de comprovação, consta dos autos que a mesma informou estar gestante (sexto mês). Assim, por ora, não há necessidade de manter a atuada em prisão provisória. ANTE O EXPOSTO, com base no art. 319, I e V, do Código de Processo Penal, CONCEDO a Liberdade Provisória à flagranteada [nome], sem fiança, mediante as seguintes medidas cautelares (...)” (grifos nossos)

A interpretação que mais se coaduna à Resolução CNJ nº 213/2015 é a que dá efetiva credibilidade para a palavra da mulher⁹⁴, de modo a evitar que a necessidade de comprovação se transforme, na prática, em prisão preventiva. Assim, **recomenda-se que a palavra da custodiada seja acolhida e os documentos idôneos apresentados posteriormente**, sem que a concessão de prazo implique prisão preventiva até a respectiva juntada, tendo em vista a imediaticidade da audiência de custódia.

1.3. Tráfico, maternidade e espaço doméstico

Não obstante as determinações previstas no art. 318-A do CPP e da determinação cogente da prisão domiciliar como medida substitutiva à prisão preventiva como regra, há diversos casos em que se questiona a maternidade quando presente suposto tráfico ou uso de drogas. Os discursos, muitas vezes, saem do plano jurídico para construir formulações morais sobre drogas e maternagem, e utilizam-se da abertura da previsão de “situações excepcionálíssimas” para afastar a possibilidade de liberdade provisória ou prisão domiciliar, não observando a legislação vigente mais protetiva. A partir dos casos abaixo, é possível refletir sobre como têm sido feitas essas construções:

“O crime atribuído aos Custodiados, posse de significativa quantidade de drogas, é de alta gravidade e grande repúdio social, destruindo não só a pessoa viciada que, não raras vezes, pratica diversos outros delitos para obter dinheiro para sustentar o vício, como igualmente, responsável por causar ruínas familiares”. Depois de apresentar a folha de antecedentes com histórico em

⁹⁴ Nessa mesma linha, importante pontuar que, em ambientes de trabalho, geralmente basta a palavra da gestante para aquisição de estabilidade, não havendo o constrangimento de ter que se apresentar imediatamente exame comprobatório de gravidez.

crimes relacionados a drogas, coloca que “Somado a isso, verifico que os agentes fazem parte de organização criminosa - conforme informa o condutor - no momento da prisão afirmaram pertencerem a facção [facção], ratificado pelo depoimento do menor - e a grande quantidade de drogas que possivelmente seria para venda e distribuição criminosa. (...) **Em que pese, [nome] ter declarado ser responsável financeira pelos filhos menores, verifico que a mesma tem se colocado em risco e conseqüentemente os filhos menores, razão pela qual a sua prisão preventiva não se enquadra na exceção prevista no julgamento do STF para a liberação de acusadas mães.** Por fim, a mencionada lei não pode funcionar como um salvo conduto para cometimento reiterado de crimes como é o caso em questão, haja vista a função da mesma é **resguardar os interesses da criança e da família, o que, nesse caso, somente podem ser resguardados com a conversão do flagrante em preventiva, haja vista que não há dúvidas que a presença da mãe na residência é perniciososa para a formação dos menores.**” (grifos nossos)

A associação direta entre a presença de drogas e um ambiente adequado para a criança não deve ocorrer, sendo esse, inclusive, o entendimento dado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁹⁵. Antes do Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016)⁹⁶, o art. 19 do ECA previa que toda criança ou adolescente teria “direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes”. O Estatuto da Primeira Infância modificou a redação do artigo, substituindo-a pela seguinte disposição:

“Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, **em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.**” (grifos nossos)

A mudança afasta a ideia de que um ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes é sinônimo do melhor interesse da criança, passando a adotar um conceito mais complexo ligado às condições necessárias para seu desenvolvimento integral.

Outros entendimentos passam pela ideia de que o tráfico só afastaria a previsão de substituição de prisão preventiva por domiciliar, por “situação excepcionalíssima” prevista no HC coletivo nº 143.641, já somado por disposições mais garantistas da Lei nº 13.769/2018⁹⁷, caso a suposta conduta ocorresse dentro do ambiente doméstico. No primeiro termo citado abaixo, a autoridade judicial

95 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 de 16.7.1990, retificado em 27.9.1990. Brasília: 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

96 BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). DOU de 9.3.2016. Brasília: 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm

97 BRASIL. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos). DOU de 20.12.2018. Brasília: 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.htm

entende que não há provas sobre o risco direto ou indireto à criança, e concede a prisão domiciliar, enquanto situação oposta ocorre no trecho seguinte:

*“Por outro lado, verifico que a conduzida alega ter filhos menores de 12 anos, além de um menor portador de necessidade especiais, comprovados documentalmente pelo patrono da autuada. Considere-se, ainda, que conforme relato dos autos, o **suposto tráfico de entorpecentes não ocorreu na residência da autuada não se enquadrando na situação excepcionalíssima para impedir a substituição da prisão preventiva pela domiciliar**, uma vez que, a priori, não há provas de efetivo risco direto ou indireto à criança que eventualmente more com a autuada, resguardando, desse modo, o princípio da proteção integral do menor, devendo, pois ser deferido o pleito de prisão domiciliar.” (grifos nossos)*

*“Registro, por fim, que [nome] ao ser inquirida, afirmou possuir dois filhos menores de idade, contudo, quanto a declaração de ter filhos menores, não deve merecer o acolhimento para os fins do posicionamento do STF. Pois bem, não há dúvidas que tal decisão é para proteção dos filhos, que no caso vertente não se adequa, visto que **as crianças estão sob risco na companhia da mãe, a mesma faria de sua casa local de armazenamento das drogas que recebe para o comércio. Ademais o fato de estar em contato permanente com traficantes maiores que fornecem droga para o comércio, outro risco traz às crianças, no que se refere a sua integridade física. Quanto à conversão da prisão preventiva em domiciliar, vislumbra esta magistrada total incompatibilidade, visto que o local de residência da autuada é o seu local de prática criminosa**. Devo por último, arriar este decisório registrando que, diante da decisão do STF tem-se que muitas vezes têm sido utilizadas as mulheres para práticas criminosas, valendo-se da possibilidade da não prisão das mulheres, haja vista o posicionamento do STF, entretanto é certo que este em sua decisão deixou claro e evidente que não havia expurgado definitivamente a possibilidade de prisão de mulheres quando em exercício de atividades criminosas, apenas direcionou os posicionamentos no sentido de se ter maior cuidado com relação aos menores e o que traria de prejuízos aos referidos menores, quando afastados do convívio materno. **No caso em análise, tenho por absolutamente certo que o enquadramento deste na excepcionalidade prevista pelo STF, haja vista as considerações acima expostas. Em vista destas considerações tenho que a medida excepcional deve ser decretada (...)**” (grifos nossos)*

Além da ideia de excepcionalidade da situação, há casos em que a indispensabilidade dos cuidados da mãe para as crianças é posta em questão, também por fatores que perpassam o uso de drogas. No caso abaixo, o uso de crack e o histórico criminal são elementos usados para contrapor-se ao exercício da maternidade:

*“Por fim, no que toca ao pleito da defesa concernente ao recolhimento em prisão domiciliar das Autuadas, entendo que a matéria deverá ser melhor analisada pelo Juízo competente, **inexistindo**,*

nos autos, elementos que denotem a presença dos requisitos legais para adoção da medida e, especialmente, que sejam indispensáveis aos cuidados dos menores que vivam às suas expensas, destacando que ambas afirmam serem usuárias de crack há prolongado período de tempo, além de, repita-se, revelarem um extenso histórico criminal, de modo que, neste momento de análise inicial, no caso concreto posto à nossa análise, resta sobremaneira demonstrado tratar-se de hipótese de exceção à regra da adoção de tal regime para as presas gestantes e/ou que possuam filhos menores que dependam de si.” (grifos nossos)

No mesmo sentido, o trecho abaixo aponta a existência de “situação excepcionalíssima” a justificar a não conversão em prisão domiciliar, por crime de tráfico de drogas, ao mesmo tempo em que questiona a necessidade da custodiada para os cuidados do filho por ele morar com a avó. Ainda, vai contra a decisão do HC coletivo e diz que deve prevalecer o entendimento de que “poderá” ser substituída a prisão, e não “deverá”, como determinado na decisão da Suprema Corte. Além disso, desconsidera a Lei nº 13.769/2018, referenciando-se apenas no art. 318 do CPP, quando o art. 318-A contém regramento mais protetivo à mulher e à infância:

*“E a despeito do evidente benefício trazido pela alteração legislativa em foco, enquanto medida voltada à valorização da instituição familiar, é de se ter em mente que a possibilidade de substituição da prisão preventiva por domiciliar permanece condicionada à existência de prova idônea acerca das condições objetivamente previstas na lei. In casu, após analisar os elementos de prova supra detalhados, penso que a autuada [nome] não faz jus à substituição almejada. **Isso porque os elementos indicados demonstram a possibilidade da flagranteada realizar a comercialização intensa de drogas, o que sugere conduta não alinhada com o desenvolvimento dos infantes.** Além disso, a defesa não logrou demonstrar que [nome] é essencial aos cuidados de seu filho menor. **Ao contrário, a própria autuada informou que a filha mora com a avó.**”*

*Registro por oportuno, com as devidas vênias aos que pensam em contrário, que comungo do entendimento segundo o qual **o emprego do verbo “poderá”, no caput do artigo 318 do CPP, não deve ser interpretado com o sentido dado por alguns doutrinadores para os quais seria “dever” do juiz substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar ante a simples verificação das condições objetivas previstas em lei. Penso que tal interpretação implicaria em descabida vedação legal ao emprego da custódia cautelar em casos nos quais se mostre ser ela a única hipótese a tutelar, com eficiência, situação de evidente e imperiosa necessidade da prisão. **Outrossim, importaria em assegurar a praticamente toda pessoa com prole, na idade indicada no texto legal, o direito a permanecer sob regime de prisão domiciliar, mesmo se identificada a incontornável urgência da medida extrema.** (...) Deve ser indeferido, portanto, o pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar, mantendo-se a custódia preventiva da autuada.”** (grifos nossos)*

O excerto do termo abaixo traz diversos pontos interessantes para pensar a mesma questão,

juntamente ao tópico anterior de apresentação de elementos que comprovem os requisitos dos arts. 318 e 318-A do CPP⁹⁸. Apesar do discurso moralizador sobre o tráfico de drogas e da quantidade de cocaína apreendida (270g), o juiz entende que, diante da alegação da custodiada de que seu filho de 12 anos é autista, é necessário confiar em sua palavra e decretar a prisão domiciliar, para que depois seja provada a alegação:

*“Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que mesmo em caso de reincidência deverá ser possibilitada a prisão domiciliar à mulher que integra o tráfico, quando gestante ou sendo necessário para a proteção de filhos menores. No caso dos autos, verifica-se que a **custodiada não é reincidente, não ostenta nenhuma passagem pelas delegacias, bem como atuou na tentativa de introduzir drogas na Unidade Prisional, porém possui um filho de 12 anos, que segundo ela é autista. É certo, que não há como minimizar os efeitos do tráfico de entorpecentes, onde vidas e famílias inteiras são destruídas, a começar por essas pessoas que servem ao tráfico num verdadeiro trabalho escravo que só os leva à destruição. E muito mais se percebe a vulnerabilidade das pessoas frente às drogas, quando se trata do uso dentro de uma Unidade Prisional onde se espera que haja a ressocialização/recuperação de presos.** No caso vertente, a quantidade da droga apreendida é de 270,23g de cocaína, conforme laudo de constatação preliminar de fls. 20. Contudo, a teor do disposto no art. 318 do CPP, a prisão domiciliar poderá substituir a prisão preventiva quando o agente for mulher com filho menor de 12 anos de idade, ou ainda, de filho com necessidade de cuidados especiais. No caso em apreço, em que pese não tenha sido provada a questão relativa a necessidade de cuidados especiais do filho menor da custodiada, é certo que **a comprovação para posterior decisão poderá resultar em graves prejuízos à criança, o que certamente deve ser evitado.** Diante do exposto, com fundamento no artigo 318, III e V do Código de Processo Penal, verifico presentes os requisitos e fundamentos da PRISÃO PREVENTIVA, contudo, considerando a situação peculiar da indiciada (nome), SUBSTITUO a prisão por PRISÃO DOMICILIAR.” (grifos nossos)*

A decisão, nesse sentido, é coerente com a proposta de que a documentação seja trazida posteriormente. Isso porque decretar a prisão preventiva para subsequente comprovação da necessidade de cuidados e substituição seria muito mais prejudicial à criança.

