

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ÉRIKA VANESSA ARAÚJO SOUZA

ANÁLISE DE FUNDAMENTAÇÕES JUDICIAIS EM SEDE

DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM SALVADOR/BA

SOB A LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

Salvador, Bahia

2018

ÉRIKA VANESSA ARAÚJO SOUZA

**ANÁLISE DE FUNDAMENTAÇÕES JUDICIAIS EM SEDE
DE AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM SALVADOR/BA: SOB A
LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA DA PENA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Elmir Duclerc.

Salvador/BA

2018

ÉRIKA VANESSA ARAÚJO SOUZA

**ANÁLISE DE FUNDAMENTAÇÕES JUDICIAIS EM SEDE DE AUDIÊNCIAS
DE CUSTÓDIA EM SALVADOR/BA: SOB A LUZ DA TEORIA AGNÓSTICA DA
PENA**

Monografia apresentada à Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Salvador, 21 de fevereiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho Junior
(Orientador – Universidade Federal da Bahia)

Prof. Ms. Thaize de Carvalho Correia
(Examinador – Universidade Federal da Bahia)

Prof. Dr. Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro
(Examinador – Universidade Federal da Bahia)

A Pedro Gabriel Araújo Brito – Peú.

RESUMO

O presente trabalho visa à análise empírica de dados coletados junto ao Tribunal da Justiça do Estado da Bahia para formação de um panorama real da realização das audiências de custódia na cidade de Salvador – Bahia, para compreender se os requisitos normatizados na Resolução 213/2015 do CNJ, bem como os objetivos delineados nas convenções internacionais, estão sendo alcançados, principalmente no que tange à efetivação da função social do instrumento, não se furtando, também, ao exame de alguns aspectos teórico-dogmáticos pertinentes sobre o instituto, como seus fundamentos jurídicos e a discussão doutrinária acerca da sua obrigatoriedade.

Palavras-chave: Audiência de custódia; fundamentação judicial; encarceramento; processo penal; teoria agnóstica da pena.

ABSTRACT

This paper aims at the empirical analysis of data collected at the Court of Justice of the State of Bahia, aiming the formation of a real panorama of the realization of the custody hearing of Salvador - Bahia, to verify if the normative requirements in Resolution 213/2015 of the CNJ, as well as the objectives outlined in the international conventions, are being achieved, mostly about the effectiveness of the social function of the instrument; doesn't avoided examining some relevant dogmatic aspects of the institute, as its legal foundations and doctrinal discussion about its obligatoriness.

Keywords: Custody hearing; judicial grounds; incarceration; criminal proceedings; agnostic theory of penalty

PROPOSTA DE SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	9
1.1 Contextualização histórica	9
1.2 Disciplina normativa	11
1.3 Conceito	14
2. TEORIA AGNÓSTICA DA PENA	17
2.1 – Crítica ao modelo punitivo de resolução de conflitos	17
2.2 – Análise das finalidades do direito penal e do instituto da pena	19
2.3 – O garantismo penal de Ferrajoli	20
2.4 – Uma proposta de teoria agnóstica da pena	23
3. RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA	26
3.1 Percurso Metodológico	26
3.2 Categorias elencadas para análise da pesquisa	28
3.2.1 Abuso Policial	29
3.2.2 Resultados das Audiências quanto às Decisões de Prisão Preventiva e Medidas Cautelares	32
3.2.3 Fundamentação Acerca da Legalidade/Illegalidade da Prisão em Flagrante ..	39
3.2.4 Tráfico x Uso	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

Partindo do contexto atual de encarceramento em massa, a concepção do instituto da audiência de custódia é, sem dúvida, um importante avanço no sistema penal brasileiro, mormente no que tange ao controle de eventuais arbitrariedades cometidas no âmbito da prisão em flagrante.

Dito isso, seguindo a linha de parte da doutrina nacional, entendemos que, ainda que a realização de audiências de custódia seja, de fato, um progresso no preocupante quadro de superlotação carcerária no Brasil, é cediço que esta não deve ser apenas uma iniciativa isolada.

Nesse sentido, convém mencionar que a implementação do instituto foi resultado de muita luta de diversos setores e instituições de justiça para que as obrigações já assumidas pelo Brasil com a ratificação de diversos tratados internacionais (Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto São José da Costa Rica) fossem, finalmente, cumpridas.

O presente trabalho, portanto, possui como objeto, a análise empírica de dados coletados junto ao Tribunal da Justiça do Estado da Bahia, através de convênio realizado entre o Tribunal e o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP), não se furtando, também, ao exame de alguns aspectos teórico-dogmáticos pertinentes sobre o instituto, como seus fundamentos jurídicos, quais sejam, as normas internacionais ratificadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, e a própria regulação advinda do Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 213/2015 do CNJ).

A pesquisa empírica, no caso concreto, teve como foco compreender se os requisitos normatizados na Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, bem como os objetivos delineados nas mencionadas convenções internacionais, estavam sendo alcançados no município de Salvador/BA, principalmente no que tange à efetivação da função social do instrumento.

Nesta análise, então, foi utilizada a metodologia pesquisa empírica qualitativa

documental, utilizando de uma base de dados coletada em uma fase anterior do convênio mencionado (3129 decisões prolatadas em audiências de custódia em Salvador no ano de 2016), a qual, apesar de não configurar exatamente a quantidade total de audiências de custódia realizadas no ano de 2016, configurou uma base de dados extremamente confiável para auferir conclusões acerca do real funcionamento do instituto.

Nesse sentido, para viabilizar a análise qualitativa, entendemos por pertinente a realização de dois recortes: o primeiro, temporal, com o fito de abranger decisões relativas a todo o ano de 2016, elegemos, portanto, os meses de janeiro, junho e dezembro; em seguida, o de tipificação penal, foram escolhidos os crimes de maior incidência nas audiências de custódia, quais sejam, furto, roubo e/ou tráfico de drogas, em qualquer de suas modalidades, uma vez que tais crimes figuram mais de 70% das decisões analisadas.

Importa ressaltar que, inicialmente, o foco da presente pesquisa consistia em auferir os resultados reais da implementação das audiências de custódia nesta Capital, mormente no que tange ao papel de desencarceramento que se esperava quando da sua instituição – sendo um dos grandes objetivos precípuos do instituto a redução dos índices de prisão provisória.

Ocorre que, durante a realização da pesquisa, algumas outras questões inesperadamente se sobressaíram como relevantes e, desde então, surgiu a necessidade de abordá-las neste trabalho, quais sejam: a ausência massiva de controle acerca da legalidade da prisão em flagrante, a omissão generalizada ao tópico de abuso policial, ou a aparente deficiência no contraditório nas decisões analisadas, entre outros.

Ademais, entendemos, no decorrer da pesquisa, que o Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador (NPF), como iniciativa inédita no país, figura como um serviço judicial eficiente e, sem dúvida, um exemplo a ser seguido por todo o Brasil no que tange a acessibilidade dos cidadãos.

Por conseguinte, o presente trabalho almeja dispor uma análise cuidadosa acerca do panorama real do primeiro ano de realização de audiências de custódia

em Salvador/BA, buscando contribuir para o acervo de pesquisas jurídicas no país, principalmente sobre um instituto tão recente no ordenamento jurídico, uma vez que entendemos que apenas através de trabalhos de investigação e comparação de resultados podemos compreender o funcionamento das organizações judiciais e empreender métodos de aperfeiçoamento.

1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1 – Contextualização histórica

É cediço que o cenário brasileiro atual é de encarceramento em massa e abuso da prisão preventiva, uma vez que o Brasil, nos termos de pesquisas recentes, possui a terceira maior população carcerária do mundo, com a quantidade de 726.712 de pessoas encarceradas¹.

Em tempo, um dado ainda mais alarmante é que, dessa população encarcerada, 40% figuram como presos provisórios², ou seja, não possuem sentença condenatória transitada em julgado.

Nessa seara, também, há entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca de um chamado Estado de Coisas Inconstitucional³, concernente à omissão massiva do Estado acerca da garantia de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal da República, mormente no que tange ao tratamento desumano e degradante concedido àqueles recolhidos nos diversos presídios brasileiros.

O Estado de Coisas Inconstitucional, para ANDRADE e TEIXEIRA (p.16), consiste na violação massiva a direitos e princípios fundamentais em razão da realização reiterada de práticas comissivas e omissivas, decorrentes da inércia estatal diante de sua responsabilidade de concretizar os direitos e garantias expressos na Constituição.

1 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos ; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.]. – Brasília : Ministério da Justiça e Segurança. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65 p. : il. color.

2 *Op cit.*

³ O instituto Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), segundo Dirley da Cunha Jr, tem sua gênese em decisões prolatadas pela Corte Constitucional Colombiana (CCC), diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais e se insurge pela busca de soluções estruturais efetivas para superação do referido quadro. Entende-se o instituto como uma expressão de ativismo judicial, na medida em que as decisões prolatadas interferem diretamente nas funções executivas e legislativas, mormente com repercussões orçamentárias.

Nesse sentido, em 2015, o PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL), partido político com a devida representação no Congresso Nacional, e registrado no Tribunal Superior Eleitoral, propôs a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347⁴, buscando o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais aos encarcerados.

No deferimento parcial das medidas cautelares requeridas, o Ministro relator Marco Aurélio traçou algumas considerações acerca da responsabilidade comum dos entes federativos e dos poderes republicanos na violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos, a saber:

A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos, como aduziu o requerente, não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal. Há, na realidade, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Falta coordenação institucional. O quadro inconstitucional de violação generalizada e contínua dos direitos fundamentais dos presos é diariamente agravado em razão de ações e omissões, falhas estruturais, de todos os poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal, sobressaindo a sistemática inércia e incapacidade das autoridades públicas em superá-lo. Apesar de muitos dos direitos violados serem assegurados na Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal – e na Lei Complementar nº 79/94 – Lei do Fundo Penitenciário Nacional –, assiste-se à omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos presos. Verifica-se situação de fracasso das políticas legislativas, administrativas e orçamentárias. Há defeito generalizado e estrutural de políticas públicas e nada é feito pelos Poderes Executivo e Legislativo para transformar o quadro. A inércia configura-se não apenas quando ausente a legislação, mas também se inexistente qualquer tentativa de modificação da situação, uma vez identificada a insuficiência da proteção conferida pela execução das normas vigentes. Esse é o cenário legislativo dos direitos dos presos – as leis, versando-os, simplesmente “não pegaram”, não se concretizaram em proteção efetiva daqueles que deveriam ser beneficiados, e nada se tenta para alterar isso. É possível citar, por exemplo, o fato de, mesmo instalada a mencionada Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados,

⁴ Importa ressaltar que um dos pedidos em caráter cautelar da referida ADPF foi pela aplicabilidade imediata dos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, os quais determinam a realização de audiências de custódia, como medida de extrema urgência para tutela dos direitos fundamentais em discussão.

constatadas as inconstitucionalidades decorrentes de sistema carcerário e notificadas diversas autoridades a respeito, não foram envidados esforços e propostas para modificá-lo. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo.

Em atenção a este preocupante quadro, foi idealizado um mecanismo que, além de ofertar ao magistrado opções ao encarceramento provisório, também garantisse ao preso imediato acesso ao juiz. Esse mecanismo recebe o nome de audiência de custódia.

