



USO OU TRÁFICO DE DROGAS? O QUE DIZEM AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL

Filipe de Sousa Alcântara

Graduando em Direito pela Universidade Federal da Bahia

E-mail: filipe.salcantara@gmail.com

RESUMO

A Constituição brasileira escolheu presumir a inocência de qualquer sujeito até que o contrário seja legalmente provado no processo penal. Isso implica no dever de tratamento de qualquer pessoa como inocente em matéria penal e que a carga probatória sobre a culpa deve ser toda do Ministério Público. Neste sentido, no âmbito dos delitos previstos na Lei 11.343/2006, ao surgir a dúvida sobre a imputação penal do indivíduo flagrado com substâncias ilícitas, se porte para uso pessoal ou tráfico de drogas, enquanto não surjam provas suficientes para tipificação do crime mais grave (artigo 33), a presunção de inocência exige que o sujeito seja tratado como usuário (artigo 28). Entretanto, algumas decisões em sede de audiência de custódia demonstram entendimento diverso, tendo elas participação direta na estruturação antidemocrática da atual política criminal de drogas.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Lei de Drogas. Estado de inocência.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Processo Penal e Democracia, da Universidade Federal da Bahia, liderado pelo Professor Doutor Elmir Duclerc Ramalho Junior, e sob a orientação direta da Professora Doutora Luciana de Oliveira Monteiro, e está inserido na linha voltada ao estudo da audiência de custódia, estruturada a partir da celebração do convênio de cooperação técnico científico firmado entre o Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Definiu-se, inicialmente, como proposta de estudo a análise qualitativa das decisões interlocutórias proferidas em sede de audiência de custódia pelos magistrados integrantes do Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador ao longo do ano de 2016.

Constatado o grande número de atos decisórios coletados, concretamente 3.129 (três mil cento e vinte e nove), estabeleceu-se como recorte do universo de pesquisa o exame específico das deliberações judiciais produzidas nos meses de janeiro, junho e dezembro de 2016, totalizando 590 (quinhentos e noventa) decisões, as quais foram divididas entre os integrantes do grupo para mapeamento e delimitação das questões de interesse para o debate e aprofundamento em razão do objetivo maior de desenvolvimento de uma teoria agnóstica do processo penal.

Restringindo a análise aos casos em que a prisão em flagrante se deu pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da lei 11.343/06, foram observadas, nas decisões prolatadas em sede de audiência de custódia, situações nas quais o magistrado, mesmo não tendo evidências suficientes para a caracterização da mercancia da droga, deixou de considerar o autuado como usuário, optando por tratamento mais severo.

Identificou-se, assim, como problema a ser elucidado através da pesquisa, se é admissível a flexibilização do direito fundamental da presunção de inocência na etapa inicial da persecução penal para justificação de medidas cautelares, ou se tais decisões, por estarem flexibilizando aludido direito, de matriz constitucional, não estariam, em verdade, optando por uma política criminal de drogas antidemocrática.

Para isso, a metodologia escolhida para a obtenção de resultados válidos foi a análise de decisões judiciais em sede de audiência de custódia, especialmente a fundamentação sobre a circunstâncias do flagrante, e, conseqüentemente, a legalidade ou não da prisão.

O marco teórico que se escolheu para basear a presente pesquisa foi o da teoria agnóstica da pena e do processo penal. Partindo da premissa de que a pena não possui uma função específica e que é irracional em si mesma, tese formulada por Eugênio Raul Zaffaroni, o poder punitivo estatal é visto como algo a ser limitado (ZAFFARONI, 2013, p. 176 e 177). Neste sentido, as garantias processuais penais surgem como limitação concreta do *potestas puniendi*, de maneira a controlar o excesso punitivo e, necessariamente, trazer uma interpretação constitucional para o processo penal.

O enfoque escolhido está inserido em uma problemática muito maior, já denunciada por grandes pesquisadores das ciências criminais como o já citado professor

Raul Zaffaroni, Loic Wacquant, entre outros, que é a falência do sistema penal. Os números fornecidos pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2015, p. 6), que evidenciaram as inconstitucionalidades intrínsecas ao sistema carcerário, lastreiam as constatações sobre como vem atuando o sistema persecutório penal, inclusive indicando que os dados da superlotação de presos sentenciados e provisórios não demonstram expectativa de queda.

Observando os dados do INFOPEN com mais atenção, nota-se outra informação importantíssima para compreender o atual estado do sistema prisional, que é o fato de o tráfico de drogas ser responsável por 27% (vinte e sete por cento) da população carcerária total, onde esse tipo penal incide sobre 25% (vinte e cinco por cento) dos homens e 65% (sessenta e cinco por cento) das mulheres com liberdade cerceada. Cumpre ressaltar que o crime de tráfico de drogas, assim como o furto, que representa 11% (onze por cento) da população do cárcere, são crimes de natureza não violenta, mas devido aos seus reflexos sociais, acabam sendo o fator motivador deste crescimento vertiginoso da população carcerária (WACQUANT, 2001, p. 29).

Dessa maneira, a delimitação do tema e recorte metodológico do universo empírico da pesquisa, adstrito à análise das decisões judiciais proferidas em sede de audiência de custódia atinentes a presos flagranteados pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, se justifica pela sua relevância no sistema carcerário brasileiro.

2 APROXIMAÇÃO AO OBJETO DE PESQUISA: O AMBIENTE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

Com a regulamentação das audiências de custódia, por meio da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, a entrada dos flagranteados no sistema prisional possui uma nova realidade. Por justamente ter sido proposta mediante as constatações de inconstitucionalidade do sistema carcerário, através do julgamento da ADPF nº 347/2015, e considerada a vigência interna do art. 9º, item 3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, bem como do artigo 7º, item 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o procedimento das audiências de custódia representa um passo no sentido de frear os impulsos punitivos e o aumento da população carcerária, em especial a dos presos provisórios, mesmo que aparente ser uma medida impopular (PAIVA, 2017, p. 37).

Assim, o entendimento tomado pelo juiz nesse momento é crucial para compreender como as prisões vêm sendo feitas e quais são as evidências do flagrante que estão sendo apresentadas para o judiciário. Ora, é justamente com a apresentação do autuado e das provas que vieram a lhe imputar o flagrante que o juízo formará o seu entendimento inicial sobre aquela situação, para decidir a partir das opções trazidas pelo artigo 310 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, a audiência de custódia é o primeiro momento de tutela de garantias fundamentais do indivíduo preso, por isso se mostrando um momento propício para análise empírica das decisões judiciais e como elas se relacionam com a limitação do poder punitivo estatal.

A observação das decisões proferidas em sede de audiência de custódia, no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, no ano de 2016, revelou uma problemática específica quanto aos crimes previstos na lei 11.343/2006, concretamente, a necessidade de diferenciação dos casos de porte para uso pessoal das hipóteses de tráfico de drogas.

