



**UNIVERSIDADE CATÓLICA DO SALVADOR  
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**TAILANE VIEIRA LOPES**

**O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA FINS  
DE PRISÃO PREVENTIVA: UM ESTUDO DAS AUDIÊNCIAS DE  
CUSTÓDIA NOS CASOS RELATIVOS À LEI DE DROGAS NA CIDADE  
DE SALVADOR**

Salvador  
2019

**TAILANE VIEIRA LOPES**

**O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA FINS  
DE PRISÃO PREVENTIVA: UM ESTUDO DAS AUDIÊNCIAS DE  
CUSTÓDIA NOS CASOS RELATIVOS À LEI DE DROGAS NA CIDADE  
DE SALVADOR**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Universidade Católica do Salvador.

Orientadora: Profa. Me. Thaize de Carvalho Correia.

Salvador  
2019

**TAILANE VIEIRA LOPES**

**O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA PARA FINS DE PRISÃO  
PREVENTIVA: UM ESTUDO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NOS CASOS  
RELATIVOS À LEI DE DROGAS NA CIDADE DE SALVADOR**

Monografia apresentada à banca  
examinadora da Universidade Católica  
do Salvador.

APROVADA em \_\_\_\_\_

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_

Profa. Me. Thaize de Carvalho Correia.  
(Presidente e Orientadora)

\_\_\_\_\_

Prof. Esp. Antônio Alcebiades Vieira Batista da Silva  
(Examinador)

\_\_\_\_\_

Prof. Esp. Alan Roque Souza de Araújo  
(Examinador)

À meu amado irmão, Alexsandro Vieira Santana (*in memoriam*), vítima da guerra às drogas, minha fonte de obstinação ao longo do curso de Direito e que continuará sendo-a por toda a minha vida profissional.

## AGRADECIMENTOS

No caminho que fiz durante a graduação, fui agraciada por ter ao meu lado pessoas dispostas a somar comigo. Assim, devo especiais agradecimentos a algumas pessoas que além de ofertarem o seu melhor para mim, foram verdadeiramente essenciais para esse momento.

Por tudo, agradeço a Deus, minha fonte inesgotável de força e proteção. Meu amparo, meu porto e meu cais. A Nossa Senhora das Graças, pela incessante intercessão, sobretudo no início, quando de joelhos roguei a ti para que preparasse os caminhos os quais iriam ser percorridos com os meus passos.

Aos meus pais, Luzinete e Nilson, pelo amor fraternal que a mim sempre foi ofertado. Por entender minhas ausências e sobreviver junto comigo à saudade de uma filha que aos 17 anos decidiu sair das paredes protegidas do seu lar para desbravar o mundo.

Aos meus irmãos, Samara, Tiago e Alexsandro (*in memoriam*), a meus avós, tias e demais parentes, por fazerem do meu sonho a extensão dos seus próprios sonhos. Assim como à minha pequena Ester, meu pedaço de luz, o melhor colo e melhor abraço nos períodos de fragilidade.

À Indi, irmã que ganhei, por ter dividido a vida comigo nesse percurso, sendo a extensão da minha família. Expressão do mais genuíno e afetuoso lar aqui em Salvador.

À Daniel Nicory do Prado, em nome da Defensoria Pública do Estado da Bahia, por ter sido o meu mentor no âmbito da pesquisa científica em ciências criminais. À minha inspiradora orientadora, Thaize de Carvalho, por, para além da orientação, ser referência da mulher que desejo me tornar.

A todos os meus grandes amigos, pelo amor e carinho, torcida e incentivo, zelo e cuidado.

Finalmente, a todos os que compõem a Universidade Católica do Salvador, em especial aos Mestres, pelo conhecimento partilhado, pela excelente formação profissional e por ter aberto meus olhos para o mundo de modo irreversível.

Saibam todos que esses são os primeiros passos de alguém com perspicácia e destemor para lançar-se aos desafios da vida. Muito obrigada!

## RESUMO

LOPES, Tailane Vieira. **O fundamento da garantia da ordem pública para fins de prisão preventiva: um estudo das audiências de custódia nos casos relativos à Lei de Drogas na cidade de Salvador.** Salvador: Universidade Católica do Salvador, 2019. Monografia de graduação em Direito.