1.2 – Disciplina normativa

Inicialmente, importa mencionar a existência de controvérsias doutrinárias acerca da obrigatoriedade de realização das audiências de custódia, sob o principal argumento de lesão ao Princípio Constitucional da Legalidade, uma vez que a audiência de custódia foi normatizada através de resolução editada pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução n. 2013/2015).

No entanto, tal crítica é facilmente refutável ao analisarmos tal resolução do CNJ não como instrumento de instituição da audiência de custódia, mas como regulamentação de uma norma cogente já existente no ordenamento jurídico brasileiro através da ratificação de tratados internacionais. Senão, vejamos.

Estabelece o art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966:

Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infração penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções

judiciárias e deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado (BRASIL, 1992).

No mesmo sentido, o art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (BRASIL, 1992).

Há ainda o art. 11 da Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas, aprovada em Belém do Pará em 9/6/1994 – aprovada pelo Senado pelo Decreto Legislativo n.º 127/2011, mas pendente de promulgação pelo Executivo –, que estabelece:

XI. Toda pessoa privada de liberdade deve ser mantida em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada sem demora e de acordo com legislação interna respectiva, à autoridade judiciária competente (BRASIL, 2011).

Ora, resta inquestionável a existência de previsão legal que determine a apresentação imediata e pessoal do indivíduo preso a um juiz, desde 1992. Inclusive, todas as normas jurídicas supracitadas foram redigidas com termos absolutamente claros, utilizando vocábulos diversos (preso, encarcerado, retido, detido), justamente para evitar que os ordenamentos jurídicos de cada país se desonerasse das obrigações assumidas com base em discussões terminológicas (NICORY, 2017).

Em suma, nos termos da emenda constitucional n. 45/2004, os tratados internacionais sobre direitos humanos que seguirem o rito especial de aprovação em dois turnos de 3/5 (três quintos) dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, entrarão no ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de emenda constitucional.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos já incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da promulgação da referida emenda terão

status de supralegalidade – ou seja, apesar de estarem hierarquicamente abaixo das normas constitucionais, estão acima de todas as demais normas infraconstitucionais.

Importa ressaltar que, embora no Brasil as audiências de custódia estejam sendo implementadas unicamente para casos de prisão em flagrante, sob o argumento de que o instituto figuraria como mero instrumento para redução da superlotação carcerária, as convenções internacionais mencionadas acima não restringem a imediata apresentação do preso à autoridade judicial apenas aos casos de prisão em flagrante, mas sim a todas as modalidades de prisão existentes, uma vez que o instituto deve ser, sim, uma oportunidade para controle acerca da legalidade da prisão realizada e discussão acerca da necessidade de sua manutenção (ÁVILA, 2016).

Nesse sentido, ÁVILA (2016) disserta que não há que se falar em revogação desses referidos tratados por lei ordinária, mas, ao contrário, existiria um controle de convencionalidade das leis infraconstitucionais brasileiras em caso de desacordo com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados.

Outro possível argumento conflitante seria a alegação de erro de competência, uma vez que a reserva de legislação em matéria processual pena é de competência privativa da União (CF/1988, art. 22, inciso I). No entanto, tal crítica também cai por terra, pois os tratados internacionais estão hierarquicamente acima das leis federais e, ademais, são incorporados ao ordenamento jurídico em nível federal (CF/1988, art. 84, inciso VIII), a saber:

Portanto, ao invés de se interpretar o tratado internacional à luz da lei nacional e restringir sua aplicabilidade em razão da eventual ausência de regulamentação nacional, o correto é adequar as disposições infraconstitucionais às exigências convencionais, que já possuem aplicabilidade interna imediata, na linha dos precedentes jurisprudenciais de cortes internacionais que dão a interpretação adequada das normas convencionais. (ÁVILA, 2016)

Outrossim, registre-se que, apesar do caráter extremamente recente do instituto, o mesmo já foi alvo de intenso debate judicial, principalmente no Supremo Tribunal Federal, o qual já pacificou entendimento. Senão, vejamos.

No julgamento da ADIn nº 5240, movida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-Brasil), que pleiteava pela inconstitucionalidade da regulação da audiência de custódia pelo Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, que a Convenção Americana de Direitos Humanos fundamenta a realização da audiência de custódia.

Em vista do que foi ora demonstrado, resta evidente que os ataques sofridos pelo instituto desde o início de sua realização no Brasil quanto à ausência de norma jurídica regulamentadora e à suposta extrapolação do poder regulamentador do Poder Judiciário não prosperam.

1.3 – Conceito

Audiência de custódia, portanto, consiste no instrumento processual que dispõe que todo indivíduo preso em flagrante deve ser levado à presença de autoridade judicial no prazo de 24 horas, para que seja avaliada a legalidade e necessidade de manutenção da prisão, para instituição de outras medidas cautelares e, principalmente, para assegurar a integridade física do conduzido, apurando eventuais abusos cometidos pela autoridade policial.

Tal instrumento foi normatizado através da resolução n. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, em atenção ao pacto internacional firmado pelo Brasil em 1992 – Pacto San José da Costa Rica –, o qual previa, como direito do preso, a condução imediata à presença de um juiz, ainda que sua liberdade seja condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento em juízo⁵.

A audiência de custódia, portanto, é compreendida como instrumento compatível à tutela do direito individual à liberdade, sob uma ótica de controle a intervenção indevida do Estado, uma vez que a finalidade precípua do procedimento é a fiscalização das circunstâncias da prisão em flagrante pelo Magistrado, através da apresentação imediata e pessoal do preso ao Juiz (NICORY, 2017).

⁵ Art. 7º., 5, do Pacto de São Jose da Costa Rica ou art. 9º., 3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova York

Nesse sentido, NICORY (2017) entende a regulação da audiência de custódia sob uma perspectiva de concessão ao conduzido de direito a um dispositivo fundamentado no respeito às normas procedimentais previstas em Lei por parte das instituições, bem como uma efetiva tutela material dos direitos fundamentais.

Outrossim, ÁVILA (2016) disserta sobre sete finalidades idealizadas para o instituto da audiência de custódia, quais sejam:

- (i) estabelecer um mecanismo de fiscalização judicial imediata de eventuais arbitrariedades praticadas no curso da detenção;
- (ii) assegurar a possibilidade de autodefesa quanto aos fatos investigados, oferecendo-se ao preso um espaço de maior liberdade para dar sua versão dos fatos, longe da eventual restrição à sua liberdade de se manifestar que poderia existir no ambiente policial;
- (iii) assegurar possibilidade de autodefesa quanto à decisão judicial de manutenção da prisão em flagrante;
- (iv) concretizar o sistema acusatório em relação à ação penal cautelar, criando um mecanismo que torne rotina o requerimento de aplicação de medida cautelar pelo Ministério Público;
- (v) instrumentalizar o contraditório técnico de defesa antes da decisão judicial sobre a aplicação da prisão preventiva;
- (vi) estabelecer um mecanismo obrigatório de revisão judicial da necessidade de manutenção da detenção efetuada pela Polícia (em um quadro acusatório);
- (vii) concretizar a garantia constitucional de assistência jurídica efetiva ao preso, tornando rotina o contato do defensor com seu cliente. (ÁVILA, 2016, p. 310)

De tais finalidades, elegemos algumas como merecedoras de destaque. Inicialmente, a terceira, relativa à legitimidade de manutenção da prisão ao conduzido. Ora, pelo procedimento aqui disciplinado, a oitiva do conduzido (e, portanto, seu direito de autodefesa perante a autoridade judicial) é pressuposto de validade da prisão em flagrante discutida.

O Autor ÁVILA (2016), nesse sentido, disserta:

Parte-se da premissa de que a pessoa presa tem o direito de dialogar com a autoridade que será responsável pela decretação de sua prisão, não sendo suficiente que apenas sejam repassadas à autoridade judiciária as informações que a autoridade policial julgar relevantes que sejam documentadas no interrogatório escrito do Auto de Prisão em Flagrante (APF). [...] Esse procedimento traria mais legitimidade, na perspectiva da efetiva consideração da pessoa presa. (ÁVILA, 2016, ps. 311-312)

Ademais, o contato pessoal e imediato do conduzido com seu defensor, bem como o direito previsto no art. 6º da Resolução n. 213/2015 do CNJ de entrevista reservada entre ambos, consiste em um grande avanço do instituto para concretização do Princípio da Ampla Defesa.

Em seguida, a sexta finalidade, a qual determina um exame judicial obrigatório e motivado acerca da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, mormente no que tange à fundamentação concreta da necessidade de decretação de prisão preventiva e, ademais, fundamentação também acerca da motivação do Juiz para não determinar medidas cautelares alternativas.

Nesses termos, entendemos a implementação das audiências de custódia no ordenamento jurídico brasileiro como um importante instrumento capaz de viabilizar direitos fundamentais no campo da segurança pública e, principalmente, da justiça criminal.

2. TEORIA AGNÓSTICA DA PENA

O funcionamento de sociedades organizadas pressupõe logicamente a existência de normas reguladoras de condutas e, como humanos que natural e instintivamente discordam eventualmente, surgem os conflitos sociais. Nesse sentido, foram instituídos através dos tempos diversos modelos de resolução de conflitos, como o Código de Hamurabi, e as ordálias da Idade Média.

Com o advento das Repúblicas e o surgimento dos ideais liberais e iluministas, os modelos ditatoriais de resolução de conflitos perderam a força, passando a imperar nos ordenamentos jurídicos em todo o mundo o respeito às normas positivadas legais e às liberdades individuais.

2.1 – Crítica ao modelo punitivo de resolução de conflitos

Das ditas formas de resolução de conflitos que vigoram no sistema jurídico brasileiro, tem-se o modelo punitivo como àquele destinado aos conflitos mais gravosos, atribuídos à *ultima ratio* do Estado e regulamentado pela legislação penal, a qual:

Pode-se entender por legislação penal o conjunto de leis que programam a decisão de conflitos mediante uma espécie de coerção que priva de direitos e inflige uma dor (pena) sem buscar seja um fim reparador seja a neutralização de um dano em curso ou de um perigo iminente. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, 2003)

Nesses termos, ZAFFARONI e demais Autores (2003) entendem o modelo punitivo como incapaz de solucionar de fato o conflito vigente, uma vez que, ao aprisionar o indivíduo, há a mera suspensão da tensão existente, ao passo que exclui da vítima qualquer papel no mecanismo de dissolução e, portanto, não seria jamais satisfatória.

FERRAJOLI (2000) sustenta, inicialmente, que a grande incoerência básica nas tentativas de justificação da pena advém do chamado *jus puniendi*, da própria

ideia de “direito de punir”. Nesse sentido, o autor questiona: como justificar ética ou politicamente que, para reparar uma violência ilegal cometida por um indivíduo através do delito, seja exercida contra ele uma outra violência, que seria a pena?