Isso porque a Lei de Drogas estabelece uma clara distinção no tratamento jurídico-penal que deve ser dispensado ao imputado em função da infração penal cometida, seja quando diferencia as espécies de penas aplicáveis (privação da liberdade e multa para os crimes de tráfico e imposição de advertências e medidas educativas para a porte/posse destinada ao próprio uso), ou quando difere o tipo de procedimento penal a qual deve ser aquele submetido (o primeiro pela justiça comum e o segundo pelos juizados especiais criminais). A questão adquire especial transcendência na medida em que não é admissível, nos casos de mero porte ou posse para uso, a prisão em flagrante nem a preventiva, tornando-se, assim, matéria que deve ser enfrentada no ambiente da audiência de custódia.

Tornou-se perceptível em algumas decisões que, apesar de o magistrado reconhecer a ausência de circunstâncias no aparente flagrante de tráfico de drogas, prossegue a decisão sem desclassificar o crime do art. 33 da Lei 11.343/2006 para o previsto no art. 28 do referido diploma legal, o que, de ser feito, acarretaria no relaxamento da prisão. Assim, existindo a dúvida sobre a infração penal objeto do flagrante, nestas decisões o entendimento que prevalece é no sentido de que a ação delitiva deve ser enquadrada como constitutiva do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. Destarte, objetivou-se com o presente trabalho averiguar se o entendimento anteriormente descrito flexibiliza o princípio da presunção de inocência, visto que a condição de traficante é presumida, enquanto a de usuário necessitaria de produção de provas.

O tema se justifica por demonstrar que a potencialização da atividade do sistema criminal sobre condutas não violentas – como sucede no tratamento dos acusados pela

prática de delitos previstos pela Lei de Drogas, especialmente na relativização na diferenciação existente entre tráfico e porte ou posse para o próprio uso – é um sintoma de como se desenvolve a atuação do poder punitivo estatal, evidenciando a irracionalidade da punição como alteração social, e como o processo penal deve fazer parte da contenção desse avanço (CARVALHO, 2016, p. 267). Tendo em vista que as decisões analisadas integram e legitimam a política criminal das drogas, fica revelada a necessidade de uma visão crítica de tal sistema, já que a sua ação pode estar relativizando garantias fundamentais do Estado democrático de direito.

3 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Decorre do artigo 5º, LVII da Constituição Federal e de ratados internacionais dos quais o Brasil é signatário o princípio do Estado de Inocência, ou princípio da presunção de inocência, direito fundamental que todo sujeito possui de ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vide o Pacto de San José da Costa Rica e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O texto do inciso supracitado possui um nível de clareza em sua linguagem tão grande quanto a sua importância para o processo penal em um estado democrático de direito. Isso porque é um princípio processual penal que decorre da dignidade da pessoa humana e da liberdade, alicerces para a sociedade democrática.

E do princípio fundamental da presunção de inocência retira-se o postulado *in dubio pro reo*, brocado este tão caro ao processo penal do Estado Democrático de Direito. A sua aplicação prática significa dizer que, no caso de dúvida, o entendimento do juízo deve ser em direção para o que for mais benéfico para o réu (KARAM, 2009, p. 5). Nas palavras da professora Maria Lúcia Karam “em verdade, é por considerar a dignidade inerente a cada ser humano que a Constituição Federal protege o tratamento de inocência” (2009, p. 2). Dessa forma, a norma constitucional solidifica o entendimento que, em momento duvidoso, qualquer sujeito possui o direito de se ver protegido contra o avanço do poder punitivo.

Nesses termos, historicamente, a presunção de inocência vem se consolidando nas Constituições que almejam um processo penal democrático, de caráter acusatório. Assim, é importante ressaltar a crítica feita pelo Professor Francesco Carnelutti à presença da presunção de inocência na Constituição Italiana, demonstrando certa descrença sobre a

efetividade do princípio, ao afirmar ser uma daquelas normas que servem somente a demonstrar a boa-fé daqueles que a elaboraram (CARNELUTTI, 2017, p. 48).

Não obstante a observação do professor italiano, aqui entende-se que a presença da norma no texto constitucional impõe que o restante do ordenamento jurídico, bem como os variados níveis de atuação prática da justiça criminal, a tenham como base norteadora, ainda que os anseios populares ou a prática induzam ao contrário.

Por ser um princípio que atua internamente e externamente no processo penal, figura como uma garantia de que a liberdade do acusado será mantida estante até que o contrário seja devidamente demonstrado e provado. É verdadeiro dever de tratamento, fora e dentro do processo (LOPES JUNIOR, 2012, p. 97). Ora, sendo a liberdade a regra constitucional, a persecução penal deve se inclinar inicial e necessariamente para a inocência do acusado. Isso significa dizer que o acusado não deve necessitar provar sua inocência, visto que ela é presumida. Em um processo penal, que deve estar à luz da Constituição (LOPES JUNIOR, 2006), a presunção da inocência deve servir como uma garantia do sujeito autuado contra o poder punitivo.

Dessa forma, a dimensão interna da presunção de inocência se dirige ao juiz, impondo a este que a carga probatória seja exclusiva da acusação. Consequentemente, a interpretação e aplicação processual do princípio do estado de inocência é o de absolvição do acusado quando o juiz estiver em dúvida quanto à sua culpabilidade, tendo em vista que a acusação não apresentou provas suficientes. (LOPES JUNIOR, 2016, p. 79). Esse entendimento está positivado no artigo 386, VII do Código de Processo Penal, trazendo essa expressa previsão. Indo além, a presunção de inocência não apenas traz o ônus da prova inteiramente para a acusação, impedindo que o réu tenha que provar sua inocência (KARAM, 2009, p. 13), sistematicamente, a presunção de inocência afeta também o sistema das medidas cautelares, tornando-as mais rigorosas.

Assim, quando o sistema penal adota o princípio da presunção de inocência como pilar fundamental, as prisões processuais passam a servir em situações cautelares específicas, e necessitam uma demonstração dos requisitos do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*¹ (RAMALHO JUNIOR, 2016, p. 57).

3.1 Presunção de inocência e audiência de custódia

¹ Respectivamente significam *fumaça do cometimento de um delito* e *perigo na liberdade*. Para o processo penal seriam os indícios de cometimento de um delito, tanto autoria como materialidade, e o perigo que a liberdade do sujeito representa.

A natureza jurídica da audiência de custódia ainda é tema debatido especialmente por ser um instituto jurídico relativamente recente. Segundo a concepção de Caio Paiva, citando Jesus Maria Casal e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, a audiência de custódia “é uma importante hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se de uma das garantias da liberdade pessoal” (PAIVA, 2017, p. 43).

De todo modo, no momento da audiência de custódia, o magistrado irá proferir uma decisão judicial sobre a legalidade e necessidade da prisão. Partindo da premissa que uma decisão judicial é um signo da jurisdição, ou seja, a parte funcionando como representação do todo, impõe concluir que já na análise do flagrante existe função jurisdicional. Dinamarco, Grinover e Cintra irão afirmar que a jurisdição como poder é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. (2009, p. 147). Entretanto, tendo em vista o marco teórico escolhido, qual seja, a teoria agnóstica da pena e do processo, aqui se propõe encarar toda a persecução penal como instrumento limitador do poder punitivo, o que impõe a necessidade de mudança na interpretação dos conceitos processuais (RAMALHO, 2016, p. 121 a 122).