A presente pesquisa ocupa-se do estudo da construção do fundamento da garantia da ordem pública para fins de prisão preventiva nas decisões judiciais oriundas da audiência de custódia nos casos relativos à Lei 11.343/06. O principal objetivo do estudo é avaliar se o fundamento da garantia da ordem pública como hipótese de decretação de prisão preventiva se coaduna com os preceitos do Estado Democrático de Direito. Observa-se, que o referido fundamento, por se tratar expressão vaga e de conceito indeterminado, é construído de maneira genérica, arbitrária e alimentada por uma ideologia de defesa social que elege um inimigo a ser neutralizado e segregado do convívio social. Nesse sentido, propõe-se o exame conceito doutrinário e jurisprudencial de “ordem pública”, em especial à análise empírica dos elementos considerados para a construção desse conceito no âmbito da decretação da prisão preventiva nas audiências de custódia, especificamente nos casos relativos à Lei de Drogas no período compreendido entre dezembro de 2016 a fevereiro de 2017. São apresentados dados relativos ao mesmo período, denunciando o caráter seletivo e racista do sistema criminal mediante a indicação das características sociorraciais destinatários do encarceramento preventivo. Examina-se também, a política de guerra às drogas, bem como conceitos e teorias formulados pela criminologia, que aos olhos da pesquisadora, se relacionam com o objeto investigado.

**Palavras-chave:** Ordem pública. Prisão preventiva. Defesa social. Encarceramento. Guerra às drogas. Audiência de custódia.

## ABSTRACT

LOPES, Tailane Vieira. **The foundation of the public order guarantee for pre-trial detention: a study of custody hearings in cases related to the Drug Law in the city of Salvador**. Salvador: Catholic University of Salvador, 2019. Monograph of graduation in Law.

The present research deals with the construction of the foundation of the guarantee of public order for purposes of preventive detention in the judicial decisions arising from the custody hearing in cases related to Law 11.343 / 06. The main objective of the study is to evaluate whether the foundation of the guarantee of public order as a hypothesis of pretrial detention is in line with the precepts of the Democratic State of Law. It should be noted that the aforementioned ground, because it is a vague and indeterminate term, is constructed in a generalized, arbitrary and nurturing manner by an ideology of social defense that elects an enemy to be neutralized and segregated from social life. In this sense, it is proposed to examine the doctrinal and jurisprudential concept of "public order", in particular to the empirical analysis of the elements considered for the construction of this concept in the scope of the preventive custody order in custody hearings, specifically in cases related to the Law of Drugs in the period from December 2016 to February 2017. Data on the same period are presented, denouncing the selective and racist nature of the criminal system by indicating the social characteristics that are the recipients of preventive incarceration. It also examines the policy of war on drugs, as well as concepts and theories formulated by criminology, which in the eyes of the researcher, relate to the object under investigation.

**Keywords:** Public order. Pre-trial detention. Social defense. Incarceration. Drug war. Custody hearing.

## LISTA DE GRÁFICOS

Figura 1. Das totalidade das prisões em flagrante efetuadas no período analisado.....	76
Figura 2. Das prisões em flagrante efetuadas por tráfico de drogas e pelos demais crimes.....	76
Figura 3. Decretação de prisão preventiva e aplicação de outras medidas cautelares nos crimes tipificados na Lei 11.343/06.....	77
Figura 4. Do fundamento utilizado na decisão judicial de decretação da prisão preventiva nos crimes tipificados na Lei de Drogas.....	77
Figura 5. Das prisões preventivas decretadas nos casos relativos à Lei de Drogas por sexo.....	78
Figura 6. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas por idade.....	78
Figura 7. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas por cor.....	79
Figura 8. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas por escolaridade.....	79
Figura 9. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas por quantidade de tipos de drogas apreendidas.....	80
Figura 10. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas com posse de arma de fogo ou munições.....	81
Figura 11. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas por reincidência.....	81



## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: SISTEMA ACUSATÓRIO E A PRISÃO PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR.....</b>	<b>15</b>
2.1 PREMISSAS DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	15
2.2 A PRISÃO PREVENTIVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES.....	22
2.3 PREENCHENDO A AXIOLOGIA: O CONCEITO DE “ORDEM PÚBLICA”.....	30
<b>3. DISPOSIÇÕES QUANTO À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDA.....</b>	<b>38</b>
3.1 QUESTÕES DESCRITIVAS PARA COMPREENSÃO DO INSTITUTO: DESCRIÇÃO, IMPLEMENTAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO.....	38
3.2 O PAPEL DA DEFESA DO ACUSADO NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A FRENTE ASSUMIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA NA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA CIDADE DE SALVADOR.....	45
3.3 OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA PRECAUTELAR.....	48
3.4 O JUIZ, A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO E A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NUMA CULTURA PUNITIVA.....	50
<b>4. A POLÍTICA BÉLICA DE DROGAS NO BRASIL E O ENCARCERAMENTO PREVENTIVO DO INIMIGO NO BRASIL.....</b>	<b>54</b>
4.1 A HOSTILIDADE AO ÓPIO E O PAPEL DOS EUA NA ÀS GUERRA: O INÍCIO.....	54
4.2 O BRASIL ENTRANDO NA GUERRA: ASPETOS DA POLÍTICA INTERNACIONAL DE DROGAS NO PAÍS.....	60
4.3 ENCARCERAMENTO PREVENTIVO, ORDEM PÚBLICA E O INIMIGO DO DIREITO PENAL NA GUERRA ÀS DROGAS.....	66
<b>5. EXPONDO A PESQUISA EMPÍRICA REALIZADA.....</b>	<b>70</b>
5.1 A DESCRIÇÃO METODOLÓGICA E O RECORTE DA PESQUISA.....	71
5.2 OS RESULTADOS OBTIDOS.....	75
5.2.1 Dados iniciais sobre a prisão.....	76
5.2.2 Perfil etnográfico do custodiado.....	78
5.2.3 Peculiaridades das apreensões.....	80
5.2.4 Elementos considerados pelo Magistrado para a decretação da prisão preventiva com base no fundamento da garantia da ordem pública nos casos analisados.....	82
5.2.5. Trechos retirados das decisões analisadas.....	83
5.3 A VARIÁVEL “JUIZ”, OS PRINCIPAIS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO PESQUISADOR E AS QUESTÕES NÃO ALCANÇADAS PELA PESQUISA.....	84
<b>6. ANÁLISE DOS RESULTADOS OBTIDOS À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....</b>	<b>88</b>

6.1 QUEM REPRESENTA PERIGO À “ORDEM PÚBLICA”? CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO, <i>LABELING APPROACH</i> E SELETIVIDADE PENAL.....	88
6.2 O CONCEITO DE “ORDEM PÚBLICA” NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E A IDEOLOGIA DE DEFESA SOCIAL.....	95
6.3 INSEGURANÇA JURÍDICA OU ABERTURA CONCEITUAL? O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COEXISTEM? .....	98
<b>7. CONCLUSÕES.....</b>	<b>101</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>104</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O sistema processual penal brasileiro vigora sob a premissa de que a prisão é meio excepcional, sendo, em regra, somente cabível na execução da pena, após sentença penal condenatória transitada em julgado. Contudo, esse mesmo sistema processual excepcionou hipóteses de prisão cabíveis no curso do processo, sem que ainda tenha havido sentença condenatória, sendo uma dessas hipóteses, a prisão preventiva.

A sua autorização legal decorre do art. 311 e seguintes do Código de Processo Penal, podendo ser decretada diante da conveniência da instrução, para garantia da ordem econômica e para garantia da ordem pública, sendo os dois últimos autorizadores criticados pela doutrina e pela academia, em razão de serem expressões abertas, com grande margem de discricionariedade judicial, o que incongruente com sistemas democráticos.

No que concerne ao fundamento da garantia da ordem pública, essa problemática é ainda mais latente, haja vista que, como será provado no capítulo 5 desse estudo, o mesmo é frequentemente utilizado para justificar prisões por se tratar de conceito ainda mais vago que os demais, contrariando as premissas basilares que o Estado Democrático, uma vez que as hipóteses de decretação de uma prisão, em razão de impedir o exercício de um direito fundamental, qual seja a liberdade, devem estar perfeitamente delimitadas na norma processual-penal.

Ao passo que existe um permissivo prisional de conceito tão amplo, a população carcerária brasileira encontra-se em números alarmantes, especialmente no que condiz aos presos provisórios, tendo levado o Conselho Nacional de Justiça em 2015 a aprovar a resolução nº 213 que regulamenta a audiência de custódia, considerando o referido procedimento como uma das principais estratégias a título de política criminal para conter fenômeno do encarceramento em massa, além de ser medida efetiva para comedir abusos, violações e ilegalidade, eventualmente ocorridos nas prisões em flagrante.

Ocorre que, ainda nas decisões judiciais fruto de um mecanismo de controle de prisões arbitrárias e indevidas, o fundamento da garantia da ordem pública vem sendo constantemente utilizado de modo abstrato para fundamentar a decretação de prisão preventiva, não observando a legalidade estrita, a presunção de inocência e a individualização das condutas, especialmente no que condiz aos casos relativos à Lei de Drogas, uma vez que as condutas descritas na legislação especial, individualmente consideradas, são cometidas sem violência ou grave ameaça, e sem violação de bens jurídicos de terceiros.