O problema da legitimidade política e moral do direito penal como técnica de controle social mediante restrições à liberdade dos cidadãos é, em boa parte, o problema da legitimidade do próprio Estado enquanto monopólio organizado da força. (FERRAJOLI, 2000)

ZAFFARONI e demais Autores, por sua vez, introduziram ainda os conceitos de Estado de Direito e Estado de Polícia, os quais são delineados por AMARAL, a saber:

O *estado de direito*, por natural, significa a submissão a um governo *per lege* e *sub lege*; promovido por decisões de maioria, todavia que se legitima sumamente pelo respeito ao direito das minorias. Tende, pois, a uma justiça *procedimental* que resguarda o catálogo de direitos a seres humanos em concreto, respeitando todos por igual, com um cunho explicitamente *fraterno*. Em contrapartida, vemos como característica do *estado de polícia*, o domínio de um grupo que dita o *bom*, o *belo* e o *justo*, onde as suas decisões são a lei (plena obediência ao seu governo), e uma justiça *substancialista* se rende a direitos transpessoais. (AMARAL)

No âmbito da resolução de conflitos, o Estado de Direito e o Estado de Polícia possuem, por consequência lógica, entendimentos e propósitos antagônicos. O primeiro intende a resolução dos conflitos sociais, enquanto o segundo busca por suprimi-los.

Nessa seara, o papel das agências jurídicas divergem também a medida em que se identificam com Estado de Direito ou com Estado de Polícia: “As agências jurídicas do primeiro tratam de controlar o respeito às regras estabelecidas; as do segundo, o respeito à vontade hegemônica” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, 2003). Ademais:

O exercício do poder punitivo – com sua seleção de criminalizados e vitimizados por vulnerabilidade, o sacrifício de seus operadores, sua imagem bélica, a reprodução de antagonismos sociais, sua preferência pelo modelo de sociedade verticalista disciplinante (corporativa) – não pode senão identificar-se como um capítulo do modelo de estado de polícia que sobrevive dentro do estado de direito. A legitimação

do poder punitivo é, portanto, simultaneamente, legitimação de componentes do estado de polícia e atua em detrimento do estado de direito. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, p. 96, 2003)

Sob esse prisma, AMARAL indica que a legitimação do *potestas puniendi* implica em uma nítida potencialização dos componentes arbitrários, em detrimento do estado constitucional de direito.

2.2 – Análise das finalidades do direito penal e do instituto da pena

Partindo dessas premissas, em um segundo momento, FERRAJOLI (2000) se propõe a analisar as doutrinas modernas acerca das finalidades do direito penal e, conseqüentemente, do instituto da pena, evidenciando os contrassensos nas teorias justificacionistas da literatura, as quais vamos mencionar apenas superficialmente⁶, senão vejamos.

As ditas teorias utilitaristas concedem à pena o escopo único de prevenir a ocorrência de futuros delitos, protegendo dessa maneira apenas a maioria não desviante, enquanto ignora quaisquer aspectos de prevenção à reações arbitrárias ou excessivas contra àquela minoria desviada. A saber:

Com efeito, as quatro finalidades preventivas comumente indicadas pelo utilitarismo penal como justificações da pena, quais sejam a emenda ou correição do réu, a sua neutralização ou colocação em uma condição na qual não possa causar mal, o fato de conseguir dissuadir todos os outros de imitá-lo por meio do exemplo da punição ou de sua ameaça legislativa, a integração disciplinar destes com aqueles e o conseqüente reforço da ordem mediante a reafirmação dos valores jurídicos lesados dizem respeito somente à prevenção dos delitos. (FERRAJOLI, p. 212, 2000)

Nesses termos, tais doutrinas utilitaristas, chamadas de prevenção, podem ser subdivididas em geral ou especial, positiva ou negativa; no entanto, ainda que

⁶ Para saber mais: Tradutores do livro **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**, de Luigi Ferrajoli, 6 ed. Roma: Laterza, 2000.

difiram no que tange a quem se destina por fim a prevenção penal, ou em relação a natureza das prestações da pena, todas compartilham de matriz comum, qual seja, a concepção de que a pena é concebida com a finalidade de produzir no réu ou nos demais o desincentivo à prática de delitos criminosos.

O Autor afirma (FERRAJOLI, 2000), entretanto, que tais modelos de utilitarismo moderno, ao se voltarem exclusivamente para a utilidade da maioria, são expostos à “tentação da autolegitimação e a desdobramentos autoritários em direção a modelos de direito penal máximo”. Nesse sentido:

Se o objetivo único do Direito Penal (*ex parte populi*) for assegurar a maioria (não desviados), com o fim claro de promover a segurança social, a hipótese de Direito penal máximo não será descartada, pois, em nome da tão falada segurança, o Estado estará legitimado a agir, ficando comprometidos os vínculos e limites do poder punitivo. Quer dizer, as ações do Estado estariam condicionadas aos interesses da maioria e, assim, estaria facultado o uso da força em nome de uma segurança coletiva. (PINHO, p. 28, 2006)

Ademais, Ferrajoli ainda demonstra a incoerência de tais doutrinas justificacionistas, ao passo que evidencia a discrepância entre os custos penais suportados pelos réus e a utilidade prática obtida pelos não réus.

2.3 – O garantismo penal de Ferrajoli

O utilitarismo garantista proposto por Ferrajoli (2000), não visa apenas atender aos interesses da maioria não infratora, posto que não protege apenas o ofendido, mas também o ofensor, ao passo que possui como escopo também evitar reação advinda da parte ofendida a qual, inexistindo a intervenção estatal no seu conflito, poderia vir a tomar pra si a resolução do mesmo, reagindo informalmente no âmbito da vingança privada.

Nesse prisma, Ferrajoli (2000) propõe a busca do máximo bem-estar possível a maioria não desviada, ao passo que há a imposição do mínimo mal-estar necessário aos desviados, nas palavras de PINHO:

O Direito Penal assume, dessarte, esta dupla função preventiva: prevenção dos delitos (estabelece o limite mínimo das penas, atendendo à maioria composta pelos não desviados) e prevenção das penas arbitrárias (estabelece o limite máximo das penas, refletindo os interesses da minoria – os imputados). (PINHO, ps. 28-29, 2006)

A partir dos ideais de constitucionalização dos direitos humanos, temos então uma conjuntura de Estado Democrático de Direito, o qual, no entendimento de PINHO (2006), apesar de ser compreendido como uma espécie de pacto social entre cidadãos e Estado, não tem sua legitimidade democrática provada pela adesão da maioria – mas, sim, pela convenção de que todos, sem exceção, terão seus direitos fundamentais respeitados.

A teoria garantista de FERRAJOLI (2000), portanto, entende os direitos fundamentais como arcabouços de proteção dos cidadãos contra quaisquer abusos cometidos contra si, mormente aqueles cometidos pelo próprio Estado. Nesse prisma, sob uma ótica garantista, tais direitos fundamentais nem mesmo a coletividade, quiçá o Estado, poderá negar a um indivíduo.

FERRAJOLI (2000) entende, portanto, o direito penal enquanto lei do mais fraco, e disciplina “garantismo” como a tutela de valores ou direitos fundamentais como o objetivo justificante do direito penal, ainda que contradiz os interesses da maioria, e exemplifica, a saber:

A imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. (FERRAJOLI, 2000)

Nesse sentido, Ana Cláudia Bastos de Pinho (2006) indica a vulnerabilidade do indivíduo infrator perante o poder punitivo estatal, justificando, por fim, a necessidade premente de controle e técnicas de minimização do que a Autora chama de “poder de castigar” - o qual, ressalta, ofende os direitos fundamentais, ainda que de forma legítima.

Sob essa ótica, FERRAJOLI (2000) defende como imprescindível para um

Estado Democrático de Direito o respeito absoluto às regras processuais existentes, senão vejamos:

Se, realmente, a finalidade a ser alcançada contra a repetição de futuros delitos for somente aquela da máxima segurança social, tal fato, por si só, servirá para legitimar, aprioristicamente, os meios máximos, ou seja, as penas mais severas, inclusive aquela de morte, bem como os procedimentos mais antigarantistas, compreendidas a tortura e as medidas policiais mais pervasivas e não liberais. Obviamente, o utilitarismo, se concebido nesse sentido, não é garantia, de modo algum, diante do arbítrio potestativo, ao passo que **se a finalidade é, também, aquela do mínimo sofrimento necessário na prevenção de males futuros, justificar-se-ão somente os meios mínimos, vale dizer, o mínimo das proibições, o mínimo das penas e um mínimo de verdade judiciária, tal como se garante, segundo um esquema epistemológico já traçado, através de rígidas regras processuais.** (FERRAJOLI, p. 211, 2000)
[Grifos aditados]

Nessa esteira, PINHO (2006) indica o Princípio da Legalidade, tanto na sua concepção formal quanto material e, em especial, nos seus desdobramentos de taxatividade e proibição da analogia em desfavor do imputado como de inquestionável importância na função de limitar o poder punitivo estatal, na medida em que contém o exercício desmedido e absoluto do poder de punir.

AMARAL (2004) por sua vez, entende que o garantismo de Ferrajoli, ao se fundamentar mormente nos ideais iluministas como matriz histórica e, conseqüentemente, também do positivismo jurídico, traz um resgate funcional do princípio da legalidade, sob uma égide substancial reforçadora do sistema de garantias, chave para um Estado Constitucional de Direito.

Outra questão que deve ser mencionada, ainda que não com a profundidade devidamente merecida, é relativo ao funcionamento efetivo dos ordenamentos penais, trazidos à baila por FERRAJOLI (2000), acerca do lugar da pena enquanto instrumento de controle extrapenal.

O Autor entende que a pena, enquanto sanção legal aplicada após a ocorrência de delito e após o trâmite de devido processo legal representa, sempre mais, uma

técnica punitiva secundária⁷, a saber:

A prisão preventiva, e de outra parte, o processo como instrumento espetacular de estigmatização pública antes da condenação acabaram por tomar o lugar da pena enquanto sanções primárias do delito ou, mais precisamente, do suspeito autor do delito. E o cárcere passou a ser, em muito maior escala, um lugar de trânsito ou de custódia cautelar, como era na Idade Pré-Moderna, do que um lugar de cumprimento de pena. (FERRAJOLI, p. 275, 2000)

O Autor em seguida indica a existência de um sistema punitivo especial, caucado não apenas no sistema penal ordinário (e seu desordenado conjunto de garantias), mas também na tradição policialesca e uma recente legislação de emergência, o qual tem caráter não penal e em sua grande parte, administrativo, mormente aquelas ligadas às chamadas medidas de segurança, de prevenção, de ordem pública e cautelares de polícia, “por meio das quais funções substancialmente judiciárias e punitivas são confiadas a órgãos policiais, ou de qualquer modo exercitadas em formas discricionárias ou administrativas.”

2.4 – Uma proposta de teoria agnóstica da pena

Nos termos da discussão acima suscitada, pacifica-se o entendimento de que a pena não cumpre de fato as funções manifestas propostas, o que conseqüentemente impõe a tarefa precípua das agências jurídicas – não de legitimar a criminalização, mas de engrandecer seus dispositivos controladores.⁸ A saber:

É muito mais transparente renunciar a qualquer teoria positiva da pena, porque: a) todas elas legitimam de algum modo o estado de polícia; b) as funções positivas concedidas ao poder punitivo são falsas desde o ponto de vista das ciências sociais, não se comprovam empiricamente, provêm de generalizações arbitrárias de casos particulares de eficácia, jamais tendo sido confirmadas em todos os casos ou mesmo em um número significativo deles; c) ocultam o modo real de exercício do poder punitivo e com isso o legitimam; d) só ocasional e isoladamente o poder punitivo cumpre qualquer uma das

7 Nesse ponto, válido ressaltar que o Autor se referia ao ordenamento jurídico italiano. No entanto, a exemplo da Itália, o Brasil segue também, a evidência, uma onda crescente de fascismo punitivista no ordenamento jurídico-penal.