Dessa maneira, o conceito de jurisdição que mais se adequaria à análise proposta é o formulado pelo professor Elmir Duclerc, interpretando a conceituação de Afrânio Silva Jardim, ao afirmar que a jurisdição deve ser encarada como um contrapoder que deve limitar o poder punitivo estatal a partir da tutela das garantias fundamentais dos indivíduos, especialmente os perseguidos pelo processo penal (DUCLERC; SILVA *apud* RAMALHO, 2016, p. 124). A interpretação da jurisdição de forma restritiva e coerente não é mais que o resultado desta atribuição limitadora, que constitui a razão de ser da agência judicial e do poder dos juristas no sistema penal. (ZAFFARONI, 2016, p. 257).

Em outras palavras, já na audiência de custódia, que é momento/oportunidade de análise do flagrante e decisão sobre sua legalidade e necessidade de manutenção do encarceramento, existe função jurisdicional. E, especialmente porque se decidiu aqui interpretar a jurisdição como contrapoder em relação ao Estado punitivo através da tutela de garantias fundamentais, necessariamente neste momento já devem incidir os princípios limitadores da persecução penal, como o contraditório e a ampla defesa. Inclusive, nesta etapa pré-processual a presunção de inocência deve ser resguardada, impondo, portanto, um tratamento mais favorável ao autuado condizente com seu estado de inocência quando o flagrante não estiver caracterizado e não puder ser convalidado ou quando não estiverem demonstrados os requisitos para aplicação de uma medida cautelar constritiva da liberdade.

Partindo do entendimento de que o princípio de presunção de inocência deve ser observado no controle da legalidade das prisões, que se exerce através do exercício da jurisdição, torna-se exigível, na realização da audiência de custódia, a efetiva perquirição da presença de prova da materialidade e indícios de autoria quanto ao fato criminoso imputado ao conduzido.

Consequentemente, não poderá haver presunção de que essas provas e indícios existem, nem se admitir que sejam elas apresentadas a posteriori, devendo ser evidenciadas em sede de audiência pela autoridade policial que conduziu o preso. O controle da legalidade da prisão, portanto, deve ser exercido de forma imediata quando da realização da audiência de custódia, ou seja, os elementos para a caracterização do flagrante delito devem estar presentes, como requisito mínimo e indispensável da convalidação do ato constritor da liberdade ambulatorial que se apresenta por esta via.

Em razão do exercício da jurisdição na realização da audiência de custódia, voltado para o controle da legalidade da prisão, torna-se necessário, portanto, que o princípio da presunção de inocência seja operativo neste momento pré-processual. É justamente na audiência de custódia que se busca averiguar as garantias mais básicas do sujeito preso, como a verificação da ocorrência de tortura e demais ilegalidades persecutórias. Assim, paralelamente, o princípio da presunção de inocência também deve ser resguardado neste momento, devendo o magistrado evidenciar, na decisão proferida em audiência de custódia, se estão, de fato, presentes indícios de autoria e materialidade suficientes para validação da prisão em flagrante e aplicação das medidas cautelares. Caso contrário, a liberdade é a regra decorrente do dever de tratamento para com todos os acusados que ainda não tenham contra si uma sentença condenatória firme, isto é, transitada em julgado.

4 METODOLOGIA PARA ANÁLISE DAS DECISÕES EM SEDE DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SOBRE O ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06

O presente artigo objetiva analisar a fundamentação utilizada nas decisões em sede de audiência de custódia, nos casos em que a prisão em flagrante se deu pela suposta prática do delito de tráfico de drogas, tipificado no art. 33 da lei 11.343/2006, e como o princípio da presunção de inocência está sendo utilizado ou mitigado. De maneira geral, o

trabalho almeja observar onde e em que tipo, no espectro da política criminal das drogas, as referidas decisões analisadas se encaixam.

O âmbito das audiências de custódia foi escolhido como ambiente de pesquisa empírica por ser a atual entrada formal dos presos em flagrante no sistema jurídico criminal. Dessa forma, é um momento privilegiado para análise da atuação da política criminal de drogas sobre os sujeitos por meio das decisões proferidas. Essa metodologia de análise das decisões proferidas nas audiências de custódia partiu do questionamento sobre como os sujeitos têm entrado no sistema jurídico penal. Os dados empíricos fornecidos pelo INFOPEN (Levantamento de Informações Penitenciárias), realizado pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), trazem as cifras sobre a população que já está inserida na lógica carcerária, se mostrando necessário analisar o resultado do primeiro contato dos sujeitos autuados com o poder judiciário, em especial os dos sujeitos flagranteados, que ocorre com as audiências de custódia.

Para tanto, foram coletadas 590 (quinhentos e noventa) decisões interlocutórias em sede de audiências de custódia no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador, referentes aos meses de janeiro, junho e dezembro do ano de 2016. Dentro dessa amostragem geral detectada pelo grupo de pesquisa, este trabalho se debruça sobre 55 (cinquenta e cinco) decisões interlocutórias, das quais 22 (vinte e duas) foram flagrantes relativos à Lei de Drogas, todas do período compreendido entre os dias 13 e 20 de junho de 2016. É importante esclarecer que cada decisão coletada se refere a um sujeito, e não a um flagrante como um todo, visto que em alguns casos mais de um sujeito é flagranteado, quando caracterizado o concurso de pessoas, sendo todos conduzidos para a mesma audiência de custódia, gerando, assim, um único número de processo, a despeito da multiplicidade de decisões e entendimentos para cada um dos custodiados.

O delito em questão foi escolhido como recorte para a pesquisa por sua repercussão geral no sistema criminal. A exemplo disso, vide a supracitada cifra sobre o número de pessoas encarceradas no Brasil por força da imputação do crime previsto na Lei 11.343/2006 (INFOPEN, 2015). Além disso, o tráfico figura como um dos crimes que em maior medida ocupa a pauta das audiências de custódia, sendo responsável por aproximadamente 30% (trinta por cento) dos flagrantes ocorridos em Salvador em 2016 (PRADO, 2017, p. 50 e 51).

Aqui se escolheu como enfoque analítico das decisões a fundamentação do magistrado acerca da classificação do crime reportado no flagrante, concretamente, o critério utilizado para definição do tráfico em detrimento do porte para uso. O objetivo não

é apenas listar as fundamentações e decisões dos delitos da Lei de Drogas, mas analisar criticamente como a fundamentação recai sobre esse tipo de flagrante, buscando entender a relação dela com o princípio da presunção de inocência e o seu papel na política de drogas (MOREIRA, 2014, p. 165).

5 ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES E SEUS FUNDAMENTOS

Sabe-se que, dentre as opções possíveis para o juiz decidir em sede de audiência de custódia, elencadas no artigo 310 do Código Penal, estão: relaxar a prisão ilegal; converter o flagrante em prisão preventiva; aplicar as medidas cautelares do artigo 319; e conceder liberdade provisória com ou sem fiança. Dessa forma, o juiz que preside a audiência de custódia decidirá sobre a legalidade do flagrante e a necessidade da manutenção daquela prisão, fundamentando o seu entendimento com base no que lhe for apresentado e no relato do autuado.