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

Nos casos que envolvem mulheres grávidas e mães, diversas decisões têm como deliberação o encaminhamento do caso a órgãos do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente,

⁹⁸ 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

como o Conselho Tutelar e a Vara da Infância e Juventude, no sentido de pôr em questão o exercício da maternidade da custodiada. No entanto, a determinação de qualquer medida do tipo deve ter olhar voltado ao acionamento da rede de proteção social, visando ao fortalecimento da convivência familiar e comunitária junto à família natural, e de um ambiente que valorize o desenvolvimento integral da criança:

*“(...) devendo, ainda, **ser encaminhado mídia de áudio desta solenidade e à Vara da Infância Cível/Administrativa para que acompanhe, através dos técnicos disponíveis, a situação das duas crianças filhas da Custodiada [nome], tendo em vista que em manifesto risco à integridade física e moral.**”* (grifos nossos)

*“Comunique-se, por qualquer meio, ao Conselho Tutelar do local da residência da flagranteada para que, no prazo de cinco dias, analise a situação de seus filhos e apresente relatório social do caso. **No estudo, deve o órgão informar quem possui a guarda de fato dos menores e deles cuida, monitorando o caso e providenciando o atendimento de que os menores necessitem.**”* (grifos nossos)

*“O MP opina pela concessão da liberdade provisória com as cautelares de praxe e requer ainda que os autos sejam remetidos ao Juizado da Infância e oficiado ao Conselho Tutelar posto que inequivocamente a traficância era exercida no interior de uma residência pelos pais das crianças o que no mínimo deixa **duvidoso até onde estes estão preocupados com o bem-estar mental e social destes infantes. (...) Oficie-se o Conselho Tutelar a fim de que sejam tomadas as providências cabíveis quanto a possível situação de risco em que se encontram os filhos da flagranteada, posto que a droga foi encontrada no local em que eles residem com seus genitores, ambos flagranteados pela suposta prática do crime de tráfico de drogas.**”* (grifos nossos)

Vale destacar que a atuação de serviços da rede de proteção social, como os equipamentos de referência de assistência social - CRAS e CREAS, também se alinha aos ideais vigentes. Sobre o tema, a Resolução nº 02/2017 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária recomenda em seu art. 1º que “após a lavratura do auto de prisão em flagrante de mulher gestante, lactante ou mãe de filhos até 12 (doze) anos incompletos ou com alguma deficiência, com as informações constantes nos artigos 6º, X e 304, § 4º do Código de Processo Penal, o delegado de polícia encaminhe 01 (uma) cópia” para serviços de proteção social do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Nesse sentido, recomenda-se que a equipe do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada e a autoridade judicial tenham atenção a tal encaminhamento, nos casos em que seja cabível.

Por mais que seja importante que se cuide do melhor interesse da criança, destaca-se aqui que este não deve ser pensado em separado do direito ao pleno exercício da maternidade, à moradia, e do direito da criança à convivência familiar. É preciso pensar uma tutela jurídica conjunta da maternidade e da infância, evitando antagonismo judicial entre mãe e filhos. O acolhimento e colocação em família

substituta constituem medidas graves e de caráter excepcional⁹⁹.

Nesse sentido, nos termos da Resolução CNJ nº 252/2018¹⁰⁰, a autoridade judicial deve colher na audiência de custódia informações sobre a indicação e identificação de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, informando o endereço e o número do telefone (art. 5º, III). Esse mesmo ato normativo dispõe que, mesmo em caso de privação de liberdade, deve ser garantida a convivência entre mães e filhos e preservados seus vínculos, coibindo-se a suspensão ou destituição do poder familiar, que tem hipóteses legais bastante restritas quanto a pessoas privadas de liberdade e que não se inserem dentro do escopo decisório da audiência de custódia¹⁰¹.

Assim, é importante que os magistrados e magistradas se apropriem de outros caminhos possíveis em casos, por exemplo, de uso abusivo de drogas ou situação de extrema vulnerabilidade social, sendo a judicialização dos casos o último recurso. Na pesquisa “Primeira Infância e Maternidade nas Ruas de São Paulo”, voltada às condições de exercício da maternidade e às possibilidades da primeira infância em contextos familiares de extrema vulnerabilidade, constatou-se que:

“Muitas vezes, o acionamento direto da vara pode significar o descarte de um possível trabalho acionando a rede de proteção - composta pelo CNRua [Consultório Na Rua], centros de acolhimento e a própria Defensoria Pública do Estado de São Paulo - para a construção de condições para o exercício da maternidade.”¹⁰²

A pesquisa traz como respaldo a Nota Técnica emitida pelo Conselho Regional de Psicologia de São Paulo (CRP-SP) sobre o exercício da maternidade por mães que fazem uso de crack e outras drogas, de agosto de 2016¹⁰³. A nota reitera a importância do vínculo familiar, em especial durante a primeira infância, garantido pelo ECA e pelo Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária.

De acordo com as recomendações do CRP, então, deve haver prioridade na proteção do vínculo

99 O art. 19 do ECA dispõe que: “É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”.

100 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 252/2018, de 04 de setembro de 2018. Estabelece princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade e dá outras providências. DJE/CNJ no 167/2018, de 05/09/2018, p. 50-54. Brasília: 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2667>

101 O art. 1.687, parágrafo único, do Código Civil dispõe que: “Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU de 11.1.2002. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

102 GOMES, Janaína Dantas Germano (Coord.). Primeira infância e maternidade nas ruas da cidade de São Paulo: relatório de pesquisa. São Paulo: Lâmpião Conteúdo e Conhecimento, 2017. p. 115. Disponível em: <https://institutogerar.com.br/wp-content/uploads/2018/04/Primeira-Infancia-e-Maternidade-nas-ruas-de-SP-CDH-LG.pdf>. Acesso em 6 dez. 2019.

103 CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DE SÃO PAULO. Nota técnica sobre o exercício da maternidade por mães que fazem uso de crack e outras drogas. São Paulo: [s. n.], 2016. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/Nota%20t%C3%A9cnica%20sobre%20o%20exerc%C3%ADcio%20da%20maternidade%20por%20m%C3%A3es%20que%20fazem%20uso%20de%20crack%20-%20CRPSP%20-%20Ago16%20\(1\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/Nota%20t%C3%A9cnica%20sobre%20o%20exerc%C3%ADcio%20da%20maternidade%20por%20m%C3%A3es%20que%20fazem%20uso%20de%20crack%20-%20CRPSP%20-%20Ago16%20(1).pdf)

entre crianças e mães, na medida em que se entende que sua violação atinge os direitos de ambas as partes. Afirma, ainda, que o acolhimento institucional é medida excepcional, para quando estiverem esgotadas todas as outras possibilidades de assistência, e que pressupor a incapacidade de exercer a maternidade sob a justificativa de uso de drogas é, além de antiético, uma forma de penalização de mulheres que já estão em situação de extrema vulnerabilidade social e violação de direitos¹⁰⁴.

Além desse documento, pode ser citada como referência a “Nota Técnica conjunta sobre Diretrizes, Fluxo e Fluxograma para a atenção integral às mulheres e adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de álcool e/ou crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos”, desenvolvida em conjunto pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, que aponta que:

“12. Ainda no que se refere à aplicação da medida de acolhimento, tanto o ECA quanto o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária – PNCFC (Resolução conjunta CNAS/CONANDA n° 01/2006 e alterações constantes da lei 12.010/2009) e as Orientações técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes (Resolução conjunta CNAS/CONANDA n° 01/2009), ressaltam a necessidade de que tal medida seja baseada em uma criteriosa avaliação, realizada por equipe multidisciplinar, dos riscos a que está submetida a criança e das condições da família para a superação das violações e o provimento de proteção e cuidados, bem como os recursos e potencialidades da família extensa e da rede social de apoio.

13. O PNCFC destaca que: ‘É preciso, ainda, ter em mente que a decisão de retirar uma criança de sua família terá repercussões profundas, tanto para a criança, quanto para a família. Trata-se de decisão extremamente séria e assim deve ser encarada, optando-se sempre pela solução que represente o melhor interesse da criança ou do adolescente e o menor prejuízo ao seu processo de desenvolvimento.’”¹⁰⁵

Por fim, de acordo com o art. 227 da Constituição Federal¹⁰⁶, é dever da família, do Estado e da sociedade proteger os direitos da criança com prioridade absoluta, significando que a responsabilidade pela criação e fornecimento das condições necessárias para seu desenvolvimento integral é tarefa que envolve todos os entes da sociedade. Ou seja, deve ser acionada e priorizada toda a rede de proteção ligada à assistência social e políticas públicas de amparo à família, que valorizem o direito à convivência familiar e comunitária em detrimento da judicialização de possíveis pedidos de suspensão ou destituição do poder familiar. Para isso, a fim de articular o encaminhamento mais

104 Ibid., p. 53.

105 BRASIL. Nota Técnica conjunta sobre Diretrizes, Fluxo e Fluxograma para a atenção integral às mulheres e adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de álcool e/ou crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos. Brasília: [s. n.], 2016. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/bolsa_familia/nota_tecnica/nt_conjunta_01_MDS_msaude.pdf. Acesso em 09 jul. 2020.

106 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

adequado, reforça-se que o juízo pode contar com subsídios e recomendações constantes do relatório de condições pessoais e sociais do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, caso existente, para a adoção de medidas não judiciais de cuidado e assistência.

1.5. Condições da prisão domiciliar e a hipermaternidade

Quando decretada a prisão domiciliar, está implícita em certa medida a ideia de que a mulher, naquele momento, serve apenas aos cuidados dos filhos. Entretanto, é importante que se problematize a situação de hipermaternidade em que se coloca a mulher que cumpre prisão domiciliar. A ideia de hipermaternidade e prisão, proposta por Angotti e Braga¹⁰⁷, está ligada ao exercício da maternidade superdimensionado, na medida em que geralmente é a única atividade das mães presas, concentrada ainda em um espaço físico controlado e reduzido. Isso aparece na delimitação das condições para cumprimento da prisão domiciliar, que trazem como únicas hipóteses de saída do domicílio questões ligadas ao cuidado dos próprios filhos ou à gravidez, como atendimentos médicos:

*“Fica a atuada autorizada a sair do domicílio somente para atender às **necessidades rotineiras de seu filho.**” (grifos nossos)*

*“CONVERTO A PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR (...) COM APLICAÇÃO DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA, DEVENDO A AUTUADA PERMANECER EM PERÍODO INTEGRAL EM SUA RESIDÊNCIA, **salvo por questões de tratamento médico**, o qual deverá ser devidamente comprovado em juízo.” (grifos nossos)*

*“Quanto à necessidade de manutenção da prisão, consta nos autos os pressupostos da prisão preventiva, com fundamento no art. 312 do CPP, mas tendo em vista que a atuada encontra-se grávida, defiro o pedido de substituição da prisão preventiva em prisão domiciliar da atuada [nome], **só devendo se ausentar da sua residência quando precisar ir fazer consultas médicas.**” (grifos nossos)*

*“Todavia, considerando que a conduzida possui dois filhos menores, que se encontram sob os seus cuidados, destacando-se que um tem menos de 1 ano de idade, considero possível a concessão de prisão domiciliar para a conduzida, nos termos do art. 318, V, do CPP, ficando esta ciente de que **não poderá sair de sua residência em qualquer hipótese**, salvo nova manifestação do Juízo flexibilizando as condições do regime, a caso comprovada real necessidade de eventual afastamento.” (grifos nossos)*

107 BRAGA, ANA GABRIELA MENDES; ANGOTTI, Bruna. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. SUR 22, v.12, n. 22, p. 229–239. Disponível em: https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16_SUR-22_PORTUGUES_ANA-GABRIELA-MENDES-BRAGA_BRUNA-ANGOTTI.pdf

“6.1 Diante do exposto, SUBSTITUO a prisão preventiva da autuada pela prisão domiciliar, nos seguintes termos:

a) a flagranteada fica proibida de sair de sua residência, sem prévia autorização judicial, **salvo para atendimento médico de urgência e consultas de rotina** (atestado médico deve ser juntado em 24 horas), sob pena de ser revogada a prisão domiciliar.” (grifos nossos)

A flexibilização das condicionalidades relacionadas à prisão domiciliar pode atender aos interesses das próprias crianças e suas famílias, como a possibilidade de inserção em cadastros de proteção social e em atividades produtivas de sustento. Trata-se de ajustes individualizados, que pressupõem conhecimento acerca do contexto daquela família e das especificidades existentes, que se fazem necessários para tornar efetivo o cumprimento da determinação judicial cautelar.

Ainda sobre as condições da prisão domiciliar, é preciso que o cuidado aos filhos seja entendido de forma ampla, não apenas presencial, contemplando também o trabalho para sustento da família e o contato (ainda que remoto) com os filhos, nos casos de mulheres migrantes e residentes em localidades distintas de seus dependentes.

1.6. Monitoração eletrônica

Na decretação da prisão domiciliar, é frequente que a monitoração apareça como medida acessória, de fiscalização e, às vezes, com o objetivo de evitar que sejam cometidas novas infrações:

“Com relação à acusada [nome], entendo razoável a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, uma vez que a custodiada preenche os requisitos do artigo 318, V do Código de Processo Penal. **De maneira a tornar efetiva tal medida, determino a cumulação com a medida cautelar diversa da prisão constante do artigo 319, IX, a saber, a monitoração eletrônica.**” (grifos nossos)

“Avançando, considerando o fato de a autuada possuir duas filhas menores que precisam de seus cuidados, e tendo em vista que a condenação pretérita da custodiada é antiga, tenho que a hipótese se amolda àquelas justificadoras do monitoramento eletrônico, via tornozeleira. Isso porque, **de um lado, a prisão domiciliar permitirá que ela ministre os cuidados de que suas filhas precisam; de outro lado, o monitoramento impedirá que ela torne a delinquir, mostrando-se, desse modo, adequado e suficiente ao caso.**” (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.** Isto porque, referida tecnologia permite a fácil localização da pessoa monitorada, assim como, em tempo real, possibilita verificar se irá cumprir a outra medida da prisão domiciliar.” (grifos nossos)

*“Obrigo a indiciada a utilizar equipamento eletrônico de monitoramento para fins de **fiscalização imediata e efetiva da prisão domiciliar.**” (grifos nossos)*

Conforme abordado no Manual de Parâmetros Gerais, a monitoração deve ser utilizada de maneira excepcional e não como forma de expansão do controle penal sobre os indivíduos. Além disso, a Resolução CNJ nº 213/2015 determina a observância às diretrizes de: (i) efetiva alternativa à prisão provisória, com aplicação exclusiva a pessoas acusadas por crimes dolosos puníveis com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos ou reincidentes por outros delitos dolosos; (ii) necessidade e adequação; (iii) provisoriedade, mediante prazo e reavaliação periódica; (iv) menor dano, a fim de minimizar a estigmatização e os constrangimentos causados pela utilização do aparelho; (v) normalidade, buscando aproximar-se ao máximo da rotina da pessoa monitorada em relação à rotina regular (Protocolo I, tópico 3.1, item V).