8 JOBIM, p. 6

funções manifestas a ele atribuídas. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, p. 96, 2003)

Ou seja, na medida em que não consegue atribuir quaisquer funções positivas ao instituto da pena, expõe-se a grande incoerência da legitimidade do *potestas puniendi* estatal. Nesses termos, portanto, são delineados contornos de uma chamada Teoria Agnóstica da Pena, a saber:

Uma teoria *agnóstica* da *pena* surge, sobretudo, do fracasso retumbante de *suas* teorias *positivas* que pretendem atribuir alguma função manifesta a *ela*, contribuindo, inclusive para deduzir um *direito subjetivo público de punir* de titularidade do estado. (AMARAL, p. 6)

AMARAL, ademais, indica uma dimensão mais capilarizada do controle punitivo, a qual vai além do instituto da pena e do processo penal em si, uma vez que abrange e legitima o exercício da repressão e a indevida criminalização partindo de agências paralelas (poder psiquiátrico, assistencial à criança e ao idoso, poder disciplinar institucionalizador...). O Autor faz referência, nesse sentido, a existência de uma dimensão política do poder punitivo.

Ora, há mais de um século o Professor Tobias Barreto, jurista sergipano, docente da Faculdade de Sergipe, já pregoava o caráter eminentemente político do instituto da pena no processo penal, a saber:

O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência do direito, logicamente fundada [...] Que a pena, considerada em si mesma, nada tem que ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica. (BARRETO *apud* AMARAL).

Nesse sentido, entendemos o grande equívoco nas teorias justificacionistas, e até no próprio garantismo penal de Ferrajoli, na medida em que o instituto da pena é compreendido como uma consequência do direito, logicamente fundada, e não como, segundo AMARAL, um aparato teórico-normativo fundado no propósito de

imposição de limites aliado com uma recondução no discurso dos atores jurídicos como escopo precípua das agências judiciais. Nesses termos:

Sempre que as agências jurídicas decidirem limitando ou contendo as manifestações de poder próprias do estado de polícia, e para isto fazerem excelente uso de seu próprio poder, estarão legitimadas, como função necessária à sobrevivência do estado de direito e como condição para a sua afirmação refreadora do estado de polícia que em seu próprio seio o estado de direito invariavelmente encerra.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, p. 108, 2003)

Seguindo essa seara, AMARAL entende o papel do jurista no ordenamento penal não como respaldado na legitimação do *potestas puniendi* do Estado – mas, além, deve estar voltado para a construção de um discurso legitimamente fundado na contenção do poder punitivo.

Por fim, partindo do referencial teórico da Teoria Agnóstica da Pena, esta é entendida como uma expressão política, uma vez que não é racionalmente compreensível, enquanto o direito exerce um papel contrário, como um parâmetro negativo da sancionabilidade, ao passo em que se fundamenta na negação das ditas teorias justificacionistas da pena (SOARES).

3. RESULTADOS DA PESQUISA EMPÍRICA

3.1 Percurso Metodológico

O presente trabalho teve início a partir da instituição de um Convênio Técnico-Científico realizado entre o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ainda no ano de 2016, o qual esperava auferir os resultados reais encontrados a partir da realização de audiências de custódia em Salvador/BA.

O referido convênio intentava compreender se os requisitos normatizados na Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, bem como os objetivos delineados nos Tratados Internacionais ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro, já supra mencionados, estavam sendo satisfeitos, mormente no que tange à efetivação da função social do instrumento.

A busca pelo clareamento dos efeitos reais dos atos judiciais remete diretamente ao próprio papel institucional do Poder Judiciário, enquanto “aplicador” da lei, mas, também, enquanto garantidor dos ideais democráticos, norteados pelos princípios constitucionais.

Na busca pelos objetivos já supra delineados, o mencionado convênio inicialmente atuou na realização de coleta de dados no ano de 2016 no Núcleo de Prisão em Flagrante, com um grupo de pesquisadores sob a orientação e direção da Profa. Daniela Portugal, com o fulcro na formação de um banco de dados para a sistematização de tais informações, as quais eram coletadas em planilha contendo, mês a mês, os nomes das pessoas conduzidas, os números dos respectivos autos de prisão em flagrante, os tipos penais imputados e os resultados de cada audiência.

Em um segundo momento, surgiu uma demanda no sentido de analisar qualitativamente os dados ora coletados. Nesse sentido, houve o convite para que o Grupo de Pesquisa Processo Penal e Democracia, que conta como Coordenador o Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho Junior, também ingressasse no referido Convênio,

assumindo a tarefa de analisar qualitativamente os resultados encontrados.

Mister ressaltar que na primeira fase da pesquisa foram sistematizados o total de 3129 casos, não correspondendo esse valor ao total de audiências de custódia realizadas em Salvador/BA no ano de 2016, mas sim ao número de audiências assistidas pelos pesquisadores durante todo o ano.

Nesta segunda fase de análise qualitativa, então, o Grupo de Pesquisa decidiu realizar um recorte seguindo alguns critérios, quais sejam: temporal e de tipo penal. O primeiro, para viabilizar uma maior abrangência no decorrer do ano, então o recorte compreendeu os meses de janeiro, junho e dezembro de 2016. O último, para abarcar os tipos penais com maior incidência, foi realizado outro recorte, relativo aos delitos de roubo, furto e/ou tráfico de drogas, em qualquer de suas modalidades, uma vez que tais delitos compreendem mais de 70% dos autos de prisão em flagrante em todos os meses selecionados; foram analisadas, nesses termos, o total de 590 decisões.

Com esse objetivo em mente, empreendemos⁹ esforços na produção de uma tabela que abarcasse toda uma gama de inquietações, tanto hipotéticas quanto relativas às observações empíricas daqueles que já acompanhavam o andamento de audiências de custódia na cidade de Salvador/BA.

Nesses termos, a tabela continha:

- Mês da audiência;
- Número do processo;
- Nome da pessoa conduzida;
- Sexo;

9 Imprescindível ressaltar a importância do Grupo de Pesquisa Processo Penal e Democracia (2017, UFBA) para a construção desse trabalho. As discussões nos encontros resultaram em muito além de um parecer técnico-jurídico sobre a efetividade de um instrumento processual – mas também (e principalmente) provocaram a consolidação de um ideal de processo penal crítico, acusatório e democrático, pautado no respeito às garantias constitucionalmente asseguradas, independentemente da tendência hegemônica de relativizá-las. Gratidão aos envolvidos.

- Tipo imputado (dentro dos tipos penais destacados – furto, roubo ou tráfico –, com identificação da modalidade);
- Tipo(s) em concurso, se houver;
- Uso de arma de fogo;
- Abuso policial;
- Pedido principal formulado pelo Ministério Público;
- Pedido principal formulado pela defesa;
- Resultado da audiência;
- Manifestação acerca da legalidade/ilegalidade do flagrante;
- Fundamento do relaxamento/liberdade plena, se concedido (a);
- Em caso de conversão em preventiva, se houve fundamentação sobre a não aplicação das medidas cautelares diversas previstas no art. 319 do CPP;
 - Indicação de indícios de autoria;
 - Indicação de prova da materialidade;
 - Requisito(s) do art. 312 do CPP, em caso de conversão em preventiva ou aplicação de cautelares diversas;
 - Fundamentação concreta da decisão, em caso de conversão em preventiva ou aplicação de cautelares diversas;
- Observações;
- Se houve conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar;
- Fundamento da prisão domiciliar, se aplicada;
- Tipo(s) de cautelar(es) diversa(s) da prisão aplicada(s).

Em seguida, após o preenchimento da tabela mencionada, foram subdivididos tópicos entre os pesquisadores e os professores-coordenadores para elaboração de um relatório final, o qual foi apresentado ainda em 2017 ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Nesse sentido, durante o decorrer do exame dos dados coletados, algumas questões se sobressaíram como merecedoras de aprofundamento na análise realizada, as quais se tornaram eixos importantes do presente trabalho.

3.2 – Categorias elencadas para análise da pesquisa

Conforme restou claro, a pesquisa mencionada abarcou diversos segmentos, não se limitando a análise meramente dos resultados das audiências no que tange ao estudo da cautelaridade, embora este fosse de fato um dos grandes eixos centrais da pesquisa, mas também questionando outros elementos que foram surgindo no decorrer do estudo.

Dito isso, no presente trabalho foram elencados os tópicos Abuso Policial; Resultados das Audiências quanto às Decisões de Prisão Preventiva e Medidas Cautelares; Fundamentação Acerca da Legalidade/Illegalidade da Prisão em Flagrante; e Tráfico x Uso.

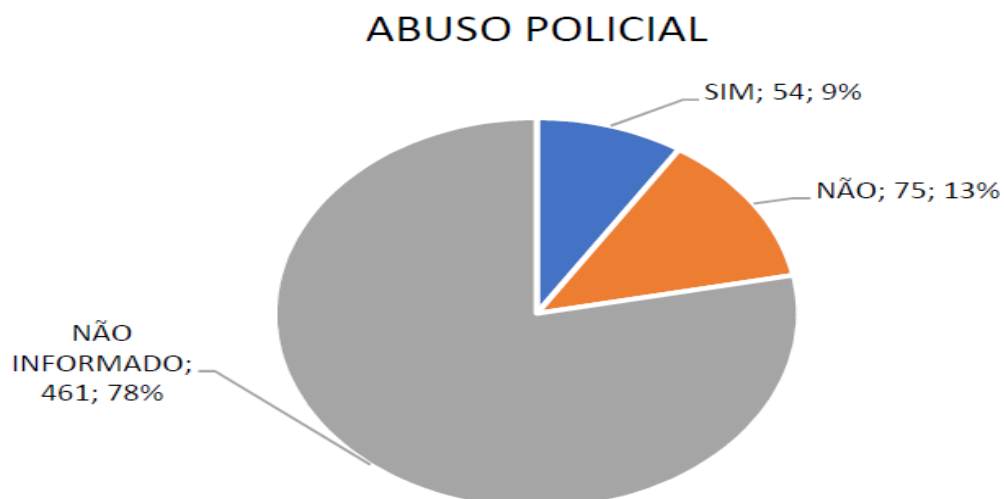
Tais tópicos foram escolhidos pautados nas discussões ocorridas entre os pesquisadores durante a realização do estudo, de acordo com critérios de relevância baseados na análise da efetividade dos diplomas normativos, em contraposição a questionamentos que surgiram no decorrer da pesquisa.

3.2.1 Abuso Policial

É cediço que no atual cenário político-social brasileiro, em um contexto de “guerra às drogas” e genocídio negro, há uma forte marca de violência que permeia a relação policial-suposto autor de fato criminoso.