Assim, das 22 (vinte e duas) decisões analisadas sobre o suposto delito de tráfico de drogas, 11 (onze) decidiram pela conversão do flagrante em prisão preventiva (50%); em 9 (nove), o magistrado determinou a imposição de medidas cautelares do artigo 319 do Código de Processo Penal (41%); e apenas em 2 (duas) relaxaram a prisão (9%). Nenhuma decisão analisada decidiu pela liberdade provisória com ou sem fiança.

Ao realizar o comparativo dos dados retirados da amostragem menor com o *quantum* do universo geral, os números são muito similares. Das 590 (quinhentas e noventa) decisões coletadas pelo grupo, 280 (duzentas e oitenta) referiram-se ao flagrante pela suposta prática do delito de tráfico de drogas, sendo que 53,5% (cinquenta e três vírgula cinco por cento) das 280 (duzentas e oitenta) prisões em flagrante foram convertidas em prisões preventivas. Em 41,4% (quarenta e um vírgula quatro por cento) dos casos a prisão foi substituída por medidas cautelares diversas, 4,3% (quatro vírgula três por cento) tiveram como final o relaxamento da prisão, 0,4% (zero vírgula quatro por cento) tiveram como desfecho a liberdade plena do flagranteado e 0,4% (zero vírgula quatro por cento) foram convertidas em prisões temporárias.

5.1 Das decisões que optaram por converter a prisão em flagrante em prisão preventiva

Retornando ao universo de análise específico deste trabalho, das 11 (onze) decisões que converteram a prisão em flagrante em preventiva, 9 (nove) possuíram como fundamento principal a vida pregressa do autuado. Dentro desse rol, em 2 (duas) o autuado já estava cumprido pena ou já havia passado pela execução. Seguem trechos das decisões para melhor compreensão:

O mesmo ocorre em relação a W., posto que, embora em conjunto no mesmo flagrante com C., já se apresenta como inovador de práticas ilícitas em varas da infância e numa execução de pena na 1ª vara de execuções, em andamento, em face de crime contra a vida, o que motiva que a restrição de sua liberdade se mantenha pelos motivos do flagrante e para que não continue a trazer prejuízo a ordem pública e possível (sic) instrução criminal, já que também já se trata de um condenado, com antecedentes, motivando nesta oportunidade a conversão do flagrante em prisão preventiva, como determina o art. 310, II do CPP, combinado com o Art. 312 do mesmo diploma [...] (Processo nº0318226-06.2016.8.05.0001)

As medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) não se adequam à gravidade do crime e às circunstâncias do presente fato, se extraindo do sistema E-SAJ, a vida pregressa dos autuados, demonstrando, serem os mesmos, contumazes na prática delitiva, não sendo suficientes as medidas cautelares diversas da prisão, para conter as ações delituosas dos ora flagranteados, sendo imperiosa a necessidade da segregação cautelar. (Processo nº 0318229-58.2016.8.05.0001)

As outras 7 (sete) decisões levaram em consideração processos em curso ou até mesmo baixados como fator relevante para manutenção do autuado preso. Assim, observou-se que, caso o autuado possua qualquer histórico no sistema criminal, o juiz tende a entender que o risco de sua reiteração delitiva é grande. Não só no tráfico de drogas, pesquisas vêm demonstrando que qualquer passagem pelo sistema penal, seja processo ainda em curso ou já com cumprimento de pena, é circunstância que aumenta o número de prisões preventivas em diversos outros tipos penais (PRADO, 2017, p. 63). Nesse sentido, segue o núcleo das fundamentações de algumas das decisões analisadas para maior compreensão da estrutura do argumento.

As medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) não se adequam à gravidade do crime e às circunstâncias do presente fato, se extraindo do sistema E-SAJ, a vida pregressa do autuado, demonstrando, ser o mesmo, contumaz na prática delitiva, inclusive, estando processado perante a 2ª Vara de Tóxico, desta Comarca, pela mesma tipicidade que fora flagranteadado (art. 33 da Lei no 11.343/2006), sendo imperiosa a necessidade da segregação cautelar. Assim, cabe ao Estado conter o avanço destas células criminosas no seio da sociedade, garantindo a segurança e a paz social. Ademais cumpre registrar que o flagranteadado em Decisão recente proferida neste Núcleo de Prisão em Flagrante teve concedida em seu favor liberdade provisória (fls. 24/25), entretanto insistiu em cometer delitos, da mesma natureza, fazendo crer que ignora a aplicação da lei penal, acreditando na impunibilidade. [...] *Ex positis*, tendo em vista tudo mais que nos autos consta, e com fundamento nos arts. 310 e seguintes, do

Código de Processo Penal, CONVERTO EM PRISÃO PREVENTIVA a prisão em flagrante de I. já devidamente qualificado. Serve o presente decisum como MANDADO DE PRISÃO. (Processo nº 0318065-93.2016.8.05.0001)

As medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) não se adequam à gravidade do crime e às circunstâncias do presente fato, se extraído do sistema E-SAJ, a vida pregressa do autuado, demonstrando, ser o mesmo, contumaz na prática delitiva, inclusive, estando processado perante a 2ª Vara de Tóxico, desta Comarca, pela mesma tipicidade que fora flagrantado (art. 33 da Lei nº 11.343/2006), sendo imperiosa a necessidade da segregação cautelar. Assim, cabe ao Estado conter o avanço destas células criminosas no seio da sociedade, garantindo a segurança e a paz social. (Processo nº 0317946-35.2016.8.05.0001)

Além das nove decisões fundamentadas na vida pregressa processualmente registrada do flagranteado, duas decisões converteram a prisão utilizando como fundamento a confissão do flagranteado perante os policiais, onde ele teria afirmado que fazia parte de facções criminosas. Registra-se que, nestes dois casos não houve, nem nas atas das audiências, nem nas decisões em si, questionamento ou registro específico acerca da ocorrência ou não de abuso policial para o alcance da confissão, ainda que essa averiguação seja uma das funções da audiência de custódia.

As medidas cautelares diversas da prisão não se adequam à gravidade do crime e às circunstâncias do fato, tendo em vista que o flagranteado, muito embora não possua registro de processos em seu nome, demonstrou ter conhecimento amplo no que concerne ao tráfico de drogas, tendo em seu interrogatório afirmado que "fraciona as pedras em outras menores, que isso rende em torno de mais de 20 pedras menores que serão vendidas a R\$5,00 cada e que as pedras grandes são vendidas a R\$10,00." Assim, relatou com minúcias todo o manejo da droga e a preparação para a venda. Afirmou ainda que vende a droga para "Jonh Leno" e que costuma vender 10 pedras por dia, demonstrado assim contumácia na prática do tráfico. Por fim, o flagranteado deixou transparecer fazer parte de facção criminosa voltada a prática de tráfico na "Rocinha", dizendo que faz parte de um grupo de *WhatsApp* relacionado ao tráfico naquela localidade, demonstrando assim possivelmente incorrer também na prática do delito do art. 35 da Lei 11.343/06. Assim, cabe ao Estado conter o avanço destas células criminosas no seio da sociedade, mantendo-se, inclusive, a paz social, o que é dever do Estado. (Processo nº 0317943-80.2016.8.05.0001.)