Ademais, de acordo com o “Manual de Gestão para a Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas”, publicado a partir de parceria entre o Departamento Penitenciário Nacional e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, devem ser garantidos direitos e políticas para as mulheres, de acordo com as especificidades de gênero, no tocante aos serviços de monitoração - o que inclui o acompanhamento por equipes multiprofissionais e encaminhamentos, sempre voluntários¹⁰⁸.

1.7. Discursos sobre a liberdade

Como colocado acima, a previsão de possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar não significa que ela seja uma alternativa à liberdade provisória. Nos trechos abaixo, seguindo a melhor interpretação da Resolução CNJ nº 213/2015, o exercício da maternidade entra como mais um elemento que se coloca contra a necessidade da medida cautelar segregatória, sendo aplicada a liberdade provisória como prioridade. No primeiro deles, de modo ainda mais forte e como recomendado na Etapa 3 do Manual de Parâmetros Gerais (*Etapa 3 – Diante do flagrante regular e da tipificação definida judicialmente, verificar a necessidade de se aplicar alguma medida cautelar*), a liberdade provisória é quase decorrência do preenchimento dos requisitos do art. 318 do CPP:

*“A flagranteada foi autuada por crime do art. 33, caput c/c 40, III, da lei nº 11.343/06, tentando entrar no presídio [presídio] com 25g de substância vegetal escondida no corpo, indício de delito especialmente grave. **Entretanto, observo que a presa se enquadra nos moldes de decisão proferida no HC nº 143641, do STF, com efeito vinculante. Efetivamente, a presa tem filho menor de 6 anos, conforme comprovou sua advogada mediante apresentação de certidão de nascimento nesta audiência. Sendo assim, CONCEDO A LIBERDADE PROVISÓRIA à flagranteada [nome], sem fiança, aplicando-lhe as seguintes medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do CPP (...)**” (grifos nossos)*

108 Ministério da Justiça / Departamento Penitenciário Nacional/Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Manual de Gestão para a Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas. PIMENTA, Izabella Lacerda (autora). Brasília: PNUD, 2017, p. 117.

“Diante dessas considerações, verifico que [nome] foi presa em flagrante por suposta prática penal descrita no artigo 33 da Lei 11.343/06, o qual, em tese, foi praticado sem emprego de violência ou grave ameaça. Noto, também, que a autuada é **primária, sendo esta sua única incursão na seara criminal, e que a quantidade de entorpecentes apreendida, por si só, não justifica a decretação da prisão preventiva**. Verifico, outrossim, que [nome] **possui dois filhos menores de idade, que dependem de seus cuidados**. Destarte, embora exista prova da existência do crime e em indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva não se afigura necessária no caso em tela, notadamente considerando que não resultou demonstrada, na espécie a caracterização do periculum libertatis, não se encontrando as situações de necessidade de garantia à ordem pública ou econômica, ou de ameaça ou risco à instrução processual ou à correta aplicação da lei penal. **Em resumo, na hipótese vertente, entendo que a prisão preventiva não se mostra necessária, podendo ser substituída por outras medidas alternativas**, que se revelam suficientes e adequadas para assegurar a efetividade do processo e a correta aplicação da lei penal.” (grifos nossos)

“No presente caso verifico que, embora presente o *fumus comissi delicti*, e a quantidade de droga apreendida ser de apenas 23 petecas de substância entorpecente conhecida como ‘cocaína’, as circunstâncias do caso concreto sugerem que há possibilidade da concessão de outra medida diversa da prisão preventiva, ante a **excepcionalidade da segregação**, em vista da natureza do crime e das circunstâncias e consequências do delito em tese perpetrado, além de **condições favoráveis como residência fixa e trabalho**. Ao mesmo tempo, **a custodiada apresenta dois filhos menores, sendo um adolescente com portador de necessidades especiais (autismo) sendo imprescindível a presença da autuada para os cuidados dele**. Deste modo, como disposto no art. 310, inciso III, do Código de Processo Penal, concedo à [nome] já qualificado, a **LIBERDADE PROVISÓRIA, CONDICIONADA (...)**” (grifos nossos)

“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 à 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**. Deste modo, na esteira do que preconiza o Art. 319 do Código de Processo Penal, aplico as medidas cautelares diversas da prisão, constantes nos incisos I, II, III, IV e V.” (grifos nossos)

O caso abaixo, por sua vez, levanta todas as condições da liberdade provisória, mas conclui pela prisão domiciliar. É aqui que entra a ideia de que a prisão domiciliar só deve ser aplicada quando o caso justifique prisão preventiva, sendo a liberdade provisória a primeira consideração na análise de casos envolvendo mães e gestantes:

*“Quanto à liberdade provisória, considerando que a **CPP da Comarca de [UF]** se encontra com a sua capacidade de acolhimento de pessoas com a capacidade muito superior ao que permite para se observar o mínimo da dignidade humana. Constatando que a situação carcerária do país enfrenta uma crise de medida incalculável, devendo ser preservadas as vidas das pessoas ali privadas de 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 inconstitucional, devendo o magistrado velar pelas decisões do STF. Considerando que a custodiada é primária, não há sentença condenatória e que a constitucional presunção de inocência deve ser observada. Considerando que a custodiada afirmou ter filhos menores e o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 143.641 determinou a “substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015)”. Desta forma, dando cumprimento ao acórdão do Supremo Tribunal Federal, **fica concedida a prisão domiciliar para [nome] (...)**” (grifos nossos)*

Em resumo, cabe reforçar que a prisão domiciliar tem natureza estritamente substitutiva à prisão preventiva, não se tratando de medida de excelência para gestantes e mães, mas sim de medida revestida da mesma excepcionalidade que envolve o cárcere, cabendo a liberdade provisória como prioridade.

2 PAIS E DEMAIS RESPONSÁVEIS POR DEPENDENTES

O tratamento dado a mulheres que têm filhos menores de 12 anos ou que necessitam de cuidados especiais deve ser dado, vale destacar, a outras pessoas que se encontram em situação análoga. Ou seja, tios, tias, avós e avôs que são responsáveis por seus sobrinhos ou netos, pais de quem dependam - mesmo que financeiramente - os filhos, companheiros(as) de mulheres grávidas, adultos responsáveis pelos cuidados de familiares idosos, e demais situações previstas em lei ou para as quais a interpretação dada ao 318, CPP, valha por extensão. É, por exemplo, o que acontece nos casos abaixo:

*“Entretanto, considerando a primariedade da flagranteada, bem como, que neste ato comprovou residência fixa e apresentou certidão de **três netos com menos de 12 anos de idade, os quais estão sob os cuidados da flagranteada pelo fato de sua filha e mãe das crianças encontrar-se presa**, bem como o contido nos termos do HC coletivo 143.641, fazendo uma interpretação extensiva, por ser a flagranteada a **responsável pela manutenção e criação dos menores**, substituo a prisão preventiva pela domiciliar.” (grifos nossos)*

*“Demais disso, observo que [nome] **é responsável pelos cuidados de sua genitora, que se trata de pessoa idosa, com 73 (setenta e três) anos de idade**, o que demonstra que a prisão preventiva, no caso em tela, não se faz necessária.” (grifos nossos)*

*“(...) a flagranteada alegou nesta solenidade e demonstrou que **é guardiã de [nome], sendo esta sua neta, menor de 06 anos de idade. Além disso, a flagranteada alegou e demonstrou que também é avó de outra criança chamada [nome] com 07 anos de idade. A defesa sustenta que a flagranteada é a única pessoa responsável pelo cuidado das referidas crianças uma vez que o genitor estaria preso** e as genitoras não assumiram responsabilidade sobre os filhos assim sendo, de modo excepcional, no caso particular de [nome], por ser ela guardiã dos netos menores de idade, o MP requer a aplicação de pena de prisão domiciliar, o que se faz com fundamento no artigo 318, inciso III e V, ambos do CPP, assim como com fundamento no princípio constitucional da proteção do melhor interesse da criança. (...) Convento a prisão em flagrante em prisão domiciliar (...)” (grifos nossos)*

Para esses casos, o Marco Legal da Primeira Infância¹⁰⁹ e as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente¹¹⁰ e do art. 227 da Constituição Federal¹¹¹ são aplicáveis e devem ser levados em consideração para priorização da liberdade provisória ou, em sendo o caso de prisão preventiva, conversão em prisão domiciliar.

3 PESSOAS LGBTQI+

Do material coletado, duas questões principais emergiram quando as pessoas custodiadas são LGBTQI+: (i) a importância de utilização do nome social da pessoa, quando transexual ou travesti, na condução da audiência de custódia, bem como (ii) no caso de prisão, que a decisão sobre o local de cumprimento da restrição de liberdade seja tomada com a participação da pessoa custodiada e levando em consideração sua segurança e proteção.

No material, ao menos 4 casos de utilização do nome social puderam ser levantados. Sobre o tema, cabe mencionar os Princípios de Yogyakarta, de novembro de 2006, que dispõem sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, bem como a Resolução CNJ nº 270/2018¹¹², que determina à magistratura e serventuários

109 BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). DOU de 9.3.2016. Brasília: 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm

110 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 de 16.7.1990, retificado em 27.9.1990. Brasília: 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

111 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

112 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 270/2018, de 11 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o uso do nome social pelas pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, membros, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados dos tribunais brasileiros. DJe/CNJ no 240/2018, em 12/12/2018, p. 10-12. Brasília: 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2779>

o respeito à identidade de gênero e tratamento pelo nome social nas audiências, nos pregões e nos demais atos processuais, com registro nos atos escritos, regulamentando procedimentos em caso de divergência entre o nome social e o nome constante do registro civil¹¹³.

Quanto ao encaminhamento à prisão adequada, tem-se como ilustrativo o seguinte termo, em que consta como deliberação final: “oficie-se ao [unidade de triagem] para recambiar o autuado [nome] à Unidade Prisional adequada com sua orientação sexual (transexual)”. O trecho, apesar de se adequar à Resolução CNJ nº 213/2015, no seu art. 8º, demonstra falta de domínio dos termos ao se referir à identidade de gênero como “orientação sexual”. Assim, levanta-se a importância de que haja um trabalho de formação de juízas e juizes sobre o tema.

Nos casos de prisão, recomenda-se ainda a observação do disposto na Resolução Conjunta nº 1, de 2014, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT)¹¹⁴:

“Art. 3º - Às travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos.

§ 1º - Os espaços para essa população não devem se destinar à aplicação de medida disciplinar ou de qualquer método coercitivo.

§ 2º - A transferência da pessoa presa para o espaço de vivência específico ficará condicionada à sua expressa manifestação de vontade.

Art. 4º - As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas.

Parágrafo único - Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade”.

Com base nos já mencionados Princípios de Yogyakarta¹¹⁵ e na Resolução Conjunta, em 2019, houve decisão do Superior Tribunal de Justiça no HC 497.226 garantindo liminarmente a uma travesti presa em regime semiaberto o direito de pernoitar na ala feminina de presídio, a qual antes era mantida em alojamento ocupado por presos do sexo masculino.

113 O art. 2º, § 5º da Resolução CNJ nº 270/2018 dispõe que: “Em caso de divergência entre o nome social e o nome constante do registro civil, o prenome escolhido deve ser utilizado para os atos que ensejarão a emissão de documentos externos, acompanhado do prenome constante do registro civil, devendo haver a inscrição “registrado(a) civilmente como”, para identificar a relação entre prenome escolhido e prenome civil.”

114 CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNPCCP); CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO (CNCD/LGBT). Resolução Conjunta nº 1/2014, de 15 de abril de 2014. DOU de 17/04/2014 (nº 74, Seção 1, pág. 1). Brasília: 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx

115 PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO. PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM; HUMANOS, LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS; GÊNERO, ORIENTAÇÃO SEXUAL E. IDENTIDADE DE. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero (Princípios de Yogyakarta). Yogyakarta, novembro de 2006.

Por fim, apesar de não ter surgido no material coletado, é importante frisar que homens transexuais também podem ser gestantes ou lactantes. Por essa razão, aplicam-se a eles os mesmos parâmetros indicados no item 1 deste documento.

4 PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA E EM SITUAÇÃO DE EXTREMA VULNERABILIDADE

A Resolução CNJ nº 213/2015 determina, no tópico 2, item X do Protocolo I (Diretrizes para a aplicação e o acompanhamento das medidas cautelares diversas da prisão), a vedação da penalização da pobreza:

“A situação de vulnerabilidade social das pessoas autuadas e conduzidas à audiência de custódia não pode ser critério de seletividade em seu desfavor na consideração sobre a conversão da 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).

Dessa forma, alguns pontos delicados devem ser levados em conta durante a formulação de decisões que dizem respeito a pessoas em situação de rua. O primeiro ponto está ligado à **falta de endereço fixo**, que não deve ser considerada como justificativa para a privação de liberdade, devendo-se evitar a criminalização da pobreza e outras vulnerabilidades sociais. Deve ser considerada a possibilidade de que o Centro de Referência Especializado para Pessoas em Situação (Centro Pop)¹¹⁶, e na sua ausência o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) – ou o Centro de Referência da Assistência Social (CRAS), figure como o endereço dessas pessoas. É importante que se pense no Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada para o encaminhamento adequado a serviços de acolhimento, à luz das orientações do Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada.