Partindo dessa premissa, a Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, preceitua como uma das grandes finalidades da Audiência de Custódia a contenção de eventuais abusos e ilegalidades cometidos por agentes públicos em face dos indivíduos custodiados, na medida em que cuidadosamente normatiza o procedimento a ser adotado para oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de irregularidades e abusos perpetrados por ocasião da prisão.

Em atenção a *supra* aludida norma, analisamos no levantamento realizado durante a presente pesquisa como a questão do abuso policial era abordada pelos Magistrados em sede de audiência de custódia, nos termos:



Nesses termos, dentro do universo de 590 decisões analisadas, 461 (ou seja, 78%) não faziam qualquer menção à resposta da pessoa conduzida quanto a eventual abuso policial sofrido, informação que tampouco constava dos termos de audiência lavrados nas respectivas audiências de custódia.

Neste ponto, *mister* ressaltar que o registro audiovisual do ato, contendo as declarações do preso, não acompanha os autos a serem apensados ao inquérito policial ou à ação penal. Ora, a ausência desses dados impossibilita o controle quanto à ocorrência de violência quando da prisão em flagrante do conduzido.

Nestes 54 casos (rememorando, de um universo de 590) nos quais houve menção a existência de abuso policial nas decisões judiciais, apenas em 4 deles houve o reconhecimento da ilegalidade da prisão em flagrante, sendo consequentemente decretada o relaxamento desta. Nesse mesmo universo, registramos os pedidos de relaxamento da prisão em flagrante pelo Ministério Público em 14,8% e da própria Defesa em 33,3%.

A este respeito, entendemos que o ínfimo número de pedidos de relaxamento, inclusive e principalmente partindo da própria defesa, denotam inicialmente certa desatenção acerca das declarações prestadas pelo conduzido, não se priorizando o momento do flagrante e a regularidade da custódia realizada, indo em sentido contrário aos propósitos da Resolução 213/2015 do CNJ.

Importa ressaltar, inclusive, que nos 54 casos *susos* mencionados, nas decisões nas quais ocorreu manifestação judicial expressa acerca da ocorrência de abuso, verificamos ainda que em muitos dos termos de audiência não consignaram a adoção de nenhuma providência, tal qual disciplina a Resolução adotada.

Outrossim, ao registrarmos uma manifesta incoerência na quantidade de casos de abuso policial relatados a um juiz específico, acrescido de pedidos adoção de providências, entendemos que pode ser um indicativo de que os demais juízes talvez não estejam questionando os conduzidos acerca da ocorrência de ilegalidades na diligência policial, ou que talvez os demais magistrados não estejam adotando medidas de apuração nos casos relatados.

Inclusive, em uma das decisões judiciais¹⁰ que consignaram expressamente caso de abuso policial, não houve adoção de qualquer medida em sede de audiência de custódia, ainda que houvesse pleito específico do Ministério Público nesse sentido, sob o argumento de que se deveria aguardar o resultado do exame de corpo de delito e que o Juízo competente para apreciar alegações de ilegalidades e excessos seria o processante da futura ação penal, uma vez que as providências de oficiar a Corregedoria da Polícia Militar caberiam ao próprio órgão acusador.

Em outra decisão judicial¹¹, ainda, o Magistrado se pronuncia no sentido de que a alegação do conduzido de violência policial não comprometeria os elementos de autoria e materialidade da prisão em flagrante, sendo também desnecessário exame de corpo de delito. O Juiz em questão ainda afirma que relatos de situação de violência policial devem ser abordadas em sede de processo disciplinar pela corporação a que se encontrar subordinada a autoridade policial em questão.

Nessa linha, indicamos uma magistrada específica que possuía em seu termo de audiência um parágrafo padrão no qual expressamente consignava a resposta do

10 Decisão em audiência de custódia proferida nos autos do APF n. 0317849-35.2016.8.05.0001.

11 Decisão em audiência de custódia proferida nos autos do APF n. 0317934-21.2016.8.05.0001.

conduzido ao seu questionamento acerca de abuso policial, incluindo até uma constatação da própria juíza se restavam evidentes lesões físicas, senão vejamos:

Inicialmente, cumpre destacar que não foi constatado por esta magistrada, nenhum tipo de lesão física visível nos conduzidos, e nem houve por parte dos flagrados alusão de que tivessem sofrido torturas, quando da detenção e na condução, nem quando do depoimento perante a autoridade policial (...).

Ademais, há que se falar em outra dificuldade decorrente da ausência de menção expressa de resposta do conduzido no que toca a existência ou não de abuso policial, qual seja, o surgimento de empecilhos na arguição de eventuais nulidades ou *habeas corpus* baseados na ocorrência de violências causadas por agentes estatais no momento da prisão.

Por fim, entendemos que alguns magistrados não estão plenamente aliados com os princípios e objetivos dispostos nas normas jurídicas, uma vez que, conforme demonstrado, é papel institucional da audiência de custódia coibir e apurar abusos policiais perpetrados no momento da prisão.

Na linha sugerida, portanto, faz-se imprescindível a observância do quanto normatizado pelos Juízes plantonistas do Núcleo de Prisão em Flagrante, mormente no que tange ao questionamento do conduzido, menção expressa no termo de audiência e devido encaminhamento para apuração de eventuais lesões ou excessos praticados pelos agentes estatais.

3.2.2 Resultados das audiências quanto às decisões de prisão preventiva e medidas cautelares.

É cediço que o Brasil, hoje, possui a terceira maior população carcerária do mundo, contando com a quantidade de 726.712 de pessoas encarceradas¹². Um dado ainda mais alarmante é que, desses encarcerados, 40% figuram como presos

12 Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos ; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.]. – Brasília : Ministério da Justiça e Segurança. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65 p. : il. color.

provisórios¹³, ou seja, não possuem sentença condenatória transitada em julgado, estando, portanto, abarcados pelo princípio constitucionalmente assegurado da presunção de inocência, disposto no art. 5º, LVII da Constituição Federal da República.¹⁴

Ademais, apesar de não constar no grande eixo da presente pesquisa, *mister* se faz tecer um comentário superficial acerca das condições degradantes e sub-humanas dos presídios brasileiros, questão que já sofreu exame de mérito no Supremo Tribunal Federal¹⁵, o qual declarou “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, devido à situação de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais e inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura atual, registrando-se que o cárcere brasileiro, além de não servir ao propósito declarado de ressocialização dos presos, ainda cumpre um papel de fomento à criminalidade. Ora, a prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública resta demonstrada nas altas taxas de reincidência.

Nessa seara, registre-se que em uma pesquisa publicada em 2015, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em conjunto ao Departamento de Política Penitenciária do Ministério da Justiça (DEPEN), foi demonstrado que, à época, 37% dos réus que cumpriam prisão provisória não foram condenados a cumprir pena de prisão, havendo decisões no sentido de concessão de penas restritivas de direitos e medidas alternativas, ou pelo arquivamento do caso ou pela prescrição da pretensão punitiva. O estudo conclui, portanto, ressaltando que, o fato de que praticamente quatro em cada dez presos provisórios não recebem pena privativa de liberdade revela o sistemático, abusivo e desproporcional uso da prisão provisória pelo sistema de Justiça do país.

13 *Op cit.*

14 Na Bahia, especificamente, a quantidade de presos provisórios consiste em 58%, um dos mais altos quando comparados com os outros Estados Federativo, de acordo com o levantamento do INFOPEN.

15 STF. ADPF 347. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 0003027-77.2015.1.00.0000. Relator: Ministro Marco Aurélio. Em andamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 29 jan. 2018. VER ABNT

Ou seja, tinha-se no sistema judiciário criminal brasileiro um panorama, tal qual Ferrajoli descrevera, de um processo penal espetacularizado, no qual o cárcere não mais figura como lugar de cumprimento de pena, mas sim com um foco de tutela cautelar¹⁶ - situação que contrasta absolutamente com o próprio caráter legal da excepcionalidade da prisão provisória, ainda mais com os princípios e garantias democráticas constitucionalmente asseguradas, mormente o Princípio da Presunção de Inocência.

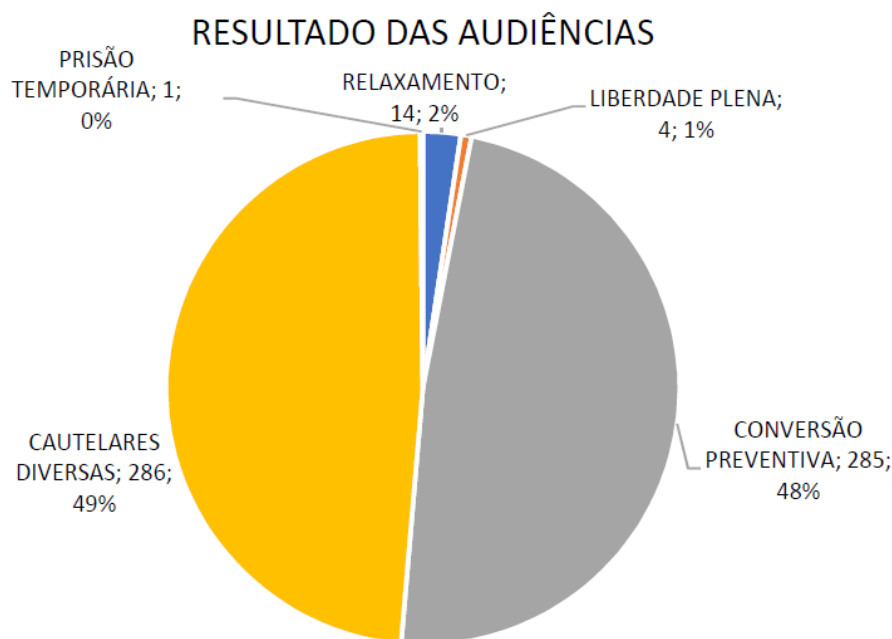
Nesse sentido, dada a dimensão da questão, foi sancionada no Brasil a Lei 12.403/2011, com o objetivo de coibir tal utilização desenfreada e banalizada do instituto da prisão provisória, propondo a adoção de um rol medidas cautelares *alternativas à prisão*. Ressalte-se o grifo para enfatizar que todo o escopo da referida norma foi sua instituição com o fim de refrear o processo de encarceramento em massa, propondo aos Magistrados a escolha de um caminho alternativo, intermediário, para romper com o dualismo existente prisão preventiva-liberdade provisória.

Tais medidas cautelares, descritas no art. 319 do Código de Processo Penal, portanto, seriam decretadas para restituir à liberdade aquele conduzido que teria prisão preventiva ordenada, na medida em que o mesmo é vinculado a uma ou mais medidas alternativas.¹⁷

Na presente pesquisa, sob o recorte de audiências de custódia realizadas em Salvador/BA no ano de 2016, constatamos que houve de fato uma redução efetiva no número de decisões de prisão preventiva, diminuindo o ingresso de pessoas no sistema carcerário, de acordo com:

16 Tradutores do livro *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, de Luigi Ferrajoli, 6 ed. Roma: Laterza, 2000

17 Art. 282, § 6º do Código de Processo Penal: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).



Nos termos dos dados encontrados, ressaltamos positivamente que a quantidade de conduzidos soltos supera a daqueles encarcerados, ainda que por uma pequena margem.