Ressalta-se ainda, que o flagranteado muito embora não possua registro de processos em seu nome (fls. 25), demonstra ser pessoa voltada a prática do tráfico de droga, posto que no seu interrogatório o mesmo afirmou ser "olheiro" do tráfico de drogas naquela localidade, recebendo por "serviço" a quantia de R\$ 200,00 por semana, afirmando ainda pertencer a "facção Katiara". Diante destas afirmações, percebe claramente se trata de indivíduo diretamente relacionado ao tráfico, possuidor vasto o conhecimento nesta modalidade criminosa, já que relatou com detalhes o funcionamento da "boca de fumo" a qual pertence. A lavratura do Auto de Flagrancial não apresenta ilegalidades, tendo obedecido aos ditames dos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal. Dos depoimentos e declarações colhidos podem ser extraídos a prova da materialidade do fato e o indício suficiente da sua autoria. Também não incide a vedação do art. 314 do CPP, que remete às causas excludentes de ilicitude. Cabe registrar que o flagranteado confessou na Delegacia a prática do tráfico de drogas (fls. 13/14). Diante disto, nota-se que apesar não ter ações penais em seu

nome, sendo, em tese, esta é a sua primeira vez, o flagranteado apesar de "novato" na empreitada criminosa demonstra querer se especializar na prática do delito posto que demonstra conhecer a fundo como se procede o tráfico naquela localidade, e pior, na modalidade mais gravosa, tráfico de drogas, crime de natureza hedionda e que causa insegurança a sociedade e dele decorrendo a prática de tantos outros crimes (roubo, homicídios..). (Processo nº 0318070-18.2016.8.05.0001)

Cumpramos destacar que das 11 (onze) decisões que converteram o flagrante em prisão preventiva, em 5 (cinco) delas as audiências de custódia ocorreram sem a presença do Ministério Público, em flagrante desrespeito ao que dispõe o artigo 4º da Resolução nº 231/2015 do CNJ, que regulamentou as audiências de custódia.

5.2 Das decisões que optaram pela concessão de liberdade provisória com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão

No caso das 9 (nove) decisões que impuseram medidas cautelares diversas da prisão, todas levaram em consideração a primariedade do agente, não obstante a utilização de outras fundamentações.

Apenas uma decisão baseou-se exclusivamente na primariedade, visto que o juízo reconheceu a prova da materialidade e os indícios de autoria. Entretanto, cumpre esclarecer que essa audiência de custódia ocorreu sem a presença do Ministério Público. Ademais, houve manifestação dos autuados sobre implantação da droga encontrada. Para efeito expositivo, segue trecho da fundamentação sobre um dos autuados:

De acordo com a entrevista dos conduzidos e as provas contidas no APF, verificamos que estamos diante de um flagrante de possível tráfico de drogas que também envolve dois menores, e como autores em concurso, praticado por W. e C.; De logo, verificamos possível inconsistência para o crime do art. 35 da Lei 11.343/2006, em face da ausência de estabilidade da prática delituosa; embora negado por ambos acusados a posse da droga, esta se encontra apreendida nos autos em 26 pinos de cocaína, dentre outros objetos; também, o material apreendido encontra-se submetido a constatação para cocaína e 74,6g de maconha; em relação ao conduzido C. não se tem o registro de antecedentes processuais ou condenatórios, por este motivo no que determina o art. 310, III do CPP, lhe concedo a liberdade provisória, à mingua de elementos que conclua pela motivação de que o mesmo solto volte a delinquir se solto for, devendo o mesmo sair compromissado de comparecer aos atos processuais e não se ausentar do distrito da culpa, apresentando-se ao juízo processante de 30 em 30 dias para comprovar atividade lícita. (Processo nº 0318226-06.2016.8.05.0001)

As outras 8 (oito) decisões que impuseram medidas cautelares diversas da prisão foram motivadas pela falta de caracterização do delito de tráfico de drogas, seja pela falta de prova da materialidade ou pela falta de indícios de autoria.

Uma das decisões pautou-se na ausência de indícios de autoria, pelo fato de a droga ter sido encontrada em local próximo ao autuado, mas que não dava a certeza de que ele a possuía. Para melhor ilustração, segue trecho da decisão:

Ainda em análise (sic) quanto à necessidade e adequação, estando a materialidade devidamente comprovada, conforme pode ser observado do laudo de constatação preliminar de Apreensão (fl. 17) de 95,4g (noventa e cinco gramas e quatro centigramas, do vegetal Cannabis Sativa, conhecida como "maconha", ou seja, não se constatando, nesse primeiro momento, a autoria delitiva, tendo em vista que a droga fora encontrada no quintal da residência, que o acusado diz não pertencer à sua residência. Nesse contexto, forçoso reconhecer o direito ao benefício (sic) da Liberdade Provisória, com aplicação das medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, do CPP). Ante o exposto e demais dos autos, comungando com o Parquet e a Defesa, CONCEDO LIBERDADE PROVISÓRIA ao flagranteado J. já devidamente qualificado, mediante o cumprimento das medidas cautelares do art. 319, incisos I e V, da lei 12.403/2011, cuja a prisão preventiva poderá ser decretada a qualquer momento que se faça presente os requisitos do art. 312, do CPP. (Processo nº 0318096-16.2016.8.05.0001)

De outra parte, 7 (sete) das decisões se basearam na insuficiência dos elementos colhidos para constatação da materialidade, por conta da pequena quantidade de droga e ausência de outros dados objetivos que, segundo os critérios adotados pelo magistrado, pudessem servir de prova da mercancia ilícita, tais como: grande presença de pessoas, dinheiro e apetrechos para o tráfico. Desse modo, todas as sete decisões reconheceram expressamente a impossibilidade de se identificar o delito de tráfico de drogas. Para exemplificação, seguem alguns trechos dessas fundamentações²:

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,

² Tendo em vista a extensão do artigo, reservei-me a colocar apenas dois trechos exemplificativos, com as devidas referências. Para um aprofundamento, os números das outras decisões avaliadas foram: 0318093-61.2016.8.05.0001, 0317950-72.2016.8.05.0001, 0317768-86.2016.8.05.0001, 0317836-36.2016.8.05.0001.

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. (Processo nº 0317849-35.2016.8.05.0001)³

O flagranteado foi visto por Policiais Militares dispensando uma sacola em via pública contendo no interior da sacola 30 trouxinhas contendo cada uma delas uma erva aparentemente maconha e 24 trouxinhas contendo cada uma delas um pó branco aparentemente cocaína. Porém não restou evidenciado nenhuma atitude que revelasse a mercancia de drogas por este indivíduo. Não havia aglomeração de pessoas, não foi encontrada qualquer quantia vultuosa de dinheiro em poder do flagranteado, ou seja, as circunstâncias da prisão não denotam a prática do tráfico de droga. Ademais, ressalta-se que o flagranteado não possui registro de antecedentes criminais, sendo primário e, portanto, faz jus a aplicação de medida cautelar diversa da prisão. (Processo nº 0317941-13.2016.8.05.0001)

Nas sete decisões encontradas, exemplificadas nos trechos acima, o magistrado entende que a ausência de aglomeração de pessoas, bem como a falta de apreensão de quantia em dinheiro e inexistência de apetrechos desqualificam o tráfico de drogas. Dessa forma, foi possível depreender das fundamentações que existe uma prévia compreensão sobre os critérios para diferenciação entre tráfico ou porte para uso. Entretanto, mesmo com o reconhecimento da inexistência dessas circunstâncias e, portanto, da não caracterização do crime de tráfico de drogas, o entendimento permanece o de cerceamento da liberdade através da aplicação de cautelares do art. 319, apontando uma possível mitigação da presunção de inocência.