Deste modo, diante das inquietações postas, em observância ao intuito de implementação e regulamentação das audiências de custódia, bem como em exame ao fundamento da garantia da ordem pública enquanto possível fundamento para decretação de prisão, e considerando a atual política de drogas desenvolvida no país, a qual é responsável por significativa parte do aprisionamento cautelar, tem-se como problema de pesquisa a seguinte questão: de que modo o fundamento da garantia da ordem pública é construído nas decisões judiciais oriundas das audiências que convertem a prisão em flagrante em prisão preventiva nos casos enquadrados na Lei de Drogas na cidade de Salvador?

À problemática apresentada pela proposta de pesquisa é possível estabelecer inicialmente algumas hipóteses. A primeira, e principal delas, é que o fundamento da garantia da ordem pública, por se tratar expressão vaga e de conceito indeterminado, é construído de maneira genérica, arbitrária e alimentada por uma ideologia de defesa social que elege um inimigo a ser neutralizado e segregado do convívio social.

A condução da pesquisa em busca da resposta à pergunta problema se utilizou metodologicamente, do ponto de vista técnico, da revisão teórica do tema, levantamento jurisprudencial e das legislações nacional e internacional, além da pesquisa experimental qualitativa e quantitativa.

No que tange à pesquisa experimental essa se concretizou através da análise das decisões judiciais que decretaram a prisão preventiva nos casos enquadrados na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06) nas audiências de custódias realizadas no período compreendido entre dezembro de 2016 a fevereiro de 2017 na cidade de Salvador/BA. Essa análise visou precipuamente mapear os elementos considerados pelos juízes para formular o conceito de violação à ordem pública como fundamento para decretação de prisão preventiva (pesquisa qualitativa).

O recorte da pesquisa experimental também se utilizou para construir o perfil daqueles que foram presos em flagrante no período escolhido para estudo, categorizando os dados em: gênero; idade; cor; escolaridade; bairro de apreensão; reincidência; tipos de droga apreendidos; quantidade de tipos de droga; quantidade de drogas; e apreensão ou não com arma de fogo (pesquisa quantitativa).

Os dados necessários à pesquisa empírica foram fornecidos pela Defensoria Pública do Estado da Bahia que mapeia a ocorrência das audiências de custódia ocorridas na cidade de Salvador/BA, através do editor de planilhas no Microsoft Office Excel. As planilhas foram cedidas mediante autorização do Defensor Dr. Maurício Garcia Saporito, à época Subcoordenador das Varas Criminais e de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado

da Bahia, mediante assinatura de termo de responsabilidade e sigilo das informações acessadas, e assim se concretizou a inserção nos fenômenos que se visava pesquisar.

O estudo teórico dos objetos investigado se concretizou no presente trabalho, que no capítulo dois, estabeleceu considerações sobre o sistema acusatório e a possibilidade de coexistência da prisão preventiva nesse sistema. As reflexões partiram dos princípios norteadores do sistema acusatório, eleito constitucionalmente como o sistema processual pátrio, dando maior relevo ao princípio da presunção de inocência, haja vista sua pertinência frente ao estudo da prisão preventiva.

Delimitou-se também os termos em que se opera a prisão cautelar no ordenamento jurídico pátrio, especialmente no que concerne ao conceito doutrinário de “ordem pública”, bem como seu entendimento perante o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, como também para o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Já nos capítulos três e quatro, realizou-se, respectivamente, o exame do procedimento da audiência de custódia, bem como do histórico da política internacional de criminalização às drogas. No primeiro caso, visou-se o diagnóstico do seu atual exercício, bem como o exame do papel desempenhado pelos atores do procedimento, refletindo sobre o funcionamento da referida política criminal no contexto de uma cultura punitiva.

No que concerne ao estudo da política de guerra às drogas, o capítulo problematizou o sistema de tratamento eleito pelo Brasil, que em verdade decorre de uma política internacional de repressão, a qual o país adotou sem quaisquer participações nos debates sobre o tema, estudos ou análises acerca da adaptação da política proposta pelos tratados locais à realidade brasileira.

Posteriormente, capítulo cinco, os dados coletados a partir da pesquisa empírica foram expostos por intermédio de gráficos e tabelas, para que no capítulo seguinte, fossem analisados à luz de conceitos da criminologia crítica, como os de “seletividade penal”, “inimigo no Direito Penal”, assim como em exame da “labeling approach theory” e da “ideologia da defesa social”.