Contudo, importa ressaltar que atestamos uma resistência por parte dos magistrados para decretação de liberdade plena. Apenas 4 casos, de um universo de 590 decisões analisadas. Ao passo que encontramos o total de 286 decisões de liberdade aliada com a instituição de medidas cautelares diversas. Entendemos, nesse sentido, que tal fato pode indicar um desvio de finalidade na aplicação da Lei 12.403/2011, uma vez que as medidas cautelares diversas parecem estar se tornando alternativas à decretação de liberdade plena, e não com o fito de reduzir o encarceramento, evitando a decretação de prisão provisória.

Devemos fazer menção ainda aos reduzidos números de decisões ordenando o relaxamento da prisão em flagrante e a liberdade provisória dos conduzidos. Apenas 14 do primeiro e 4 do segundo – configurando, juntos, o percentual de apenas 3% do montante analisado.

Das decisões supracitadas, importa considerar que em 6 casos, houve

decisão de relaxamento da prisão em flagrante por ausência de materialidade e autoria delitiva; em 4 casos, houve fundamentação jurídica para o relaxamento o desrespeito à inviolabilidade de domicílio, prevista no art. 5º, XI, da Constituição Federal, sendo que em 3 decisões, houve o ingresso na residência do conduzido sem mandado ou sem descrição da conduta suspeita, e 1 decisão fundamentada pela violação do domicílio em período noturno; 2 prisões foram relaxadas por ausência de elementos, que demonstrassem a caracterização de tráfico de drogas, destacando o magistrado que o inquérito policial poderia concluir de modo diverso; 1 relaxamento foi fundamentado por indício de prática de crime de menor potencial ofensivo, em que o juiz declinou a competência em favor do Juizado Especial Criminal (JECRIM), capitulando o fato como constrangimento ilegal (art. 146 do CP); e, por fim, 1 decisão de relaxamento foi justificada pela pequena quantidade de substância ilícita encontrada em poder do flagranteado, que alegou porte para uso pessoal.

Importa ressaltar, nesse ponto, que houve apenas 4 decisões de relaxamento da prisão em flagrante com a fundamentação jurídica de reconhecimento de abuso policial, corroborando a linha aqui já sugerida relativa ao papel deficiente que as audiências de custódia estão exercendo no combate às violências exercidas pelos agentes estatais no momento da prisão.

Em relação às decisões que resultaram em liberdade plena, 2 foram justificadas ante a ausência de indícios de autoria e materialidade delitiva em desfavor do conduzido; 1 pelo custodiado ser primário e, caso confirmada a sua participação no crime, esta seria de menor importância; e, na última das decisões analisadas com esse resultado, o magistrado alegou o indeferimento do pleito de relaxamento em razão dos antecedentes do conduzido, concedendo, entretanto, a liberdade plena sem qualquer fundamentação fática ou jurídica.

No tocante às decisões que decretaram a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, *mister* mencionar a ausência de fundamentação sobre o porquê o Magistrado decidiu naquele caso concreto pela não aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP.

Nesse sentido, das 285 decisões de decretação de prisão preventiva

analisadas, em 140 não houve qualquer justificativa nesse quesito (49% do total); inclusive, até nas outras 145 decisões, encontramos um grande número de fundamentações genéricas e abstratas, com menção superficial à impossibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas.

Ademais, importa também ressaltar que, do total de 590 decisões analisadas pelo grupo de trabalho, a ausência de representante do Ministério Público foi verificada em 46 casos, todos ocorridos no mês de junho de 2016. Ainda assim, 26 autos de prisão em flagrante foram convertidos em prisões preventivas (57%). Em outros 19 casos (41%) foram aplicadas cautelares diversas, medida igualmente sujeita a pedido da parte acusadora. Apenas 1 decisão concluiu pelo relaxamento da prisão, justificada, no caso concreto, pela inexistência de elementos suficientes de autoria e materialidade, nos termos requeridos pela defesa.

Em análise desses dados supracitados, auferimos um viés inquisitório por parte dos Magistrados, na medida em que a decretação de prisões preventivas de ofício compromete a imparcialidade do Juízo e, inclusive, ofende a vedação contida no art. 311 do CPP, após as alterações promovidas pela já citada Lei n. 12.403/2011, referente a hipótese da decretação de prisão preventiva de ofício pelo Magistrado quando do curso da ação penal.

Entendemos, por óbvio, não ser desejável a suspensão das audiências de custódia em decorrência da ausência do promotor de justiça do Ministério Público, mormente no que tange ao prejuízo causado às próprias pessoas conduzidas; nestes casos, então, devem-se buscar soluções alternativas quando constatado o não comparecimento do representante do órgão acusador, sob pena de grave ofensa ao próprio sentido da realização do ato.

Ora, em um sistema de fato acusatório, inexistindo Promotor de Justiça presente, o resultado da audiência não poderia ser outro que não o imediato relaxamento do flagrante, tal qual previsão contida no Código de Processo Penal Chileno¹⁸.

¹⁸ *Código Procesal Penal chileno, Artículo 132. Comparecencia judicial. A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal. La ausencia de éstos*

É cediço que o Ministério Público é o órgão acusatório nas ações processuais penais de natureza pública – função essa atribuída pela própria Constituição Federal da República – de forma que a decretação de prisões preventivas sem que o titular da ação penal esteja presente consiste em flagrante violação aos princípios que norteiam e devem servir de filtro às decisões proferidas no âmbito penal.

Ademais, seguindo esta mesma linha de debate acerca das funções relativas tanto ao Ministério Público quanto ao próprio Poder Judiciário, verificamos a ocorrência de decisões nas quais houve decretação da prisão preventiva, a despeito de requerimento do *Parquet*, inclusive em casos nos quais houve pedido expresso de reconhecimento da ilegalidade da prisão, ou para a concessão de liberdade provisória, condicionada ou não à aplicação de medidas cautelares alternativas por parte do Ministério Público.

Nesses termos, cerca de 10 decisões que resultaram em conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva foram proferidas com parecer do Ministério Público pela liberdade do conduzido, enquanto 2 decisões de custódia cautelar foram exaradas a despeito de pedido do promotor de justiça pelo relaxamento da prisão em flagrante.

Outrossim, nestas decisões em que foram constatadas a atuação da autoridade judicial de ofício, houve fundamentação de alguns Magistrados com fulcro no HC n. 98968 do STF, datado de 2009, desconsiderando, pois, a alteração legislativa operada em 2011 e, mais uma vez, o sistema acusatório. Repita-se que a nova redação do art. 311 do CPP impede que o juiz possa decretar prisão preventiva de ofício na fase policial, sob pena de incorrer em um modelo inquisitivo de processo penal, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

dará lugar a la liberación del detenido. No obstante lo anterior, el juez podrá suspender la audiencia por un plazo breve y perentorio no superior a dos horas, con el fin de permitir la concurrencia del fiscal o su abogado asistente. Transcurrido este plazo sin que concurriere ninguno de ellos, se procederá a la liberación del detenido.

Por fim, ao realizarmos o cruzamento entre os pedidos de prisão preventiva formulados pelo Ministério Público e sua efetiva decretação pela autoridade judicial, entendemos que tem havido uma vinculação constante entre as duas variáveis. Nos 289 casos em que o MP requereu a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, 246 (85,1%) foram atendidos pelo magistrado.

Por fim, auferimos deficiência na efetivação do Princípio do Contraditório nas audiências de custódia analisadas, na medida em que a defesa e a acusação não figuram em paridade de armas, uma vez que os pronunciamentos da defesa técnica, de acordo com o analisado, não tiveram o condão de influenciar efetivamente na decisão proferida ao final do ato, sinalizando que a presença da defesa esteja sendo meramente formal.

Em seguida, passamos à análise de como vem sendo abordado pelos Magistrados o controle de legalidade das prisões em flagrante, em sua perspectiva material e constitucional.

3.3.3 Fundamentação acerca da Legalidade/Illegalidade da Prisão em Flagrante

Antes da implementação da audiência de custódia, o art. 306 do Código de Processo Penal determinava que o Auto de Prisão em Flagrante fosse encaminhado em até 24 horas ao Juízo competente. Ocorre que, conforme já mencionado, tal encaminhamento figurava como contraditório e insuficiente comparado ao quanto determinado nos Pactos de São José da Costa Rica e Internacional de Direitos Civis e Políticos, dos quais o Brasil é signatário.

Nesses termos, a implementação da audiência de custódia no Brasil no ano de 2015, através da Resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça, figurou como uma importante expressão do sistema acusatório e do Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange à garantia de apresentação pessoal do conduzido ao Juízo de forma imediata.

Ocorre que, a presente pesquisa demonstrou que a análise realizada pelo

Juízo no âmbito da audiência de custódia acerca da legalidade da prisão em flagrante e do próprio Auto de Prisão em Flagrante é pautada em aspectos meramente formais, sem adentrar de fato no controle de materialidade e constitucionalidade da legalidade do flagrante, nos seguintes termos:

MANIFESTAÇÃO LEGALIDADE



Segundo resta demonstrado, das 590 decisões analisadas, em 191 (32%) não houve qualquer menção dos Magistrados acerca da legalidade do flagrante em questão; nas outras 399 (68%), há de se destacar que, como regra geral, o pronunciamento judicial ocorreu de forma genérica e abstrata, apenas indicando que o Auto de Prisão em Flagrante foi lavrado em conformidade com o Código de Processo Penal.

Desta forma, entendemos que, ainda que tal fundamentação até possa ser considerada válida em casos nos quais não houve alegação de ilegalidades por qualquer das partes, verificamos que tal fundamentação persiste inclusive quando manifesta.

Ademais, iniciamos um exame acerca da abordagem judicial em sede de audiência de custódia sobre os crimes tipificados na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), relativamente aos parâmetros para diferenciação dos delitos de tráfico de drogas e porte para consumo pessoal.

3.3.4 Tráfico x Uso

É cediço que, no âmbito dos delitos relacionados às substâncias ilícitas, previstos na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), existem discussões doutrinárias, e inclusive jurisprudenciais acerca da natureza jurídica do art. 28 da referida lei, relativo ao porte de drogas para uso próprio, a saber:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Nesses termos, considerando-se que crime é a infração penal que a Lei comina pena de reclusão ou de detenção, nos termos do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, surgiu o questionamento sobre uma possível despenalização ou descriminalização do porte de drogas para uso próprio. Em seguida, tal dúvida foi sanada com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 430105 do Rio de Janeiro, no qual o Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que não houve a descriminalização dos fatos descritos no art. 28 da Lei 11.343/2006, mas sim uma despenalização, a saber:

A turma, resolvendo questão de ordem no sentido de que o art. 28 da Lei 11.343/2006 (Nova Lei de Tóxicos) não implicou *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal, então previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, julgou prejudicado recurso extraordinário em que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro alegava a incompetência dos juizados especiais para processar e julgar conduta capitulada no art. 16 da lei 6.368/76. Considerou-se que a conduta antes descrita neste artigo continua sendo crime sob a égide da lei nova, tendo ocorrido, isto sim, uma despenalização, cuja característica marcante seria a exclusão de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva da infração penal. Afastou-se, também, o entendimento de parte da doutrina de que o fato, agora, constituir-se-ia infração penal *sui generis*, pois esta posição acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal, e a dificuldade na definição de seu regime jurídico. Ademais, rejeitou-se o argumento de que o art. 1º do DL 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a nova lei

criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou de detenção, uma vez que esse dispositivo apenas estabelece critério para a distinção entre crime e contravenção, o que não impediria que a lei ordinária superveniente adotasse outros requisitos gerais de diferenciação ou escolhesse para determinado delito pena diversa da privação ou restrição da liberdade. Aduziu-se, ainda, que, embora os termos da Nova Lei de Tóxicos não sejam inequívocos, não se poderia partir da premissa de mero equívoco na colocação das infrações relativas ao usuário em capítulo chamado 'Dos Crimes e das Penas'. Por outro lado, salientou-se a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido pela Lei 9.099/95. Por fim, tendo em conta que o art. 30 da Lei 11.343/2006 fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva e que já transcorrera tempo superior a esse período, sem qualquer causa interruptiva da prescrição, reconheceu-se a extinção da punibilidade do fato e, em consequência, concluiu-se pela perda de objeto do recurso extraordinário. (BRASIL. STF, 1ª Turma, RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n. 456. Brasília, 12 a 23 de fevereiro de 2007).