5.3 Das decisões que optaram pelo relaxamento da prisão

Dentre as decisões analisadas, apenas 2 (duas) relaxaram a prisão, uma delas por estar ausente qualquer circunstância caracterizadora do delito de tráfico de drogas, apesar da presença de substâncias ilícitas, e a outra por conta da não constatação da ilicitude da substância encontrada no momento do flagrante.

Observa-se que a ausência de fatores caracterizadores do tráfico de drogas foi o fator decisivo para o reconhecimento da ilegalidade da custódia e conseqüente relaxamento da prisão em uma das decisões, atendendo, assim, ao quanto disposto no art. 310, I do Código de Processo Penal. Para uma melhor visualização, segue trechos das fundamentações usadas nas decisões detectadas.

³ Esta citação se refere a dois autuados, contabilizando duas decisões

No momento da prisão, foram conduzidos à Delegacia A. e um indivíduo chamado A., o qual inexplicavelmente foi liberado. O flagranteado foi preso, mas nos autos **não há o mínimo de indícios capazes de imputar ao flagranteado a prática do tráfico de drogas**, principalmente porque o outro indivíduo A. não chegou a ser interrogado. Da análise dos autos não vislumbramos nenhum elemento que nos leve a crer a prática da mercancia da droga, não tendo sido revelada a autoria do delito de tráfico ou sequer a existência do crime. Ademais, o flagranteado é primário, possuidor de bons antecedentes, portanto não preenche os requisitos autorizadores da prisão preventiva, não revelando perigo a Ordem Pública. (...) Ante ao exposto, com fulcro no art. 310, inciso I do CPP, decreto o RELAXAMENTO da prisão de A. Expeça-se ALVARÁ DE SOLTURA devendo o flagranteado ser posto em liberdade se por A. não estiver preso. (Processo nº 0317808-68.2016.8.05.0001, grifo nosso)

O flagranteado não foi encontrado em posse de drogas, não tendo sido evidenciada nenhuma atitude que revelasse a mercancia de drogas por este indivíduo. Não havia aglomeração de pessoas, não foi encontrada qualquer quantia de dinheiro em poder do flagranteado, ou seja, as circunstâncias da prisão não denotam a prática do tráfico de droga. Muito embora N. responda a processo na Vara de Violência Doméstica (sic) contra a Mulher, no caso em comento, não foi encontrado droga em seu poder, mas somente erva para fumar pacaia (sic)⁴, não havendo qualquer vestígio de crime cometido pelo mesmo. É humano e justo que o flagranteado N. seja posto em liberdade haja vista que o mesmo não praticou crime, sendo a prisão ilegal, devendo o mesmo retornar ao convívio da sociedade. (Processo nº 0317836-36.2016.8.05.0001)

Dessa maneira, na primeira decisão colacionada acima, houve reconhecimento da ausência de critérios caracterizadores do tráfico de drogas, com o conseqüente relaxamento da decisão. Assim, de maneira geral, apenas duas das decisões analisadas utilizou a liberdade como regra, visto que, inexistindo evidências para o delito de tráfico a decisão adotada foi de relaxar a prisão ilegal.

5.4 O problema da flexibilização da presunção de inocência no delito de tráfico de drogas

Entre as decisões selecionadas para análise, chamam atenção, justamente, as 8 (oito) em que o juiz reconhece a impossibilidade de afirmar a caracterização do crime de tráfico, mas, ainda assim, abstém-se do reconhecimento da ilegalidade do flagrante. A questão é problemática porque em todas as oito decisões houve apreensão de pouca substância ilícita, reconhecimento da inexistência de tráfico de drogas, mas não ocorreu a desqualificação do delito mais grave para o previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, o porte para uso pessoal.

⁴ Pacaia é um cigarro ou charuto feito com fumo e enrolado artesanalmente. É, portanto, droga lícita.

Dessa maneira, a despeito da não caracterização do crime de tráfico, o juízo optou pela aplicação de medidas cautelares diversas entre as previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Seria, de fato, possível, sustentar semelhante entendimento?

Sabe-se que as medidas cautelares, provenientes da Lei 12.403/11, surgem para reforçar a natureza excepcional da prisão preventiva. O artigo 282 do Código de Processo Penal traz, inclusive, os requisitos necessários para a imposição das medidas cautelares, tanto para a prisão como para as cautelares de natureza diversa, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, sendo eles o *fumus comissi delicti e o periculum in libertatis*, em outras palavras, a probabilidade de um fato punível e o perigo que decorre da liberdade do acusado (LOPES JUNIOR, 2016, p. 476). Ainda que em menor grau, as medidas cautelares do artigo 319 implicam em cerceamento à liberdade. Nesse sentido, torna-se imperioso demonstrar que se tratam de medidas necessárias e adequadas ao caso concreto, nunca podendo tomar o lugar da regra, que é a liberdade. Logo, inexistindo *fumus comissi delicti e/ou periculum in libertatis*, nenhuma medida cautelar pode ser considerada cabível.

Pois bem, nas 8 (oito) decisões aqui discutidas, o próprio entendimento do magistrado é o de que não restou caracterizado, no momento da prisão em flagrante, probabilidade de fato punível, ao afirmar que estão ausentes as características do tráfico de drogas.

Assim, mesmo que, a princípio, a decisão que converte a prisão em flagrante em medidas cautelares pareça uma escolha proporcional, se está, em verdade, incorrendo em erro, ao se impor medidas cautelares onde inexistente o *fumus comissi delicti*. Em outras palavras, o menor grau de lesão à liberdade é escolhido como parâmetro de proporcionalidade, mas isso ocorre com relativização de regras constitucionais e processuais, haja vista a lesão ao estado de inocência e o descumprimento da regra do artigo 282, I e II do Código de Processo Penal.

Nas decisões analisadas, as fundamentações que declararam não existir elementos suficientes para subsunção do fato ao tipo do artigo 33 da lei 11.343/2006 deveriam conduzir, necessariamente, sob a perspectiva sustentada neste trabalho, ao relaxamento da prisão. Com efeito, seja pela ausência de qualquer situação delituosa, seja pela desqualificação daquele tipo para o porte para uso, a prisão em flagrante foi ilegal. Diferentemente, o que se detectou foi que o juiz não desqualifica o flagrante para o porte para uso pessoal, a despeito da presença de pouca quantidade de droga e inexistência das outras circunstâncias do tráfico de drogas. A consequência processual penal torna-se,

portanto, gravosa para o conduzido, em razão da inaplicabilidade do disposto no artigo 48, §2º da Lei de Drogas, que veda a prisão em flagrante para o delito de porte para uso de drogas, o que, de ser respeitado, imporia o relaxamento da prisão ilegal, nos termos do artigo 310, I do Código de Processo Penal.