Além disso, formulações sobre endereço devem ser lidas com certa flexibilidade. É o que acon-

116 Segundo informações do site da Secretaria Especial do Desenvolvimento Social do Ministério da Cidadania, o Centro Pop é “unidade pública voltada para o atendimento especializado à população em situação de rua. Deve ofertar, obrigatoriamente, o Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua, que realiza atendimentos individuais e coletivos, oficinas e atividades de convívio e socialização, além de ações que incentivem o protagonismo e a participação social das pessoas em situação de rua. O Centro POP deve representar espaço de referência para o convívio social e o desenvolvimento de relações de solidariedade, afetividade e respeito. Essa unidade também funciona como ponto de apoio para pessoas que moram e/ou sobrevivem nas ruas. Deve promover o acesso a espaços de guarda de pertences, de higiene pessoal, de alimentação e provisão de documentação. O endereço do Centro Pop pode ser usado como referência do usuário”. Para mais informações, acesse: <http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/centro-pop>

tece, por exemplo, em casos em que o ponto da cidade em que a pessoa pode ser normalmente encontrada é utilizado para fins de endereço:

*“Determino que o atuado seja levado à Unidade da Coordenadoria Psicossocial Judiciária deste [juízo] 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 atuado informou nesta assentada que está em situação de rua e que pode ser localizado na “barraca” nos fundos do (...), próximo ao (...)** – [UF].” (grifos nossos)*

Ademais, **a falta de documentos também não deve ser criminalizada**. Nesses casos, o art. 313, § 1º do CPP não pode ser utilizado como fundamentação para decretação da prisão preventiva. Ao contrário, deve fazer parte das deliberações e encaminhamentos finais a articulação com órgãos de registro civil e o acionamento da rede de proteção social que possam auxiliar a pessoa a regularizar sua situação documental:

*“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 atuado ultrapassa 4 (quatro) anos **e o atuado não possui documento de identidade com foto nos autos. Diante disso, julgo procedente a manutenção da segregação cautelar** do atuado.” (grifos nossos)*

*“Determino que o atuado seja levado à Unidade da Coordenadoria Psicossocial Judiciária deste [juízo] **para a realização dos encaminhamentos necessários tendo em vista sua vulnerabilidade social, eis que é morador de rua, não possui documentos de identificação pessoal** e é usuário de drogas/álcool. Ressalte-se que o atuado informou nesta assentada que realizou tratamento no CAPS.” (grifos nossos)*

Conforme trazido no Manual de Parâmetros Gerais, importante destacar que, com a promulgação da Resolução CNJ nº 306/2019¹¹⁷, 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 Judiciário (art. 3º).

117 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 306/2019, de 13 de dezembro de 2019. Estabelece diretrizes e parâmetros para a emissão de documentação civil e para a identificação civil biométrica das pessoas privadas de liberdade. Brasília: 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3146>

Destaca-se que os dados são sigilosos e servem ao fim único de emissão da documentação civil necessária¹¹⁸. 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.

Ainda, a população em situação de rua pode apresentar **problemas de saúde ou outras questões decorrentes de uso abusivo de substâncias psicoativas, incluindo síndrome de dependência**, que não devem justificar a prisão ou internação compulsória. **Crimes patrimoniais** também devem ser olhados diante da especificidade da situação. Conforme apontado pelo Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, deve-se buscar políticas de inclusão social, geração de renda e trabalho, bem como iniciativas voltadas à inserção de pessoas em situação de vulnerabilidade em programas que desenvolvam políticas públicas de inclusão e na rede de proteção social, por meio do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, caso existente.

No caso abaixo citado, fica evidente a relação entre a vulnerabilidade social da autuada e o furto de produtos de higiene, devendo ser compreendido o contexto do delito e relativizada sua gravidade. Apesar do juiz responsável adotar, de certa forma, essa perspectiva, a medida imposta parece gravosa diante das circunstâncias pessoais da custodiada. O comparecimento quinzenal é oneroso tanto financeiramente, considerando o valor do transporte público, quanto pode ser de difícil cumprimento por sua alta frequência.

Nessas situações, é imprescindível a articulação do Tribunal com serviços da rede de proteção social, principalmente de assistência social, e ter em mente considerações da equipe do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada para aplicar medidas compatíveis com a realidade da pessoa:

*“No caso concreto, a tentativa de furto no estabelecimento indicado teria sido para subtrair **dois cremes da marca Pantene, cujo valor individual é de R\$ 11,99**. Ainda, a versão da vítima se assemelha às declarações do gerente do estabelecimento. Nessa linha, a flagranteada não pode ser considerada reincidente. Ademais, é flagrantemente hipossuficiente, usuária de crack, não tendo condições de arcar com o valor de eventual fiança que fosse arbitrada nesse momento. Considerando, por fim, que a fiança não pode servir como meio de imposição de pena corporal, a liberdade*

118 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).

provisória sem arbitramento da garantia é medida que se impõe. Ante o exposto, ausentes os requisitos legais da preventiva, CONCEDO A LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA à indiciada [nome] ao tempo em que defiro o requerimento ministerial para APLICAR as medidas cautelares quais sejam, comparecimento QUINZENAL em juízo, inclusive, quanto aos processos [números], 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, sob pena de substituição por outras medidas mais gravosas ou decretação de prisão preventiva em caso de injustificado descumprimento (...)" (grifos nossos)

Cabe destacar ainda que encaminhamentos à rede de proteção social devem sempre preservar a autonomia e a autorresponsabilização da pessoa pelo processo - levando à discussão sobre as cautelares não previstas na legislação processual penal que surgem do encaminhamento forçado a equipamentos dessa rede, práticas não autorizadas no ordenamento. Há que se respeitar o princípio da taxatividade das medidas cautelares, asseverado recentemente pelo Ministro Celso de Mello no HC 186.421, e a voluntariedade dos encaminhamentos aos serviços de proteção social.

Por fim, **cautelares como fiança, recolhimento noturno e monitoração eletrônica** devem ser entendidas como excessivamente onerosas ou impossíveis de serem cumpridas, mas isso não deve justificar a prisão preventiva. Esses elementos todos podem ser melhor analisados no caso abaixo:

*"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 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)*

A mesma lógica se verifica em outra decisão, em que a juíza decreta a prisão preventiva pois, além de ter "cometido o crime em concurso de agentes e com restrição da liberdade da vítima, é usu-

ária de crack e não soube informar seu endereço, além de ter dito não possuir telefone celular, sendo incabível a utilização da tornozeleira eletrônica” (grifos nossos).

Como contraponto e articulando a necessidade de realização de encaminhamentos à rede de proteção social, tem-se o encaminhamento feito por outra autoridade judicial, após converter o flagrante de lesão corporal em liberdade provisória com cautelar de comparecimento em juízo e proibição de ausentar-se do estado:

*“A atuada informou que **se encontra em situação de rua, mas não soube informar com precisão o local em que poderia ser encontrada.** Obs: encaminhe-se o atuado ao **setor psicossocial** deste [juízo] para que passe por entrevista e sejam dados os **encaminhamentos necessários** (a indiciada informou que faz uso de medicamentos; que **possui interesse** em tratamento relacionado ao uso de bebida alcoólica; que faz acompanhamento no CAPS e que também possui interesse em ser internada em uma clínica localizada em [UF] cujo CAPS da região, **por informação da indiciada, já teria conseguido tal internação.**” (grifos nossos)*

Em outro termo, no mesmo sentido, o atuado é encaminhado à Central de Alternativas Penais “para inserção em programas de emprego e capacitação profissional, bem como para abrigamento”.

Conforme pontuado pelo Manual de Parâmetros Gerais, importante frisar que as ações de proteção social são decisivas para a inclusão social das pessoas custodiadas, devendo sempre se analisar 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 da equipe 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 brasileira em conflito com a lei penal, 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 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.

5 MIGRANTES

5.1. Questões relativas à vulnerabilidade social

Em relação às pessoas **migrantes**¹¹⁹, a ausência de trabalho formal, de documentos e de endereço fixo não deve ser enxergada sob a lógica criminalizatória que, se antes existia no Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980)¹²⁰, hoje não subsiste com a promulgação da Nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), em 2017¹²¹. A Lei traz diretrizes que visam a proteção dos direitos humanos, a igualdade de tratamento, a acolhida humanitária, a não discriminação e a não criminalização, preceitos que devem guiar as audiências de custódia. Além disso, a Resolução CNJ nº 213/2015 prevê o acesso consular à pessoa migrante e intérprete durante a audiência de custódia - garantia também disposta no art. 193 do CPP e no art. 8º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em uma das decisões analisadas, tais determinações são violadas quando a autoridade judicial dispõe 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 furtem de eventual processo criminal.” (grifos nossos)

Como em casos de pessoas em situação de rua, a depender das circunstâncias, devem ser entendidas como excessivamente onerosas ou impossíveis de serem cumpridas cautelares como fiança, recolhimento noturno e monitoração eletrônica. No termo abaixo, é questionável em que medida o custodiado realmente será capaz de cumprir as medidas determinadas em audiência.

*“Considerando que trata-se de **estrangeiro sem residência fixa, posto que noticia ser morador de rua**. Que não se sabe quais circunstâncias está em nosso país, bem como a informação de que já havia estado na loja e furtado outros objetos em terceiras ocasiões (...). CONCEDO a Liberdade Provisória ao flagranteado [nome], mediante o cumprimento das seguintes medidas provisórias: a) comparecimento bimestral em juízo, para informar e justificar atividades; b) recolher-se, todos os dias, em sua casa até 20:00 horas e dela sair somente às 06 horas da manhã; c) não frequentar bares, boates, prostíbulos e casas de jogos; d) proibição de ausentar-se da Comarca por mais de*

119 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.

120 BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. DOU de 21.8.1980, retificado em 22.8.1980 e republicado em 22.8.1981. Brasília: 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm

121 BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. DOU de 25.5.2017. Brasília: 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm

08 (oito) dias sem prévia comunicação a este juízo, bem como a obrigação de manter este juízo informado de qualquer mudança de endereço; e) não cometer crime ou contravenção penal.” (grifos nossos)

As formulações sobre documentação e endereço fixo feitas para a população em situação de rua são então válidas, também, por vezes, para migrantes:

“Ademais, os flagranteados são estrangeiros porém com documentação regular no Brasil e residência fixa, pois todos ao que consta estão residindo no Abrigo [abrigo]. Entendo como suficiente e necessária a imposição das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, não sendo o caso de prisão preventiva, vez que eventual segregação cautelar seria mais gravosa que uma futura condenação.”

“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.”

Os casos acima trazem práticas que reforçam os objetivos da Resolução CNJ nº 213/2015 ao, por exemplo, trazer a orientação para retirada de documentos como encaminhamento e ao considerar um abrigo como endereço fixo.

5.2. Comunicação à autoridade consular ou diplomática

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 prisão, nos seguintes termos:

“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.”

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio da Opinião Consultiva nº 16/1999, interpreta que essa 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”. Nos termos da interpretação da Corte internacional, 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, por fim, aponta que poderão ser consideradas como indícios quanto à ocorrência de práticas de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, o fato de ter sido negado acesso consular a uma pessoa custodiada de nacionalidade estrangeira.

Entretanto, a comunicação ao consulado da prisão, apesar de constituir direito fundamental da pessoa custodiada migrante, nem sempre é registrada em ata - o que pode indicar que não foi feita ou questionada, ou que efetivamente ocorreu. Além de demonstrar a necessidade de maior transparência no cumprimento da garantia, o material coletado evidencia que a falta de comunicação da prisão à autoridade consular tem sido entendida como irregularidade do flagrante, passível de correção no momento da audiência.

Na decisão abaixo citada, a defesa manifesta-se pelo relaxamento do flagrante, entendendo que, de acordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a notificação consular deveria ter sido realizada pela autoridade policial. A autoridade judicial, entretanto, entende que o prazo para comunicação se posterga até o momento da audiência, e determina que o consulado seja comunicado após distribuição dos autos ao cartório:

*“Por sua vez, a Defesa manifestou-se nos seguintes termos: ‘Mm. Juíza de Direito, considerando o disposto no art. 36 da Convenção de Viena e entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos na opinião consultiva n. 16/1999, **a defesa requer a não homologação do flagrante ante a sua ilegalidade, uma vez que nos termos da opinião referida a notificação consular há de ser feita no momento em que se realiza a prisão do estrangeiro e, em qualquer caso, antes do mesmo prestar a sua primeira declaração perante a autoridade competente.** Como não há nos autos qualquer menção indicando o cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos que o caso demanda, a defesa requer a nulidade da prisão em flagrante’. (...) Em que pese a alegação feita pela defesa, requerendo o relaxamento da prisão em razão da não comunicação da prisão em flagrante do preso à Autoridade Consular, não deve prosperar porque de acordo com o disposto na Portaria 67, de 14 de janeiro, 2017 do Ministério da Justiça, a comunicação feita pela autoridade policial deve ser realizada “sem demora”, não determinando o prazo de comunicação, bem como, a Convenção de Viena, em seu artigo 36, que informa que a comunicação deve ser feita “sem tardar”. (...) **Considerando que o flagranteado possui Nacionalidade [nacionalidade], após distribuição ao cartório de destino: Comunique-se a autoridade consular do País.**” (grifos nossos)*

O entendimento se repete em outro estado, onde os juízes responsáveis entendem que a ausência de notificação do consulado pela autoridade policial não é causa de nulidade do flagrante, sendo cabível a medida em audiência:

“Oficie-se (...) Consulado [país] conforme art. 1º da Resolução 162 do CNJ e a Polícia Federal para que tomem ciência e as devidas providências.”

“Entendo que a não comunicação do Consulado Estrangeiro é mera questão de formalidade e não atinge o mérito do flagrante (...) Oficie-se o Consulado [país] conforme art. 1º da Resolução 162 do CNJ e a Polícia Federal para que tomem ciência e as devidas providências.”

Para fins de operacionalização da garantia, entende-se como interessante maior articulação entre os Tribunais e a polícia judiciária, de modo a facilitar o comprometimento de delegados e delegadas em relação à notificação consular – da mesma forma como cabe a eles a comunicação às famílias e à Defensoria Pública, em todos os casos. Entretanto, quando não ocorrer, apresenta-se como **irregularidade a ser sanada no momento da audiência** (*Etapa zero – Sanar irregularidades do APF*, Manual de Parâmetros Gerais), devendo ser tomadas medidas em juízo para comunicação consular.