Ademais, foi editado no XXI Encontro do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE) criminal o Enunciado n. 94, que determina "A Lei nº 11.343/2006 não descriminalizou a conduta de posse ilegal de drogas para uso próprio".

Ocorre que, em julgamento do Recurso Extraordinário n. 635659 que tramita no Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral e, portanto, ainda em andamento, houve a retomada da discussão acerca da constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006¹⁹.

Em voto-vista, o Ministro Edson Fachin deu parcial provimento ao recurso para, dentre outras medidas, declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, sem redução de texto, especificamente para situação que, como no caso concreto, apresentasse conduta que, descrita no tipo legal, tivesse exclusivamente como objeto material a maconha.

O Ministro, em seu voto, também destacou, relativamente ao questionamento do objeto do recurso, ser cabível a resposta da informação, educação, atenção e cuidado da saúde dos usuários de drogas, e não a criminalização. Seria indispensável, assim, a atuação do Poder Público, da sociedade, das famílias em

¹⁹ Boletim informativo n. 798 do Supremo Tribunal Federal

sua dimensão expandida e das entidades religiosas, no incremento das redes de atenção e cuidado à saúde das pessoas que abusassem de substâncias que causassem dependência, e especialmente no campo da prevenção e proteção de crianças e adolescentes.

Ademais, o Ministro asseverou que a distinção entre usuário e traficante, entretanto, atravessaria a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e exigiria, inevitavelmente, que se adotassem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizassem o uso de droga.

No entanto, a definição das referidas balizas não estaria inserida na atribuição do Poder Judiciário. Ora, se legislador editou norma para tipificar como crime o tráfico de drogas, por óbvio, compete ao Poder Legislativo no exercício de suas atribuições, definir os parâmetros objetivos de natureza e quantidade de droga que deveriam ser levados em conta para diferenciação entre uso e tráfico de drogas. Desse modo, seria responsabilidade, de um lado, do Poder Legislativo a fixação de tais parâmetros, e de outro, a respectiva regulamentação e execução por parte dos referidos órgãos do Poder Executivo.

Nesse ponto, o Ministro ressaltou o papel preponderante das audiências de custódia, uma vez que qualquer desvio prático no emprego do referido critério poderia vir a ser extirpado perante apresentação ao Magistrado, especialmente diante do conflito porte para uso x tráfico. No entanto, enquanto não há pronunciamento do Poder Legislativo sobre tais parâmetros, deve-se, então, reconhecer a necessidade do preenchimento dessa lacuna por meio do SENAD e do CNPCP, até que sobreviesse norma regulamentadora, na condição “*rebus sic stantibus*”.

Acompanhando o voto do Ministro Fachin, o Ministro Roberto Barroso afirmou que o fracasso da política atual criou um imenso mercado negro de drogas controlado pelo crime organizado. Em análise a efetividade da Lei de Drogas, verificou que, nas últimas décadas, sobretudo depois edição da referida lei, o consumo de drogas aumentou, ao passo que, no mesmo período de tempo, o de cigarro diminuiu. Nessa diapasão, analisou que a contrapropaganda, o debate

público, a informação e a advertência produzem melhores resultados do que a criminalização.

Ademais, o referido Ministro dissertou no sentido de que a política de criminalização e de repressão ao consumo de drogas em geral e de maconha, em particular, geraria um alto custo para a sociedade, especialmente pelo aumento exponencial da população carcerária, mormente no que tange ao elevado custo financeiro de cada vaga no sistema penitenciário.

Outrossim, a despeito de a defesa da criminalização invocar a saúde pública como bem jurídico protegido, essa política consumiria cada vez mais recursos que, evidentemente, não iriam para tratamento, educação e saúde preventiva. Inclusive, o usuário não procuraria o sistema de saúde pública, porque isso significaria assumir a condição de criminoso. Portanto, a criminalização não protegeria, mas antes comprometeria a saúde pública.

Fazendo menção, ainda, ao direito à privacidade como uma esfera na vida das pessoas que deveria ser imune à interferência do Estado, sobretudo quando não afetasse a esfera jurídica de terceiros. Por essa razão, o Estado não poderia invadir a esfera da autonomia individual. Assim, um indivíduo que fumasse um cigarro de maconha dentro do seu domicílio ou num espaço puramente privado não violaria direitos de terceiros, nem qualquer valor social, ou mesmo a saúde pública. Mas, se fumar maconha pudesse ser criminalizado em nome da saúde pública, então, se deveria criminalizar antes o álcool e o próprio cigarro convencional. Portanto, seria inequívoca a afronta à autonomia individual representada pela punição de quem portasse maconha para uso pessoal dentro da sua esfera privada.

Por fim, Ministro Barroso, tal qual Ministro Fachin, consignou que seria necessária a adoção de critério objetivo para distinguir o consumo pessoal do tráfico. Ainda que tal essa prerrogativa seja do Poder Legislativo, também seria possível ao STF o estabelecimento de tais critérios, ainda que provisoriamente, até posterior atuação do Parlamento.

Nessa linha, Ministro Barroso sugeriu que o porte de até 25g de maconha fosse considerado como porte para uso pessoal. No entanto, por óbvio, tal

recomendação não impediria que o juiz do caso concreto entendesse que alguém com quantidade maior a estivesse portando para consumo pessoal, nem que alguém com apenas 25g estivesse portando para tráfico. Mas, nessa situação, o juiz teria que superar essa presunção, e, portanto, o ônus argumentativo tornar-se-ia mais árduo para o magistrado. Também não seria considerado traficante quem tivesse até seis plantas fêmeas como produção para consumo pessoal.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do Recurso Extraordinário referido, ao reafirmar o seu voto, declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal. Todavia, manteve, até o advento da legislação específica, as medidas ali previstas com natureza administrativa.

Em vista do entendimento recente do Supremo Tribunal Federal, mormente no que tange ao voto do Ministro Edson Fachin, compreendemos o papel da audiência de custódia como crucial na primeira análise quanto a dicotomia tráfico de drogas x porte para uso.

É cediço que no âmbito da audiência de custódia, como anteriormente mencionado, não é possível discussão acerca do mérito dos fatos, de acordo com a Resolução 213/2015 do CNJ, devendo tanto as partes quanto o Juiz se ater apenas às questões relativas às circunstâncias da prisão.

NICORY (2017), no entanto, sustenta que, mantendo-se o foco nos propósitos relativos à audiência de custódia, é indispensável o exame indireto de certas questões ligadas ao mérito dos fatos, uma vez que tais questões necessariamente perpassam a própria regularidade da prisão e a necessidade de sua manutenção, a saber:

“Se a finalidade da posse da droga é de consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006) ou de consumo compartilhado (art. 33, §3º, da Lei 11.343/2006), a prisão deve ser relaxada, por violação ao art. 48 §2º da Lei 11.343/2006 e ao art. 69, parágrafo único da Lei 9.099/95; se a finalidade for diversa daquelas, deve ser reconhecida a legalidade da prisão por tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006), embora se trate apenas de um juízo preliminar que pode ser modificado durante a instrução criminal”. (NICORY, 2017)

O Autor entende, portanto, que uma completa separação entre análise da regularidade e da necessidade da prisão e o mérito da causa é impossível de realizar, sob pena de transformar a audiência de custódia em mero formalismo; no entanto, o exame do mérito da causa pode representar até a produção de prova contra si mesmo, pelo conduzido.

Nessa linha, dentro do universo da presente pesquisa, foram analisadas 280 decisões referentes ao delito tráfico de drogas, das quais em 150 foram adotadas a imposição de medidas cautelares alternativas, previstas no rol do art. 319 do CPP; em 116 casos houve a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; em 12 decisões, encontramos pronunciamento do Juiz pela ilegalidade do flagrante e consequente relaxamento do mesmo; 01 decisão de liberdade provisória sem vinculação a qualquer cautelar e 01 conversão de prisão em flagrante em prisão temporária, senão vejamos:



Ocorre que, em análise das supracitadas decisões, encontramos casos nos quais houve exposto pronunciamento do Magistrado no sentido de reconhecer a ausência de elementos que configurassem o delito de tráfico de drogas, indicando o

aparente enquadramento dos casos em posse de drogas para uso próprio²⁰, senão vejamos:

Ademais, muito embora a Autoridade Policial tenha representado pela decretação da prisão preventiva dos flagranteados, nota-se que não há elementos até este momento elementos suficientes para acolhimento da citada representação. **Não há nos autos qualquer elemento que revele a mercancia de drogas, tampouco as circunstâncias do flagrante não denotam a prática de tráfico, posto que não havia aglomeração de pessoas e não foi encontrada quantia de dinheiro com os flagranteados.** Ora, o delito praticado pelos flagranteados, embora censurável, não gerou intensa comoção social, além de não haver restado evidenciada a periculosidade do mesmo, inexistindo ainda indícios de que os agentes pretendem se subtrair aos efeitos da eventual condenação. (...) Ante ao exposto, e à falta de motivo determinante da decretação de Prisão Preventiva, com fulcro no art. 310, III, do Código de Processo Penal e da Lei 12.403/2011, **CONCEDO LIBERDADE PROVISÓRIA** aos flagranteados J___ e J___, qualificados, mediante cumprimento das medidas cautelares do art. 319, incisos I da referida Lei, ficando ressalvado de que o descumprimento da medida de logo resta revogado o benefício ora concedido, sem o impedimento da decretação da prisão cautelar preventiva por ter se mostrado inadequada a medida ora concedida. (Decisão em audiência de custódia proferida nos autos do APF n. 0317849-35.2016.8.05.0001)

Nesses casos, o Magistrado expressamente descarta a possibilidade de ocorrência do delito tráfico de drogas, mas ainda assim não opera a desclassificação para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, inclusive remetendo os casos para as Varas de Tóxicos de Salvador, a saber:

Embora assim esteja tipificada a conduta do acusado, pelas circunstâncias em que ocorreu o flagrante, numa opinião preliminar, podendo verificar que pela própria quantidade da maconha encontrada (17g), sem preparação em porções distintas, distância um pouco para o que se tem por droga pronta para comercialização; não fosse essas circunstâncias, cuja droga encontra-se constatada pelo laudo pericial próprio, verificamos ainda que o conduzido não reúne condições evolutivas para o conceito de traficante, também pelo fato de ser primário e não haver antecedentes criminais, possuindo portanto, condições especiais para a concessão da liberdade provisória, com o compromisso de comparecimento mensal de

²⁰ Tais elementos indicativos de um afastamento do delito de tráfico de drogas, nos termos de algumas decisões judiciais, seriam a pequena quantidade de droga, a ausência de preparação da droga para mercancia, a ausência de aglomeração de pessoas, de armas e de quantidades vultuosas de dinheiro e a primariedade do agente.