Ao mesmo passo que o magistrado afirma não poder ter certeza sobre a condição de usuário do sujeito, pois aparentemente seria invadir o mérito da causa, decide cercear a liberdade dele com base no art. 33, mesmo inexistindo provas suficientes da mercancia da droga, provas essas que só seriam possíveis com a análise de mérito. O que significa dizer que, impossibilitada a verificação do consumo pessoal, a condição de traficante é presumida e a de porte para uso distanciada. Contudo, como afirmado anteriormente, já na audiência de custódia o princípio da presunção de inocência deve ser resguardado.

A questão é igualmente crítica na ausência de indícios de autoria, pois ainda que não seja o caso de optar pela desclassificação do crime de tráfico para o de porte para uso, a falta de vinculação do sujeito com a droga apreendida torna ilegal a prisão, assim como a imposição de qualquer medida cautelar.

Dessa maneira, na falta de elementos de convicção para afirmação do *fumus comissi delicti* (insuficiência de provas da materialidade ou da autoria delitiva) e presente a dúvida sobre as condições do acusado, o entendimento deve ser, necessariamente, favorável, enquanto dever de tratamento decorrente do estado de inocência.

A Lei de Drogas traz, explicitamente, tratamentos diferenciados para o usuário e para o sujeito considerado traficante. Mesmo que os verbos utilizados pelos artigos sejam muito semelhantes (PRADO, 2013, p. 54), a sanção prevista para o crime de tráfico, delito equiparado a crime hediondo, é a reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa, enquanto que a punição para o usuário de drogas que traz consigo ou armazena entorpecentes é a advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade ou medida de comparecimento à programa ou curso educativo.

Ou seja, a própria lei prevê tratamento benéfico para o sujeito usuário, em relação ao traficante, justamente por reconhecer que aquele precisa de uma tutela específica do Estado, benéfica em relação à privação da liberdade. Além do mais, por possuir menor potencial ofensivo, o delito de porte para o próprio uso possui trâmite perante o juizado especial, de acordo com o artigo 48, §1º da lei 11.343/06, trazendo consigo as possibilidades de transação penal e trancamento, diferente do delito de tráfico.

O que ocorre quando se decide, sem elementos mínimos de prova, outorgar tratamento mais severo ao usuário é, portanto, uma indevida flexibilização da presunção de inocência. O princípio deveria, ao contrário da lógica aqui combatida, conduzir à presunção da condição de usuário, não o inverso, protegendo, assim, a liberdade plena do autuado. Mesmo que sejam momentos processuais totalmente distintos, cumpre elucidar que existe entendimento do Supremo Tribunal Federal, no HC 107.448/2013, que relaciona o princípio da presunção de inocência com o necessário tratamento do sujeito como usuário quando inexisterem maiores provas trazidas ao processo da caracterização do tráfico de drogas.

6 POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS NAS DECISÕES

A juridicidade da política de combate às drogas no Brasil parte, principalmente, da Lei 11.343/06, contudo, a citada lei não é a única parte integrante da política criminal das drogas. Isso porque um modelo de política criminal, assim como de políticas gerais, é um conjunto complexo e variado de medidas, instrumentos e escolhas em geral para um determinado fim prático (RODRIGUEZ, 2003, p. 23).

Dessa forma, além da lei em si, outras medidas são usadas para instrumentalizar a política criminal de forma a efetivar seus objetivos. Nesse sentido, regulamentações sobre atuação policial, organização do sistema prisional e medidas sociais variadas são exemplos de atos que integram uma política criminal, a qual terá um âmbito de extensão maior que apenas a prevenção do crime, incluindo também o controle de suas consequências (BARATTA, 1997).

A decisão judicial no âmbito criminal, objeto de análise deste artigo, é um ato estruturante da política criminal, por ser manifesta expressão do poder jurisdicional do Estado, sendo um ato político (DINAMARCO, 1990, p. 147). Além de promover o fim proposto, tudo que integra, estrutura e efetiva a política criminal serve também para demonstrar o que se pode esperar tanto do fim almejado, como do modelo do Estado que a planeja e a coloca em prática. Nesse sentido, pode-se compreender que, na medida em que as decisões das audiências de custódia sobre o delito de tráfico flexibilizam o direito fundamental à presunção de inocência, fica revelado o caráter antidemocrático da atual política criminal das drogas (RODRIGUEZ, 2001, p. 34 e 35). Destarte, uma política

criminal de um estado democrático de direito que se instrumentaliza por decisões que desrespeitam direitos fundamentais precisa ser analisada criticamente e revista, pois acaba por violar garantias constitucionais, utilizando o próprio processo penal para tal, quando este último deveria servir como obstáculo ao avanço do poder punitivo do estado (RAMALHO, 2016, p. 120).

Espera-se que um processo penal acusatório sirva como instrumento para proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, no surgimento da dúvida, o entendimento de que o conduzido deve ter sua prisão relaxada deve ser a regra processual adotada pelos magistrados, em sede de audiência de custódia, por respeitar o princípio da presunção de inocência, e conseqüentemente, a Constituição Federal.

Como afirmado anteriormente, existe um problema prisional grave no sistema brasileiro refletido através dos dados de superlotação, onde o tráfico de drogas representa um número considerável. Tendo como objeto uma reinterpretação da política de drogas já na audiência de custódia, com uma maior cautela na diferenciação de quem está apenas portando drogas para uso e quem de fato possui fins de comércio, procura-se tentar contribuir para a resolução da questão prisional.

Entende-se, portanto, que essa medida atuará como uma intervenção político-criminal de caráter democrático, por resguardar as garantias fundamentais e a própria ordem constitucional, bem como causar menor dano possível através da persecução criminal. Inclusive, a perspectiva de afetar diretamente no início da *persecutio criminis* é bastante estratégica do ponto de vista da proteção dos direitos fundamentais, reverberando em resultados positivos para o sistema prisional como um todo (HULSMAN, p. 93, 1993).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das decisões analisadas, foi possível detectar certa relativização do princípio da presunção de inocência, visto que, quando surge a dúvida acerca da caracterização do tipo do artigo 33 da Lei de Drogas, algumas decisões proferidas em sede de audiência de custódia tendem a manter a tipificação do crime mais grave, mesmo quando reconhecidas a inexistência de indicativos concretos da comercialização ilícita de drogas e a possibilidade de que o autuado seja, de fato, usuário. Assim, a decisão em sede de audiência de custódia que relativiza este princípio figura como demonstrativo de que a política criminal de drogas pode estar se legitimando através de atos antidemocráticos.

Quando o questionamento sobre o estado do sujeito surge, a justificativa mais utilizada é de que afirmar a condição de usuário do autuado seria entrar no mérito, tendo em vista a necessidade de instrução, e que tal feito é impossível para o momento. Prosseguindo com essa decisão, o juízo, mesmo que deixando de aplicar a prisão preventiva, por entender que não há prova suficiente do tráfico que represente um perigo à ordem pública, restringe a liberdade do autuado. Encontra-se, a partir daí um paradoxo.