5.3. Direito a intérprete

O Código de Processo Penal brasileiro dispõe, em seu art. 193, que, “quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete”, devendo este também ser nomeado para o caso de testemunha estrangeira, conforme o art. 223. No momento do flagrante, essa garantia encontra reflexo no Protocolo II, tópico 2, item III, da Resolução CNJ nº 213/2015. O documento afirma que:

“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)

Apesar de a garantia não ser mencionada em todos os casos relativos a migrantes, alguns pontos relativos à sua aplicação prática merecem destaque. Em um dos casos - apesar de não ser o ideal, devendo ser sempre priorizada a presença do profissional - o intérprete se faz presente por meio de videoconferência:

“Presente, por videoconferência, o intérprete [nome], nomeado neste ato assumindo o compromisso de bem e fielmente, desempenhar as funções de intérprete do idioma espanhol, com fidelidade e sob as penas da lei.” (grifos nossos)

Além disso, o mesmo estado registra em ata o interesse da pessoa custodiada de que, em eventual audiência a ser designada para seu interrogatório, esteja também presente intérprete que se expresse em francês ou crioulo haitiano. A prática, simples, pode constituir medida interessante para assegurar o direito ao longo de todo o trâmite processual:

“PRESENTES: (...) o intérprete dos idiomas francês e crioulo haitiano, Sr. [nome]. (...) A defesa técnica, neste ato, o custodiado declarou que, por enquanto, não possui condições de constituir advogado, desejando que um defensor público atue em sua defesa, bem como que se expresse no idioma

FRANCÊS/CRIOULO HAITIANO, **desejando a presença de intérprete desse idioma em eventual audiência a ser designada para seu interrogatório.**” (grifos nossos)

Por fim, ressalta-se que, na ausência de intérpretes para pessoas custodiadas migrantes, é comum que sejam designados tradutores não oficiais para a audiência - quando presentes pessoas habilitadas:

“Em seguida, a MM^a Juíza foi informada que o indiciado não sabia o idioma português, que sabia o idioma inglês e, **não havendo tradutora oficial no momento da audiência neste núcleo de custódia, a Sra. [nome e dados], após o devido compromisso, foi designada para traduzir todas as perguntas** feitas pela MM^a Juíza, pelo Ministério Público e pela Defesa, conforme registro audiovisual.” (grifos nossos)

A prática, contudo, não pode ser regra. Sobretudo nas varas federais e em estados com alto fluxo de população migrante, deve ser garantida a presença de tradutores oficiais - ainda que, quando necessário, recorra-se a alternativas como a utilização de videoconferência.

6 PESSOAS COM DOENÇAS GRAVES E OUTRAS QUESTÕES DE SAÚDE

A individualização das medidas aplicadas em audiências de custódia deve considerar não apenas a existência ou não de doença grave, mas sim levar em conta outras questões de saúde, que podem se referir, por exemplo, a pessoas idosas:

- i. As dificuldades de acessibilidade dessas pessoas para o cumprimento de possíveis medidas cautelares;
- ii. Sua dependência a outras pessoas para atividades diárias;
- iii. A frequência das visitas a médico e outros tratamentos de saúde, para que as medidas sejam flexibilizadas de maneira condizente com a rotina da pessoa custodiada;
- iv. A existência de acompanhamentos e/ou tratamentos e se toma algum medicamento regularmente.

Todas essas condições devem ser consideradas tanto na aplicação das cautelares quando na possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, especialmente nos termos do art. 318, incisos I e II do CPP, que deve ser medida excepcional. Em determinado caso, por exemplo, o custodiado possuía tumor cerebral e passava por tratamento radioterápico. Apesar disso, a prisão domiciliar decretada só prevê exceções para trabalho e estudos, sem haver menção às suas condições médicas.

No caso abaixo, o raio do monitoramento é previsto em zero, e o juiz determina que seja requisitado aumento para consultas médicas “caso necessário”. Nessas circunstâncias, o mais adequado seria coletar as informações sobre o tratamento médico da pessoa custodiada, para que a decisão de início fosse compatível com sua rotina:

*“Conforme se verifica na fundamentação constante na mídia anexa, a prisão preventiva se faz necessária para a garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Tendo em vista que o autuado faz tratamento para tuberculose e é portador de HIV, deverá cumprir Prisão Domiciliar, nos termos do art. 118, CPP, para dar continuidade ao tratamento e para evitar o risco aos demais detentos. (...) **com monitoramento eletrônico com raio zero e se for necessário, deverá ser pedido ao juízo natural para ser feito o devido tratamento e comparecimento ao fórum quando necessário.**” (grifos nossos)*

Além disso, juízes e juízas devem ter em mente que o sistema de saúde interno ao sistema prisional não comporta e nem é capaz de responder adequadamente às demandas de pessoas com problemas de saúde graves, devendo sempre ser privilegiada a prisão domiciliar à preventiva. Nos casos abaixo, a secretaria de administração penitenciária é acionada após a prisão para que tome as providências cabíveis em relação à saúde de pessoas em privação de liberdade, sendo que, no primeiro caso citado, um dos flagranteados tem leucemia e a outra problemas do coração. A mesma situação se verifica ainda em três outros estados, em que a prisão é vista como possível política de saúde. E, apesar de ser importante que se informe a administração penitenciária sobre o uso de medicação controlada, como em um dos casos citados, deveria ser priorizado o recolhimento domiciliar:

“Determino a [secretaria de administração penitenciária] que preste atendimento médico adequado ao conduzido [nome] que alega ser portador de leucemia, assim como a [nome], que alega ter problemas de coração.”

“DETERMINO QUE A [SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA] PROVIDENCIE ATENDIMENTO MÉDICO ADEQUADO À CUSTODIADA QUE ALEGOU SOFRER DE DIABETES E PRESSÃO ALTA.”

“Comunique-se a [secretaria de administração penitenciária] que o conduzido mencionou ter tuberculose, devendo ser dispensado os cuidados médicos necessários.”

“Oficie-se a casa prisional para que o flagrado seja encaminhado a avaliação médica a fim de verificar a necessidade de tratamento das patologias que mencionou, se for o caso dispensando a medicação necessária para esse tratamento.”

“Determino que o autuado [NOME] seja submetido a atendimento médico na Unidade Prisional onde permanecerá recolhido, tendo em vista que o mesmo declarou possuir problemas de saúde.”

“Oficie-se à Unidade Prisional a que o autuado for encaminhado, comunicando que o autuado informou fazer uso de medicamento controlado.”

“Oficie-se à Unidade Prisional a que o autuado for encaminhado, comunicando que o autuado está com a perna quebrada.”

Ainda, do mesmo modo que discutido nos casos de gravidez e maternidade em relação à juntada de documentos que comprovem a situação, casos que decretam a prisão preventiva enquanto ainda não foram apresentados documentos afastam-se dos objetivos e valores da Resolução CNJ nº 213/2015, devendo ser privilegiada a apresentação dos documentos pertinentes posteriormente, sem que a concessão de prazo implique prisão preventiva até a respectiva juntada, tendo em vista a imediatividade da audiência de custódia - como nos casos de gravidez e maternidade. Na hipótese de não comprovação da condição de saúde alegada, a situação poderia ser posteriormente reavaliada, contrariamente ao ocorrido no caso abaixo:

*“Indefiro, por ora, o pedido de prisão domiciliar, pois, embora relatado problemas de saúde pelo autuado – portador do HIV e recém operado de cirurgia bariátrica – **nada há nos autos a comprovar tais alegações, podendo ser o pedido reanalisado oportunamente, desde que devidamente fundamentados em documentos comprobatórios.**” (grifos nossos)*

Considerando o momento anterior às deliberações em audiência, a autoridade judicial responsável deve cuidar também para que haja fiscalização sobre o estado de saúde da pessoa custodiada na delegacia, principalmente em casos em que é feito uso de medicação. Em determinado caso, a custodiada relata que “É diabética, precisa de remédio, é dependente de insulina, e foi dificultado na Delegacia receber o remédio”.

7 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA

Um caso do material empírico trouxe como custodiada uma pessoa com deficiência auditiva¹²². À ocasião, por falta de intérprete que se comunicasse em libras, foi impossível que fosse ouvido em audiência:

“Inicialmente registro que não foi possível proceder a oitiva do autuado pelo fato de o autuado ser surdo/mudo e por não ter qualquer pessoa presente para fazer as vezes de intérprete.”

Como já mencionado, a Resolução CNJ nº 213/2015 garante, no Protocolo II, tópico 2, item III, “à pessoa surda a assistência de intérprete de LIBRAS, requisito essencial para a plena compreensão dos questionamentos e para a coleta do depoimento”. Nesses casos, para que não seja penalizada a pessoa diante da falta de estrutura do Tribunal, bem como cerceado seu direito de defesa, deve ser sempre privilegiado o relaxamento ou a liberdade provisória sem aplicação de outras cautelares. A oitiva, nessas situações, poderá ser realizada com a designação posterior de audiência, pelo juiz ou juíza competente do caso.

122 Para maiores informações sobre as garantias a pessoas com deficiência, ver a Resolução CNJ nº 230/2016.

8 PESSOAS COM TRANSTORNOS ASSOCIADOS AO USO DE DROGAS

Conforme abordado de maneira mais detalhada pelo Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, a Política Nacional de Álcool e Drogas - PNAD¹²³, buscando enfatizar a importância da integração setorial e da descentralização das ações sobre drogas no país, orienta-se pelo princípio da responsabilidade compartilhada e cooperação entre serviços públicos, iniciativa privada, terceiro setor, cidadãos e cidadãs. Além disso, assume como pressupostos a garantia e o direito de toda pessoa com problemas decorrentes do uso abusivo de álcool e outras drogas de receber tratamento adequado e pautado por medidas de prevenção.

Nas decisões coletadas, questões envolvendo pessoas com transtornos associados ao uso de drogas, especialmente síndrome de dependência, aparece de diversas maneiras. Além de casos de uso de drogas corriqueiramente serem levados a juízo sob acusação de tráfico, é possível notar atravessamentos entre o uso de drogas e outras acusações - como furto, roubo ou violência doméstica. Não se trata, aqui, de estabelecer correlações entre o uso de drogas e a potencial prática de delitos, mas sim de fornecer ferramentas para um olhar mais atento às diversas nuances e complexidades da questão.

Conforme trabalhado pelo Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, ao invés de aumentar estigmas sobre pessoas que usam drogas, que muitas vezes são pessoas inseridas em situações de extrema vulnerabilidade, deve-se procurar construir, no âmbito das audiências de custódia, uma atuação articulada com a rede de proteção social, buscando efetivas soluções de cuidado. Assim, o momento de contato com o sistema de justiça deve representar possibilidade de acesso a políticas de inclusão social, geração de renda e trabalho, sempre respeitando a autonomia desses sujeitos.

Uma das principais questões que emerge do corpo de decisões analisadas é a imposição de medida de internação para tratamento da síndrome de dependência de substâncias psicoativas como medida cautelar atípica. No caso abaixo, o uso de drogas aparece no relato sobre os fatos, e, em audiência, a pessoa custodiada declara interesse em realizar tratamento:

"(...) a vítima abriu a casa para a guarnição ter acesso, que dentro da casa no segundo andar foram encontradas duas pessoas em um quarto, ocasião que foi dado voz de prisão para ambos, que resistiram à prisão, que diziam estar usando pedra de crack. (...) Quanto à necessidade, sobres-

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

sai 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.”

Entretanto, sua internação é decretada como parte do conjunto de medidas cautelares aplicadas. Logo após elencar diversas das medidas típicas do art. 319, a autoridade judicial impõe “internação em comunidade terapêutica para o tratamento contra a drogadição”. Além de violar o princípio da legalidade estrita quanto ao rol das medidas cautelares, já asseverado pelo STF conforme mencionado anteriormente, a imposição feita desse modo vai contra o princípio da voluntariedade e autonomia na submissão a tratamentos do tipo, devendo ser adotado modelo de encaminhamento sem natureza cautelar.

Os casos a seguir, com abordagens diversas, exemplificam boas práticas nesse sentido. O primeiro excerto demonstra articulação do juiz com a equipe do Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada, respeitando sua avaliação técnica sobre as necessidades do custodiado. Além disso, registra tanto outras vulnerabilidades que podem necessitar de encaminhamento (no caso da moradia) quanto a voluntariedade da internação, caso seja recomendada. No segundo caso, a decisão faz encaminhamento a projeto de prevenção pautado pela voluntariedade e confidencialidade, e registra o fato de o autuado ter sido cuidadosamente informado dos detalhes do programa. Ressalta-se, assim, a importância da informação qualificada, possibilitando o cumprimento da medida:

“Determino que o autuado seja levado à Unidade da Coordenadoria Psicossocial Judiciária deste [juízo] para avaliação e, caso esta unidade entenda necessário, determino, desde já, a frequência em instituição relacionada ao combate da violência doméstica e familiar e uso/abuso de drogas (crack). O autuado informou ter interesse na internação e informou não ter para onde ir.”

“(…) considerando que fica evidente dos fatos apontados nos autos que o autuado é dependente químico, o qual reincide na prática delitiva em razão do uso abusivo de substância entorpecente denominada crack, conforme se extrai da própria confissão deste perante a Autoridade Policial e também do depoimento da vítima, bem como não restou demonstrado se houve de fato utilização de arma de fogo na prática delitiva ou simulacro de arma de fogo. (...) Ainda, procedo à inclusão do autuado no Projeto [nome de projeto de prevenção ao uso e abuso de drogas], mantido pelo [departamento] Criminal deste Foro Central, medida de justiça restaurativa submetida aos princípios da voluntariedade e confidencialidade (Res. 225/2016 do CNJ), tendo sido o autuado alertado da data, horário e local de comparecimento para o primeiro atendimento, conforme termo de compromisso que lhe foi entregue neste ato (...)”