30 em 30 dias para não trazer prejuízo a instrução do feito, e justificar suas atividades lícitas, conforme determina o art. 310, III do CPP, conjugado com o art. 319 do mesmo diploma. **De outro tanto, entendemos não haver condições que determine o envio dos autos para qualquer juizado, haja vista que por mais inofensiva que seja a conduta aliada a drogas, seja para o tráfico ou para o uso, a matéria deve ser apreciada sempre pelo juízo de uma das varas especiais de tóxico desta capital**, ficando esta parte do requerimento a ser analisada pelo juízo processante. (Decisão em audiência de custódia proferida nos autos do APF n. 0318247-79.2016.8.05.0001)
[Grifos aditados]

Entendemos, no entanto, que a apreciação de requisitos objetivos mínimos para a caracterização do delito de tráfico de drogas não configura indevida antecipação de juízo de mérito, mas sim exame de materialidade delitiva – quesito indispensável para o reconhecimento da legalidade da prisão em flagrante.

Inclusive, nos termos do art. 48, §2º da Lei 11.343/2006, não será imposta prisão em flagrante ao crime de porte de drogas para consumo pessoal, sendo, portanto, imperativo o relaxamento da prisão em flagrante para o delito de porte de drogas para consumo pessoal, com o respectivo encaminhamento dos autos para a competência dos Juizados Especiais Criminais (JECRIM).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa nos permitiu chegar a um panorama mais claro sobre o próprio instituto da audiência de custódia, bem como acerca dos resultados efetivos de sua realização no município de Salvador – Bahia, através das seguintes considerações:

Inicialmente, como já resta demonstrado, entendemos como pacificada a existência de norma jurídica plenamente aplicável, no que tange a realização da apresentação imediata do indivíduo detido pelas autoridades policiais a um Juiz, nos termos nos tratados internacionais ratificados pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde 1992.

Apesar disso, conforme segmento da doutrina nacional já sinaliza, defendemos também a regulação do instituto através de lei federal, mormente para suprir algumas questões que não estão devidamente aclaradas nas convenções internacionais e o Poder Judiciário de fato inovou em matéria processual penal²¹, podendo, inclusive, ser considerada uma interferência indevida.

Importa ressaltar que, conforme atestado, a audiência de custódia deve ser compreendida sob uma série de finalidades, não unicamente se limitando ao exame da necessidade de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, ou de decretação de medidas cautelares alternativas; mas abarcando também outras questões ora apontadas, como a realização de controle de legalidade da prisão em aspectos materiais e constitucionais.

Atestamos, também, em consonância com o entendimento de parte da doutrina nacional, que a audiência de custódia possui, no ordenamento jurídico brasileiro, papel preponderante para redução do encarceramento em massa, superlotação de presídios e controle de eventuais abusos e arbitrariedades cometidas pelas autoridades policiais.

²¹ Entendemos que tais aspectos devem ser devidamente regulamentados em previsão legislativa, uma vez que nos parece temerário consentir com inovação normativa partindo do Poder Judiciário em matéria processual penal, mormente em tempos de ativismo judicial.

Sem embargo, para o alcance eficaz das finalidades e objetivos delineados, a mera implementação e realização das audiências de custódia não são suficientes – sendo premente uma mudança cultural dos atores jurídicos, acerca da solidificação de ideais de combate e intolerância a arbitrariedades no sistema penal, bem como de restrição da liberdade em caráter excepcionalíssimo.

Nessa seara, também atestamos ser impraticável o completo isolamento entre o exame da regularidade da prisão em flagrante e a necessidade de sua manutenção e o mérito dos fatos, uma vez que tais questões encontram-se, na maioria das vezes, intimamente conectadas. Nesses casos, inclusive pode ser do interesse da própria defesa o exame indireto do mérito, adentrando inclusive questões não mencionadas no Auto de Prisão em Flagrante (APF).

No que tange aos resultados encontrados na presente pesquisa, constatamos positivamente redução efetiva no número de decisões de prisão preventiva, diminuindo o ingresso de pessoas no sistema carcerário. Aqui, registre-se a atuação de excelência do Núcleo de Prisão em Flagrante (NPF) como um serviço judicial eficiente e referência em caráter nacional.

Ocorre que, por outro lado, encontramos vinculação constante entre os pedidos de prisão preventiva formulados pelo Ministério Público e sua efetiva decretação pela autoridade judicial.

Constatamos, nesse ponto, certa deficiência na efetivação do Princípio do Contraditório nas audiências de custódia analisadas, na medida em que a defesa e a acusação aparentemente não figuram em paridade de armas, uma vez que os pronunciamentos da defesa técnica, não tiveram o condão de influenciar efetivamente na decisão proferida ao final do ato, sinalizando que a presença da defesa esteja sendo meramente formal.

Ademais, conforme discutido, atestamos que a falta de critérios objetivos que permita uma diferenciação entre os delitos de tráfico de drogas e porte de drogas para uso pessoal tem, na prática, conduzido a orientação dos Magistrados no sentido do delito mais gravoso, ocasionando um quadro de aprisionamento de

peessoas com ausência de elementos que configurem o delito tráfico de drogas, como pequena quantidade da substância, por exemplo.

Neste particular, nos casos em que o magistrado reconheça a inexistência de elementos típicos configuradores do delito de tráfico de drogas e o possível enquadramento da conduta no crime de porte para uso pessoal, torna-se imperioso o relaxamento da prisão em flagrante e o encaminhamento dos autos para o Juizado Especial Criminal.

Outra questão que entendemos relevante, mas que, conforme demonstrado, tenha sofrido omissão generalizada nas decisões analisadas é a menção a ocorrência de abuso policial. Ora, atestamos que alguns magistrados não estão plenamente aliados com os princípios e objetivos dispostos nas normas jurídicas, uma vez que é papel institucional da audiência de custódia coibir e apurar abusos policiais perpetrados no momento da prisão.

Nessa linha, sugerimos prévia orientação aos conduzidos quanto à finalidade da audiência de custódia e quanto ao conceito e alcance do termo abuso policial, visando à notificação dos casos aos magistrados competentes.

Ainda nessa seara, importa enfatizar que é imprescindível que as devidas providências sejam tomadas pelos atores judiciários atuantes do Núcleo de Prisão em Flagrante (NPF) para coibir e apurar eventuais abusos cometidos pelas autoridades policiais.

Ademais, constatamos grande discrepância entre os termos de audiência dos diferentes Magistrados atuantes no Núcleo de Prisão em Flagrantes (NPF) em Salvador/BA. Nesse sentido, sugerimos a adoção de termo padrão de audiência neste Núcleo, que contenham:

- a) Os direitos do conduzido, especialmente o de permanecer calado e o de entrevista pessoal com seu defensor;
- b) A resposta da pessoa conduzida acerca da ocorrência ou não de abuso policial por ocasião da prisão;

- c) As medidas adotadas pela autoridade judicial quanto à eventual alegação de violência perpetrada por agentes estatais;
- d) Os pedidos formulados pelo Ministério Público e pela defesa, inclusive apontando se o pedido de liberdade provisória veio acompanhado ou não da aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, a fim de viabilizar melhor controle da decisão judicial proferida.

No que tange à fundamentação das decisões judiciais analisadas, nos termos do que já fora demonstrado, encontramos alto índice de omissão dos Magistrados acerca de manifestação sobre legalidade ou ilegalidade da prisão em flagrante, ou até mera referência genérica e abstrata sobre a legalidade do mesmo.

Ora, entendemos como imprescindível uma abordagem judicial que contemple um controle de legalidade material e constitucional da prisão em flagrante e da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante devidamente fundamentados segundo o caso concreto. A mera referência a elementos genéricos e a dispositivos normativos não configura fundamentação jurídica.

Ademais, ainda no tópico de fundamentação das decisões judiciais, atestamos uma quantidade expressiva de casos de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva com mera referência formal ao dispositivo normativo, qual seja art. 312 do Código de Processo Penal, em especial com a fundamentação abstrata de ordem pública.

Na mesma linha, entendemos que a decretação de prisão preventiva deve ocorrer apenas quando plenamente demonstrada sua necessidade, nos termos do ordenamento jurídico, uma vez os elementos presença de materialidade delitiva e indícios de autoria devem estar fundamentados nos termos do caso concreto.

Outrossim, deve haver menção, ainda, aos fundamentos do *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*, sendo apresentados de forma individualizada e devidamente amparados pelo contexto fático de cada caso concreto.

À luz do que foi discutido, entendemos, por fim, que a implementação das audiências de custódia no ordenamento jurídico brasileiro é, como já dito, um enorme avanço no sistema penal. Todavia, uma mudança cultural nos atores jurídicos é premente para que o instituto alcance, de fato, os objetivos pretendidos, e não se comprometa a legitimidade do instituto como instrumento de garantia de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Aportes para uma visão crítica do uso alternativo do direito à teoria garantista.** Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre , v.4, n.13 , p.99-122, jan./mar.2004.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Ensaio sobre uma Teoria Agnóstica da Pena: Fronteiras entre o Político e o Direito Penal.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/augusto_jobim_do_amaral.pdf>

ANDRADE, Bruno Araújo de; TEIXEIRA, Maria Cristina de. **O Estado de Coisas Inconstitucional.** Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 13, n. 13, 2016.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Audiência de custódia: avanços e desafios.** Revista de informação legislativa: RIL, v. 53, n. 211, p. 301-333, jul./set. 2016.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 5 ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

_____. **Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de Limitação do Poder Punitivo.** In: Crítica à Execução Penal: Doutrina, Jurisprudência e Projetos Legislativos. CARVALHO, Salo de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CUNHA JR., Dirley da. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/264042160/estado-de-coisasinconstitucional>>

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal.** 1 ed. Emporio do Direito, Salvador, 2016.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas: Relatório de Pesquisa.** Disponível em <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf>

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos ; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.]. – Brasília : Ministério da Justiça e Segurança. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. 65 p. : il. color.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PRADO, Daniel Nicory do. **A Prática da Audiência de Custódia**. 1. Ed. Emporio do Direito. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2017.

SOARES, Gleison dos Santos. **Teoria Agnóstica da Pena: por uma justificação legítima da sanção criminal**. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14623>

Tradutores do livro **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**, de Luigi Ferrajoli, 6 ed. Roma: Laterza, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003;

PINHO, Ana Claudia Bastos de. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito: uma abordagem a partir do Garantismo de Ferrajoli**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.