O juízo reconhece que não há, no flagrante, conjunto probatório suficiente para identificar o tráfico, mas deixa de desqualificar para porte para uso pessoal. Então se decide por restringir a liberdade do autuado com medidas cautelares, parecendo ter encontrado um meio termo entre a prisão preventiva e a liberdade plena. Contudo, o que parece ser um resultado exitoso para o autuado é, na verdade, uma relativização de seu direito fundamental de ser considerado e tratado como inocente.

Portanto, entende-se que, em sede de audiência de custódia, em respeito ao direito fundamental de ser considerado inocente até que se prove o contrário, e por entender que o sistema penal deve servir para frear o *potestas puniendi* do Estado⁵, é cabível considerar o autuado inicialmente como um usuário, relaxando sua prisão por força do artigo 48, §2º da Lei de Drogas, sem necessitar maior produção probatória.

Se o auto de prisão em flagrante não oferece elementos mínimo de convicção para constatação do *fumus comissi delictii*; se, por isso, o juízo possui poucas provas para consubstanciar a tipificação do artigo 33; se por força do art. 8º, VIII da Resolução 213 do CNJ, o magistrado deve “abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante”, é legal, constitucional e humanizador que o sujeito seja considerado usuário ao invés de traficante. Dessa forma, entende-se que, onde haja dúvida manifesta sobre a situação flagranteada, ou seja, quando a pouca quantidade de droga e as outras circunstâncias apresentadas não consigam demonstrar preliminarmente um suposto tráfico, o Poder Judiciário possui a oportunidade e a missão constitucional de contribuir para uma melhor política criminal relativa às drogas, relaxando a prisão ilegal.

Trazendo esta fundamentação para o objeto de análise, conclui-se que: se as circunstâncias da prisão não indicam a existência do tráfico de drogas, mas, unicamente, a

⁵ Nesse sentido, bastante clara é a metáfora realizada pelo professor Doutor Eugênio Raul Zaffaroni, em sua fala durante o primeiro Seminário Internacional de Ciências Criminais, em Salvador, no dia 14 de junho, construído pelo Centro de Estudos Criminais Prof. Raul Chaves, da Universidade Federal da Bahia, ao afirmar que o sistema penal deve servir como verdadeira “cruz vermelha” perante a guerra que é o *potestas puniendi* estatal.

condição de usuário do autuado em flagrante, este deve receber tratamento mais benéfico com a incidência do artigo 48, § 2º da Lei 11.343/06, com o conseqüente relaxamento da prisão, por esta ser manifestamente ilegal. Caso contrário, a decisão que entende pela manutenção da prisão ou imposição de cautelares ofende o princípio da presunção de inocência.

Entende-se que, assim, a liberdade, que deve ser regra, prevalece, e os sujeitos poderão responder ao processo, inicialmente, livre de medidas cautelares. Decisões judiciais que relaxem a prisão ilegal quando inexistem as circunstâncias do tráfico aproximam a política criminal da sua verdadeira função, que é a de efetivar direitos humanos (RODRIGUEZ, 2001, p. 43), e fazem com que o processo penal seja um instrumento a favor da Constituição.

O que se propõe não é que as decisões sejam necessariamente de liberdade para o acusado, em detrimento das provas produzidas contra ele, mas que sendo a liberdade a regra, o indivíduo tenha a garantia de um tratamento benéfico até que as circunstâncias ultrapassem a dúvida razoável. As garantias fundamentais não existem para encobrir criminosos, são verdadeiros reflexos das experiências massacrantes anteriores dos Estados policiais (ZAFFARONI, 2013, p. 177). Neste sentido, efetivá-las é resguardar a Constituição Federal e prezar por uma política criminal democrática (RODRIGUEZ, 2001, p. 43).

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Política Criminal: entre la política de seguridad y la política social. In: CARRANZA, Elías (Org.). **Delito y seguridad de los habitantes**. México: Siglo XXI, 1998. p. 152 - 167.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 18 de junho de 2013. **Habeas Corpus nº 107.448**. Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processo nº 0003027-77.2015.1.00.0000. Medida cautelar. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de setembro de 2015.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347. Brasília. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Edijur, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN – junho de 2014**. 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O Sistema Penal em Questão**. Niterói: Luam, 1993.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, Presunção de Inocência e Direito à Defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Angela et al. **Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PRADO, Daniel Nicory do. **Crítica ao Controle Penal das Drogas Ilícitas**. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. **A prática da audiência de custódia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

RAMALHO JUNIOR, Elmir Duclerc. **Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Política criminal**. Salamanca: Colex, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0318226-06.2016.8.05.0001**. Disponível em:

<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MESB0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0318229-58.2016.8.05.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MESG0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0318065-93.2016.8.05.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MED00000&processo.foro=1>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0317946-35.2016.8.05.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000ME260000&processo.foro=1>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0317943-80.2016.8.05.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000ME1T0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0318070-18.2016.8.05.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MEF40000&processo.foro=1>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0318226-06.2016.8.05.0001.** Disponível em:
<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MESB0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 04 dez. 2017

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0318096-16.2016.8.05.0001.** Disponível em:
<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MEI80000&processo.foro=1>>. Acesso em: 04 dez. 2017

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0317849-35.2016.8.05.0001.** Disponível em:
<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MDQ30000&processo.foro=1>>. Acesso em: 04 dez. 2017

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0317941-13.2016.8.05.0001.** Disponível em:
<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MEI1S0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 05 dez. 2017

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0317808-68.2016.8.05.0001.** Disponível em:
<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MDMV0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0317941-13.2016.8.05.0001.** Disponível em:
<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MEI1S0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0317836-36.2016.8.05.0001.** Disponível em:
<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MDPH0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0318093-61.2016.8.05.0001.** Disponível em:
<<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MEI20000&processo.foro=1>>. Acesso em: 26 nov. 2017

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0317950-72.2016.8.05.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000ME2N0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 26 nov. 2017

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0317768-86.2016.8.05.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MDLF0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 05 dez. 2017

_____. **Auto de Prisão em Flagrante nº 0317836-36.2016.8.05.0001**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000MDPH0000&processo.foro=1>>. Acesso em: 05 dez. 2017

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
Tradução de: Sérgio Lamarão.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017 Tradução de: Vânia Pedrosa e Almir Conceição.

DRUG USE OR DRUG TRAFFICKING? WHAT THE CUSTODY HEARINGS SAY ABOUT PRESUMPTION OF INNOCENCE AND CRIMINAL POLICY

ABSTRACT

The Brazilian Constitution has chosen to presume the innocence of any individual, until the contrary is legally proven in criminal proceedings. This implies the duty to treat any person as innocent in criminal matters and that the public persecution service must support the burden of proof on guilt. In this sense, in the scope of the crimes foreseen in Brazilian Law 11.343/2006, when there is doubt about the criminal imputation of the individual caught with illicit substances, if the drug is for personal use or drug trafficking, as long as there is not sufficient evidence of drug trafficking, (article 33), the presumption of innocence requires that the individual should be treated as a drug user (article 28). However,

some decisions custody hearings demonstrate a different understanding and have a direct participation in the antidemocratic structuring of the current criminal drug policy.

Keywords: Custody hearings. Drug trafficking. Presumption of innocence.