Ainda de acordo com a política nacional sobre o tema, tem-se como diretrizes e princípios as ações de cuidado à redução de danos à saúde e à vida, e não a modificação de comportamento isolado. Isto é, a pessoa deve ser enxergada em seu contexto social, e não somente em relação ao uso de

drogas. Duas diferentes posturas em relação a essa perspectiva podem ser observadas nas decisões abaixo. A primeira constrói uma visão estigmatizada sobre a custodiada, relacionando o comportamento delitivo exclusivamente ao uso de drogas, e a atuação da equipe multidisciplinar é considerada apenas na medida em que faz cessar a síndrome de dependência (o que, na visão da autoridade judicial, resolveria o problema colocado):

“Diante do diagnóstico supramencionado e do fato criminoso, tendo em vista que a custodiada não representa uma grande ameaça aos direitos da sociedade, e o que foi cometido não apresentou uma periculosidade elevada, não apresenta uma necessidade na prisão da flagranteada, e sim para que cesse o animus criminoso é prudente para que seja levada para o tratamento químico e também seja sanada a necessidade de drogadição que leva a pessoa a ter comportamentos ilícitos e impulsivos destinados a usar drogas. Assim, o quadro delineado demonstra que a flagranteada deve ser acompanhada por equipe multidisciplinar com capacidade de reorientar seus interesses e fomentar sua disposição para as ações corretas em sociedade para que seja afastada a possibilidade de reiteração criminosa.”

Em contraposição, pode ser citado trecho de decisão que compreende a pessoa custodiada a partir de um conjunto de vulnerabilidades que a atravessa (em situação de rua, portador de HIV, usuário de crack), e aciona o setor psicossocial por compreender que o direito penal é medida extrema e incapaz de trabalhar de maneira positiva e voltada à inserção social do autuado:

*“Nada obstante isso, me parece que **o caso envolve pessoa em situação crítica de vulnerabilidade social (morador de rua, portador de HIV, usuário de crack) e que demanda intervenção social, por meio de encaminhamento ao setor psicossocial, e não a intervenção drástica e muitas vezes estigmatizadora do direito penal.**” (grifos nossos)*

Ou seja, a redução de riscos e danos sociais e à saúde, enquanto princípio geral do cuidado, deve ser enfatizada por ações voltadas para o atendimento à pessoa - e não a um comportamento específico.

9 INDÍGENAS

Apesar de não haver no banco de dados decisões relacionadas a pessoas custodiadas indígenas, algumas considerações, tomando por base o Manual de Proteção Social na Audiência de Custódia: Parâmetros para o Serviço de Atendimento à Pessoa Custodiada e a legislação específica, merecem ser feitas. De maneira geral, os documentos normativos e políticas públicas nacionais apagam a pluralidade cultural e linguística das diferentes etnias indígenas brasileiras. Contudo, em 2019, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 287/2019, que estabelece “procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes

para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário”. No âmbito das audiências de custódia, podem ser destacados os seguintes pontos da referida Resolução:

- a. O reconhecimento da pessoa como indígena se dá por meio da autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal ou na audiência de custódia. Além disso, a possibilidade de autodeclaração e os direitos dela decorrentes, diante de indícios ou informações de que a pessoa seja indígena, deve ser mencionada pelo juiz ou juíza responsável (art. 3º, caput, e § 1º)
- b. A autoridade judicial deverá indagar acerca da etnia, da língua falada e do grau de conhecimento da língua portuguesa (art. 3º, § 2º)
- c. As informações sobre sua etnia, língua falada, etc., deverão constar em todos os atos do processo, especialmente ata de audiência de custódia, em consonância com o art. 7º da Resolução CNJ nº 213/2015 (art. 4º)
- d. A autoridade judicial deverá 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, caso a língua falada não seja a portuguesa (art. 5º, inciso I)
- e. Sempre que possível, poderá ser realizada perícia antropológica, por requisição de ofício ou das partes, a fim de fornecer subsídios para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa acusada (art. 6º)
- f. A imposição de qualquer medida cautelar alternativa à prisão, a autoridade judicial deverá adaptá-la às condições e aos prazos que sejam compatíveis com os costumes, local de residência e tradições da pessoa indígena (art. 8º)

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

REFERÊNCIAS



- ALMEIDA, MARIA CLARA D'ÁVILA; FELIPPE, MARIANA BOUJIKIAN; SOUZA, RAISSA CARLA BELINTANI DE; CANHEO, Roberta Olivato. *MulhereSemPrisão. Enfrentando a (in)visibilidade das mulheres submetidas à justiça criminal*. São Paulo: 2019. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2019/05/mulheresemprisao-enfrentando-invisibilidade-mulheres-submetidas-a-justica-criminal.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.
- BASTOS, Francisco Inácio Pinkusfeld Monteiro et al (org). *III Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas Pela População Brasileira*. Rio de Janeiro: [s. n.], 2017. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34614>. Acesso em 05 dez. 2019.
- BASTOS, Paulo Roberto da Silva. *Criminalidade feminina: Estudo do perfil da população carcerária feminina da Penitenciária Professor Ariosvaldo de Campos Pires - Juiz de Fora (MG)/2009*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 81, 01/10/2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8444. Acesso em 6 dez. 2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- 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.
- BRAGA, ANA GABRIELA MENDES; ANGOTTI, Bruna. *Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro*. *SUR* 22, v.12, n. 22, p. 229–239. Disponível em: https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2015/12/16_SUR-22_PORTUGUES_ANA-GABRIELA-MENDES-BRAGA_BRUNA-ANGOTTI.pdf
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. *Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres - 2ª edição*. Organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. *Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*, 2017. p. 87. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

BRASIL. Nota Técnica conjunta sobre Diretrizes, Fluxo e Fluxograma para a atenção integral às mulheres e adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de álcool e/ou crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos. Brasília: [s. n.], 2016. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/bolsa_familia/nota_tecnica/nt_conjunta_01_MDS_msaude.pdf. Acesso em 09 jul. 2020.

BRISCOE, IVAN; PERDOMO, CATALINA; BURCHER, Catalina Uribe. Illicit Networks and Politics in Latin America. International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA), Netherlands Institute for Multiparty Democracy (NIMD), Netherlands Institute of International Relations (Clingendael), 2014. E-book. Disponível em: <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/illicit-networks-and-politics-in-latin-america.pdf>

CAMARGO, Rodrigo Tellini de Aguirre. Audiência de Custódia e medidas cautelares pessoais. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2019.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela Metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Tese (doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia - Universidade de São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-31072015-151308/publico/2015_MarceloDaSilveiraCampos_VOrig.pdf

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ atua para enfrentar Covid-19 na entrada do sistema carcerário. Notícias CNJ / Agência CNJ de Notícias, Brasília, 6 maio 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-atua-para-enfrentar-covid-19-na-entrada-do-sistema-carcerario/>

CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA DE SÃO PAULO. Nota técnica sobre o exercício da maternidade por mães que fazem uso de crack e outras drogas. São Paulo: [s. n.], 2016. Disponível em: [https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/Nota%20t%C3%A9cnica%20sobre%20o%20exerc%C3%ADcio%20da%20maternidade%20por%20m%C3%A3es%20que%20fazem%20uso%20de%20crack%20-%20CRPSP%20-%20Ago16%20\(1\).pdf](https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/Nota%20t%C3%A9cnica%20sobre%20o%20exerc%C3%ADcio%20da%20maternidade%20por%20m%C3%A3es%20que%20fazem%20uso%20de%20crack%20-%20CRPSP%20-%20Ago16%20(1).pdf)

CUNHA, Rogério Sanches. Direito penal: parte especial. 3ª Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Luísa Moraes Abreu. Penas iguais para crimes iguais? um estudo da individualização da pena a partir de casos de roubo julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. doi:10.11606/D.2.2014.tde-09122014-074604. Acesso em 12 jun. 2020.

- FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. A aplicação dogmática do princípio da insignificância no crime de roubo. Boletim IBCCrim, ano 18, nº 217, dez. 2010.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa - Direitos e Garantias Fundamentais: Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/10/FBSP_Direitos_Garantias_Fundamentais_CNJ_2018.pdf
- GOMES, Janaína Dantas Germano (Coord.). Primeira infância e maternidade nas ruas da cidade de São Paulo: relatório de pesquisa. São Paulo: Lampião Conteúdo e Conhecimento, 2017. p. 115. Disponível em: <https://institutogerar.com.br/wp-content/uploads/2018/04/Primeira-INFANCIA-e-Maternidade-nas-ruas-de-SP-CDH-LG.pdf>. Acesso em 6 dez. 2019.
- INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. Diagnóstico da aplicação do Marco Legal da Primeira Infância para o desencarceramento de mulheres. São Paulo: ITTC, 2019. E-book. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2019/10/maternidadesemprisao-diagnostico-aplicacao-marco-legal.pdf>. Acesso em 10 nov. 2019.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. "O que está no mundo não está nos autos": a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Departamento de Sociologia. São Paulo, 2016.
- JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. Manual de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2013
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MACHADO, Maíra Rocha et al. 2019. Prender a Qualquer Custo: O Tráfico De Drogas e a Pena De Prisão na Fundamentação Judicial Brasileira. Journal of Illicit Economies and Development, 1(2), 2019, pp. 109-120. Disponível em: <https://jied.lse.ac.uk/articles/10.31389/jied.37/galley/87/download/>. Acesso em 6 dez. 2019.
- MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta. SISPENAS: Sistema de Consulta sobre Crimes, Penas e Alternativas à Prisão. In: Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p. 01-26, abr./maio, 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/235>. Acesso em 06 dez. 2019.

- MASSON, Cleber. Direito Penal: parte especial. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.
- MINISTÉRIO DA CIDADANIA - SECRETARIA ESPECIAL DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. Centro de Referência Especializado para Pessoas em Situação de Rua - Centro POP. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social, Brasília, 16 jul. 2015. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/centro-pop>
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Audiências de custódia e prevenção à tortura: análise das práticas institucionais e recomendações de aprimoramento. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília: [s. n.], 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/audienciasdecustodiaeprevencaoatorturaanalisedaspraticasinstitucionaise-recomendacoesdeaprimoramento1correto.pdf>.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária. Brasília: [s. n.], 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf
- MORSELLI, Carlo. Inside Criminal Networks. New York: Springer, 2009.
- PAOLI, L., VANDER BECKEN, T.. Organized Crime: A Contested Concept. In PAOLI, L. (Ed.), The Oxford Handbook of Organized Crime (13-31). Oxford University Press, 2014.
- 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/modelodegestoparaamonitoraoeletri-nicadepessoas.pdf>
- QUEIROZ, Paulo. Direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006.
- REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL. 15 Razões para Acabar com a Revista Vexatória, 2013. Disponível em: http://br62.teste.website/~redejust/wp-content/uploads/2013/12/13.12-15razoes_abolir_RV.pdf. Acesso em 9 jul. 2020.
- REDE GAYLATINO; ALIANÇA NACIONAL LGBTI. Manual de Comunicação LGBTI+. Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros da Universidade Federal do Paraná; SOMOSGAY, [s. d.]. E-book. Disponível em: <https://unaid.org.br/wp-content/uploads/2018/05/manual-comunicacao-LGBTI.pdf>

- SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca dos. A aplicação do princípio da insignificância ao roubo. Boletim IBCCrim, ano 18, nº 218, jan. 2011.
- SENADO FEDERAL. Resolução do Senado Federal nº 5, de 15/02/2012. DOU de 16/02/2012. Brasília: 2012. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/593026>
- TAVARES, Juarez. Fundamentos de Teoria do Delito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tirant Brasil, 2020.
- VELLUDO, Alamiro. Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014, p. 208.
- VERGARA, Juan Carlos Garzón. A Diáspora Criminal: O alastramento transnacional do crime organizado e as medidas para conter sua expansão. E-book. Disponível em: https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2013/11/NE_11_Diaspora-Criminal.pdf
- VERGARA, Juan Carlos Garzón. Mafia & Co.: The Criminal Networks in Mexico, Brazil, and Colombia. Washington, D.C: Woodrow Wilson International Center for Scholars Latin American Program, 2012. E-book. Disponível em: https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/mafiaandcompany_reducedsize.pdf
- VERGARA, Juan Carlos Garzón. The Rebellion of Criminal Networks: Organized Crime in Latin America and the Dynamics of Change. Washington, D.C: Woodrow Wilson International Center for Scholars. E-book. Disponível em: https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/publication/Garzon.Rebellion.ENG_.pdf
- ZAFFARONI, E. R. Crime Organizado: uma categoria frustrada. Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade. Ano 1, n. 1, 1996. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia.

Atos Normativos Federais

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- BRASIL. Decreto nº 9.761, de 11 de abril de 2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. DOU de 11.04.2019. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm

- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, DOU de 31.12.1940. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm
- 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 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. DOU de 21.8.1980, retificado em 22.8.1980 e republicado em 22.8.1981. Brasília: 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm
- BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. DOU de 13.7.1984. Brasília: 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.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 de 16.7.1990, retificado em 27.9.1990. Brasília: 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm
- BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. DOU de 27.9.1995. Brasília: 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU de 11.1.2002. Brasília: 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.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 24.8.2006. Brasília: 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm
- BRASIL. Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). DOU de 9.3.2016. Brasília: 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm

- BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. DOU de 25.5.2017. Brasília: 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm
- BRASIL. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos). DOU de 20.12.2018. Brasília: 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13769.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 27.9.2019 - Edição extra - A. Brasília: 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.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
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 162/2012, de 13 de novembro de 2012. Dispõe sobre a comunicação de prisão estrangeiro à missão diplomática de seu respectivo Estado de origem. DJE/CNJ no 209/2012, de 14/11/2012, p. 2-3. Brasília: 2012. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1631>
- 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>
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 252/2018, de 04 de setembro de 2018. Estabelece princípios e diretrizes para o acompanhamento das mulheres mães e gestantes privadas de liberdade e dá outras providências. DJE/CNJ no 167/2018, de 05/09/2018, p. 50-54. Brasília: 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2667>
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 270/2018, de 11 de dezembro de 2018. Dispõe sobre o uso do nome social pelas pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, membros, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados dos tribunais brasileiros. DJe/CNJ no 240/2018, em 12/12/2018, p. 10-12. Brasília: 2018. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2779>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 306/2019, de 13 de dezembro de 2019. Estabelece diretrizes e parâmetros para a emissão de documentação civil e para a identificação civil biométrica das pessoas privadas de liberdade. Brasília: 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3146>

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ nº 287/2019, de 25 de junho de 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, de 2/7/2019, p. 2-3. Brasília: 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA (CNP/CP); CONSELHO NACIONAL DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO (CNCD/LGBT). Resolução Conjunta nº 1/2014, de 15 de abril de 2014. DOU de 17/04/2014 (nº 74, Seção 1, pág. 1). Brasília: 2014. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. Resolução nº 02/2017, de 8 de agosto de 2017. Dispõe sobre o encaminhamento de cópia de auto de prisão em flagrante delito de mulheres grávidas, lactantes e com filhos até 12 anos incompletos ou deficientes para o Centro de Referência em Assistência Social ou entidade equivalente. DOU de 18/08/2017 (edição 159, seção 1, página 34). Brasília: 2017. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/19245088/do1-2017-08-18-resolucao-n-2-de-8-de-agosto-de-2017-19244990

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL; CONSELHO NACIONAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. Resolução Conjunta nº 1/2018, de 21 de setembro de 2018. Estabelece parâmetros para a qualificação do atendimento socioassistencial da população LGBT no Sistema Único da Assistência Social - SUAS. DOU de 24/09/2018 (Edição 184, seção 1, página 89). Brasília: 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/41965371/do1-2018-09-24-resolucao-conjunta-n-1-de-21-de-setembro-de-2018-41965115

Atos Normativos Estaduais

ESTADO DO CEARÁ. Portaria nº 723/2014. Normatiza e disciplina o procedimento de revista a ser adotado para visitantes, internos, servidores e autoridades que ingressem nas unidades prisionais do estado do Ceará, submetidos à administração da Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado do Ceará. Fortaleza: Secretaria da Justiça e Cidadania, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/75309117/doece-caderno-1-21-08-2014-pg-36>

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Portaria 1578-S/2012, de 27 de novembro de 2012. Estabelece diretrizes e procedimentos para a realização de revista em visitantes para acesso às Unidades Prisionais. Vitória: Secretaria de Estado de Justiça, 2012. Disponível em: https://sejus.es.gov.br/Media/sejus/Legisla%C3%A7%C3%A3o/Portarias/Portaria%20n.%201578_Diretrizes%20e%20Procedimentos%20sobre%20Revista%20em%20Visitantes.pdf

ESTADO DE GOIÁS. Portaria 435/2012. Goiânia: Agência Goiana do Sistema de Execução Penal, 2012. Disponível em: https://www.mpggo.mp.br/porta1web/hp/41/docs/portaria_435-2012_-_agsep.pdf

ESTADO DE MATO GROSSO. Dispõe sobre a regulamentação do rito procedimental de revista, dos visitantes de recuperandos, no âmbito do Sistema Penitenciário do Estado de Mato Grosso e dá outras providências. Cuiabá: SEJUDH, 2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/73254164/doemt-18-07-2014-pg-35>

ESTADO DE MINAS GERAIS. Lei nº 12.492/1997, de 16 de abril de 1997. Dispõe sobre o sistema de revista nos estabelecimentos prisionais do estado e dá outras providências. (MINAS GERAIS DIÁRIO DO EXECUTIVO - 17/04/1997 PÁG. 1 COL. 2 MICROFILME 551). Belo Horizonte: 1997. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=Lei&num=12492&comp=&ano=1997>

ESTADO DA PARAÍBA. Lei Estadual 6.081/2000, de 18 de abril de 2000. Dispõe sobre o sistema de revistas nos estabelecimentos penais do Estado da Paraíba e dá outras providências. João Pessoa: 2000. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/05/LEI-ESTADUAL-SISTEMA-DE-REVISTA-NA-PARAIBA.pdf>

ESTADO DE PERNAMBUCO. Portaria nº 258/2014, de 16 de dezembro de 2014. Recife: Secretaria Estadual de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos, 2014. Disponível em: <https://www.mppe.mp.br/mppe/attachments/article/3536/Portaria%20SESDH%20n%C2%B0%20258,%20de%2015%20de%20dezembro%20de%202014.pdf>

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Lei nº 7010, de 25 de maio de 2015. Dispõe sobre o sistema de revista de visitantes nos estabelecimentos prisionais do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/191596255/lei-7010-15-rio-de-janeiro-rj>

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Lei nº 7011/2015, de 25 de maio de 2015. Dispõe sobre o sistema de revista de visitantes nos estabelecimentos de atendimento ao cumprimento de medidas socioeducativas privativas de liberdade do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/191612039/lei-7011-15-rio-de-janeiro-rj>

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Portaria 12/2008, de 29 de maio de 2008. Aprova o Regulamento Geral para Ingresso de Visitas e Materiais em Estabelecimentos Prisionais da Superintendência dos Serviços Penitenciários. Porto Alegre: Superintendência dos Serviços Penitenciários, Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/upload/1318596483_Regulamento_Vista_Atual.pdf

ESTADO DE SÃO PAULO. Lei nº 15.552/14, de 12 de agosto de 2014. Proíbe a revista íntima dos visitantes nos estabelecimentos prisionais e dá outras providências. São Paulo: 2014. Disponível em: <https://governo-sp.jusbrasil.com.br/legislacao/133410963/lei-15552-14-sao-paulo-sp>

Tratados, Normativas e Relatórios Internacionais

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. XY vs. Argentina. 1996. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/96port/Caso11506.htm>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. RESOLUCIÓN 1/08. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/RESOLUCION%201-08%20ESP%20FINAL.pdf>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok). Nova Iorque, 2010. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Tradução-não-oficial-das-Regras-de-Bangkok-em-11-04-2012.pdf>

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. 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. 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 DAS NAÇÕES UNIDAS. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela). Nova Iorque: [s. n.], 2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf

PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO. PAINEL INTERNACIONAL DE ESPECIALISTAS EM; HUMANOS, LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS; GÊNERO, ORIENTAÇÃO SEXUAL E. IDENTIDADE DE. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero (Princípios de Yogyakarta). Yogyakarta, novembro de 2006.

Jurisprudência Internacional

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. 2006. p. 191. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

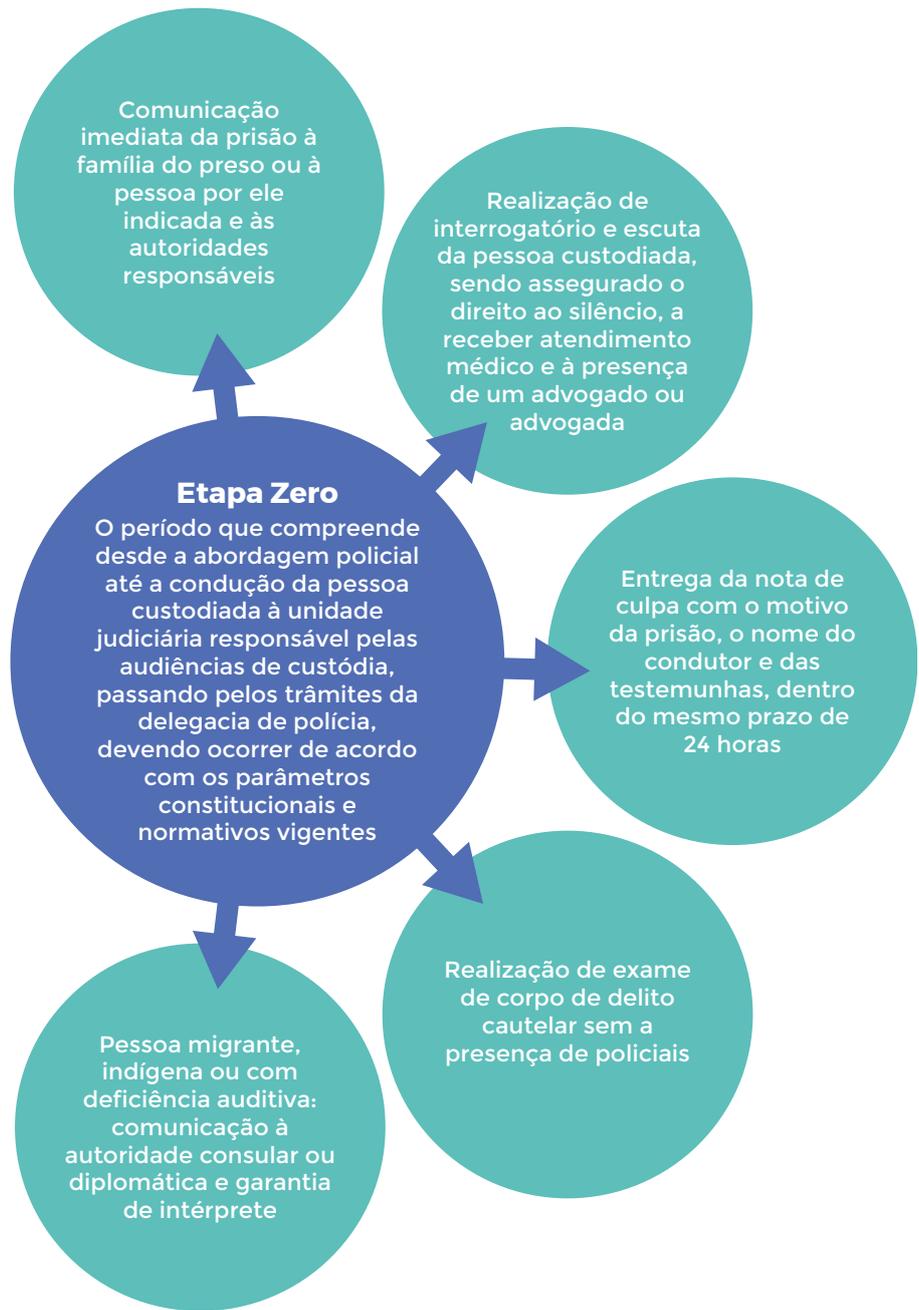
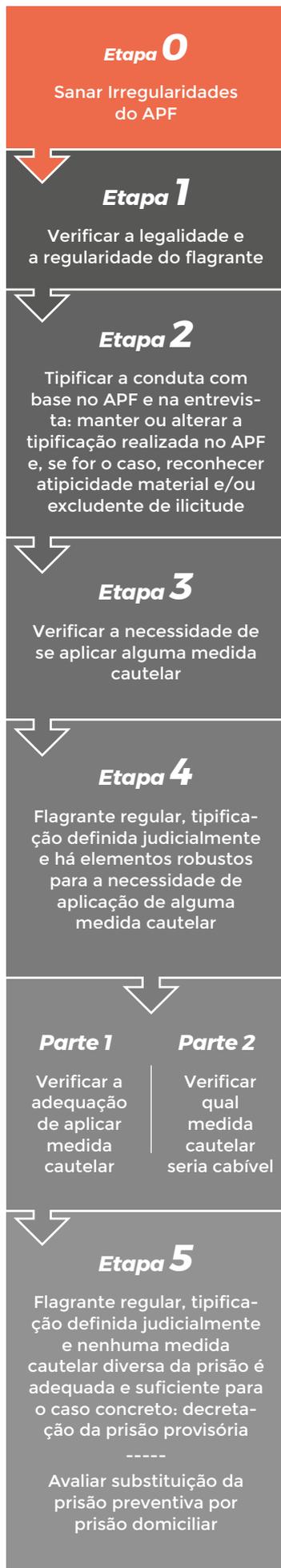
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Medidas Provisórias a Respeito do Brasil. Assunto do Complexo Penitenciário de Curado. 2014. p. 14. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/curado_se_01_por.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Lorse And Others v. the Netherlands. 2003. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-60916&filena-me=001-60916.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

ANEXO



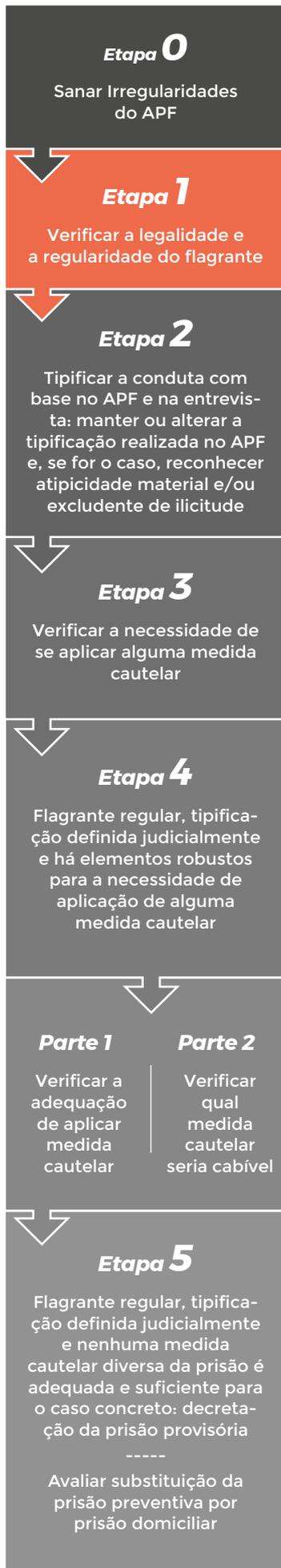


Referências

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

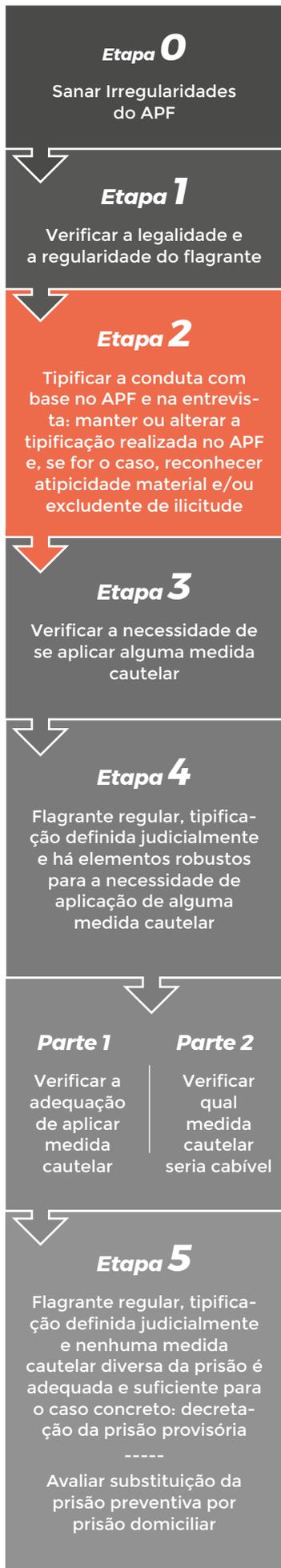
Etapa seguinte

Relaxamento do flagrante

NÃO PARA QUALQUER DAS PERGUNTAS

NÃO PARA TODOS OS CASOS

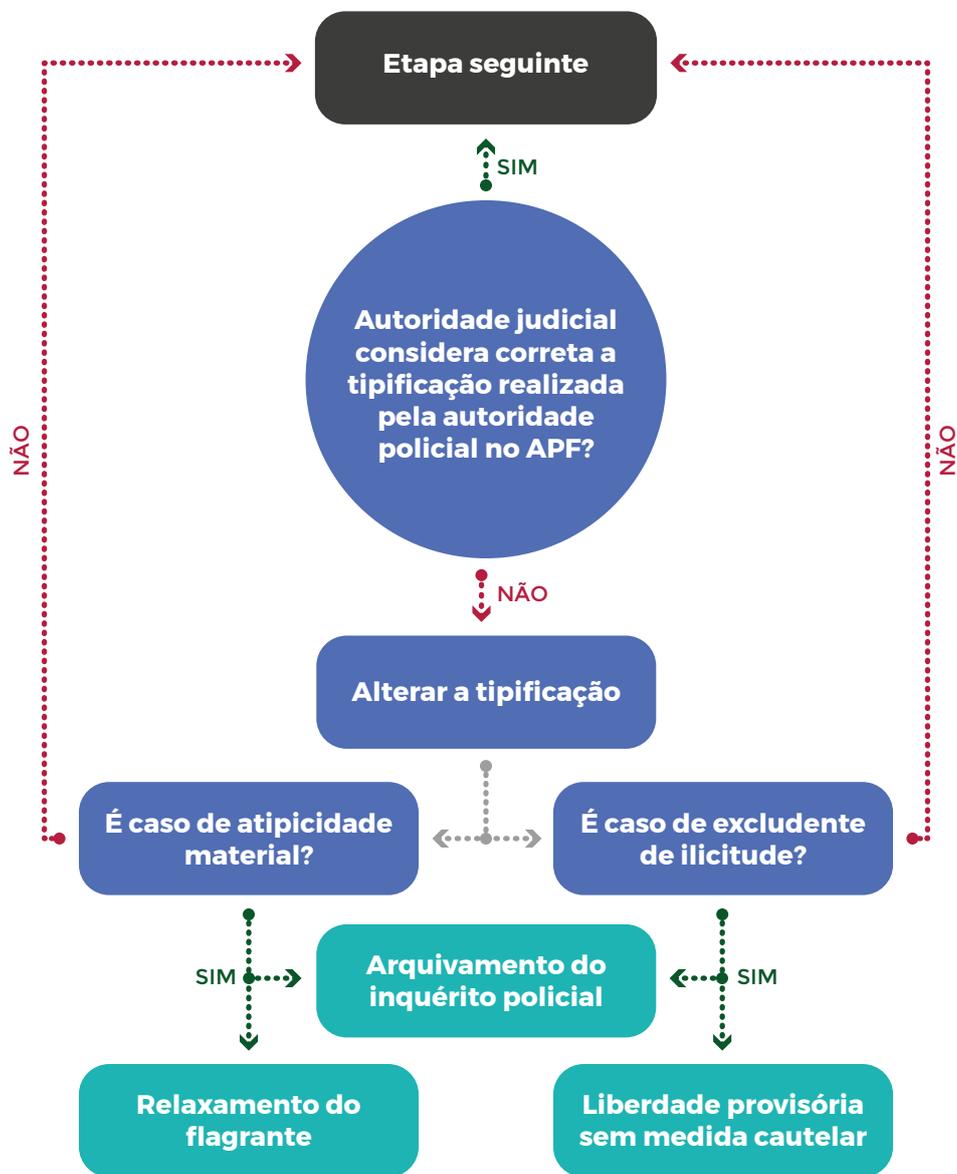
SIM PARA TODAS AS TRÊS PERGUNTAS



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

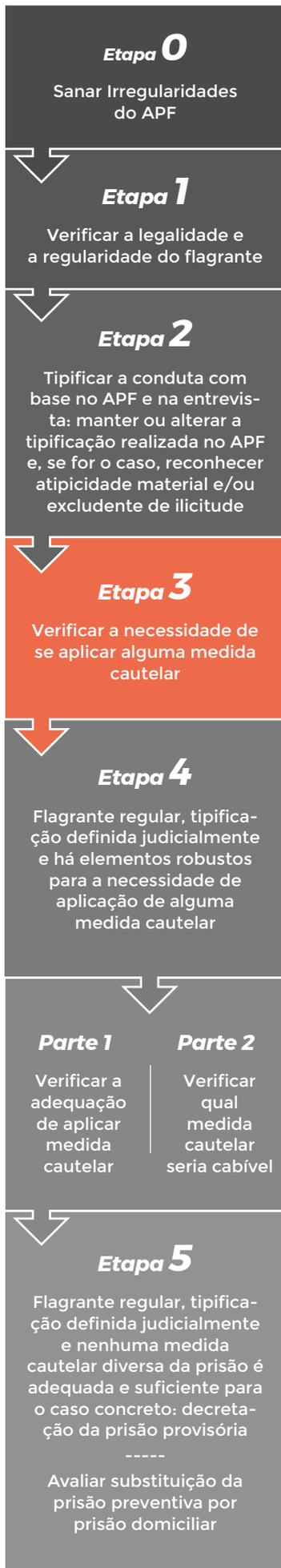
Requisito:

- 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?

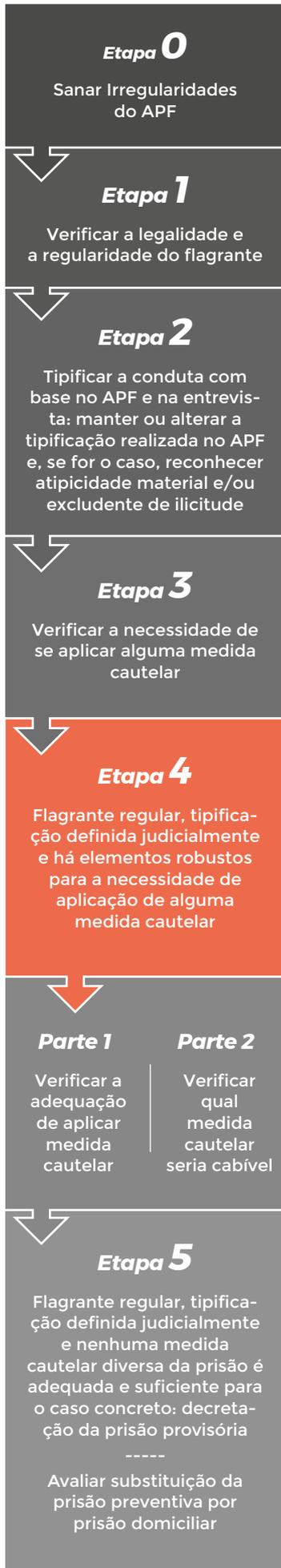
- (i) Há elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá frustrar aplicação da lei penal?
- (ii) Há elementos concretos que indiquem que a pessoa custodiada irá impedir/comprometer a investigação ou instrução criminal?

SIM PARA ALGUM DOS ITENS

NÃO PARA AMBOS OS ITENS

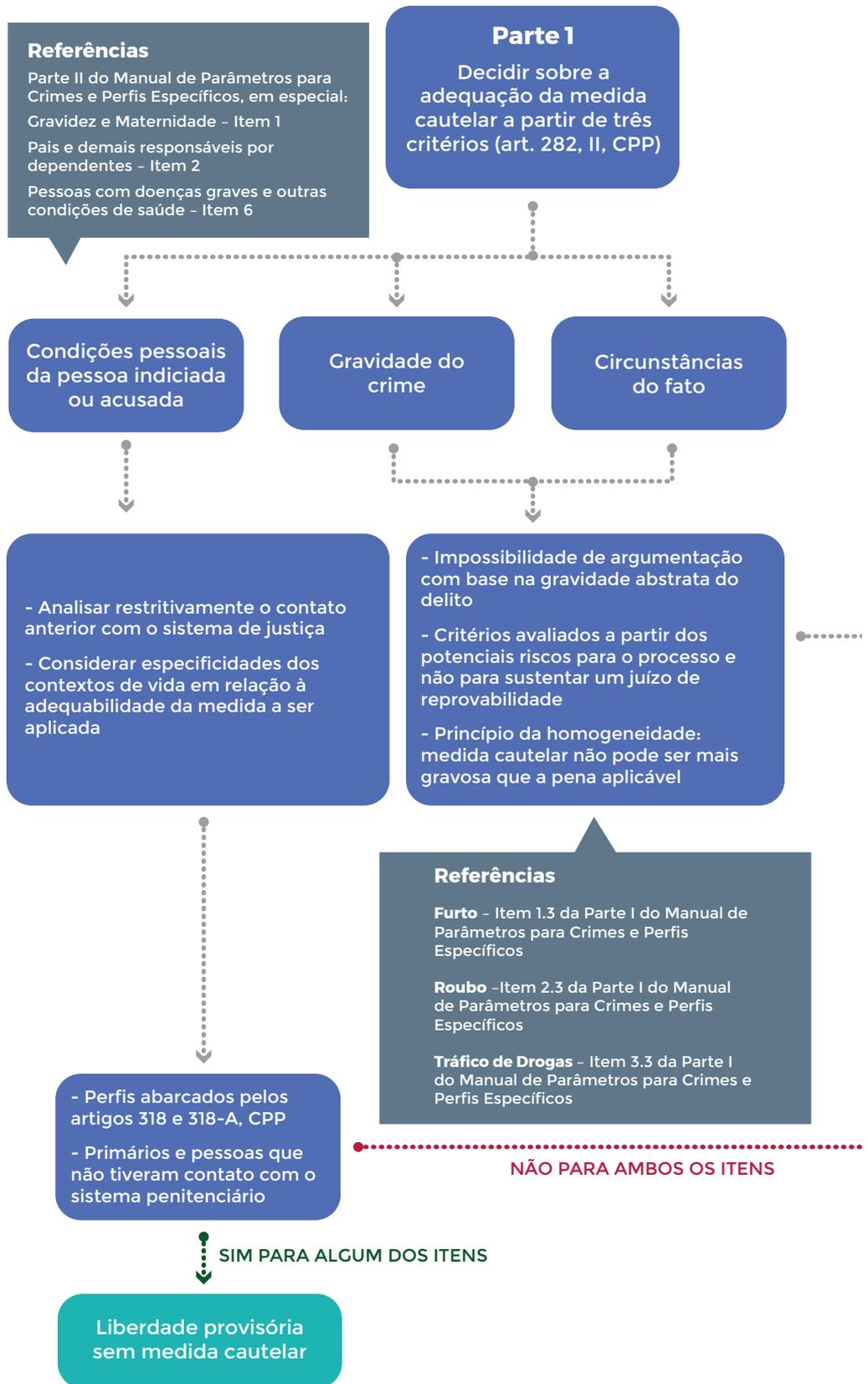
Etapa seguinte

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

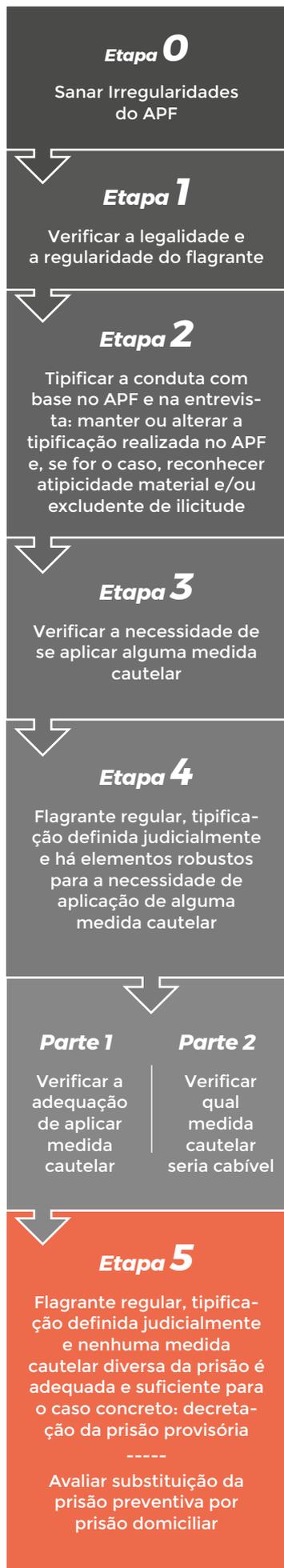
Etapa 5

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 para 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