A análise dos resultados permitiu que ao fim, a pergunta-problema proposta pudesse ser respondida, cujas conclusões do estudo passam a ser analisadas a seguir.

## **2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA ACUSATÓRIO E A COEXISTÊNCIA DA PRISÃO PREVENTIVA**

As regras de direito material e de direito processual dentro de um ordenamento, são estabelecidas, aplicadas e interpretadas a partir da eleição da espécie de sistema jurídico que reger esse complexo de normas e princípio. Não somente a formação de normas jurídicas, como também o comportamento e modo de atuação dos atores participantes desse ordenamento normativo, devem se pautar nos ditames do sistema eleito.

Nesse sentido, o estudo de qualquer instituto inserido no âmbito do processo penal, assim como a análise da atuação dos agentes da justiça criminal devem ser orientados pelos ditames do sistema processual vigente no país, que segundo a constituição, é o sistema acusatório.

Deste modo, o capítulo tratará das premissas do sistema acusatório e seus princípios, além de analisar a prisão preventiva como medidas cautelares no âmbito do processo penal inseridas no contexto desse sistema, mirando especificamente na conceituação de “ordem pública” para fins de segregação cautelar.

### **2.1. PREMISSAS DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Determinar a espécie de sistema processual penal vigente no Brasil, apesar de aparentar tarefa simples e de resposta óbvia, não se constitui como questão de fácil compreensão. Isto porque, apesar de ter eleito o sistema acusatório como marco orientador do procedimento penal segundo a Constituição Federal, o país, cujo código processual vigente ainda é o de 1941, parece dançar entre o estabelecimento, em tese, de um sistema e a adoção, no exercício, de outro.

Eleger um sistema processual é como delimitar um norte, um ponto de partida, de chegada e também um indicador de ideais e princípios que, independente da circunstância (funcionamento ou não das instancias de controle) ou do destinatário (“inimigo” ou não do Estado), sempre orientará e inspirará os atos envoltos à persecução penal.

Nesse mesmo sentido, caminha o estudo de qualquer instituto ou fenômeno jurídico-penal ou jurídico processual-penal, uma vez que, o distanciamento desse marco norte, pode conduzir o pesquisador ou leitor a flertar com posicionamentos que em muito se

distancia dos caracteres do sistema acusatório, que em tese, fora o eleito pelo processo penal brasileiro.

Deste modo, inicialmente cumpre delimitar os conceitos dos dois sistemas que, conforme dito anteriormente, aparentemente o Brasil reserva um assento a cada um deles, sendo um o da tese (acusatório) e o outro o da prática, até mesmo muitas vezes da norma, (inquisitório), o que não se admite.

Como bem pontua Jacinto Coutinho<sup>1</sup>, a adoção de um sistema misto não se faz a partir da mera somatória de características de um sistema, e depois do outro. A conclusão do Autor partiu da análise das premissas trazidas por Immanuel Kant, orientador do processo pensado a partir da matriz sistêmica. Nesse sentido, o sistema segundo Kant, citado por Jacinto Coutinho<sup>2</sup>, o sistema somente poderia ser considerado como conjunto se elementos colocados sob uma ideia única, funcionando como um princípio unificador.

Assim, diante do conceito de sistema enquanto orientador do processo, não seria, pois, possível a adoção de dois sistemas processuais simultaneamente, a criar supostamente um “sistema misto”, isto porque, não há o que se falar na junção de contrários, de opostos, que juntos não se sustentam, haja vista que onde há inquisitorialidade, não há espaço para outras compreensões, pois antes de tudo ela silencia.

Nesta senda, uma vez concluído ser incabível a adoção de um sistema misto, ainda cabe-nos definir qual sistema processual vigente no Brasil, e, principalmente, quais as regras por ele estabelecidas, que devem guiar toda análise do presente estudo.

O estudo do contexto histórico das formas de persecução penal as quais o mundo já adotou conduz às respostas das questões. Na linha histórica traçada por Ferrajoli<sup>3</sup>, o processo penal da Antiguidade, a exemplo da configuração Grega e Romana, em mais se aproximou da natureza de um sistema acusatório, nas suas características de discricionariedade da ação, ônus da prova, natureza do processo construída da igualdade das partes, que propriamente já se incumbiam do exercício da atividade probatória, publicidade e oralidade do debate e o papel do árbitro reservado ao juiz.

---

<sup>1</sup>COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Sistema acusatório – cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado**. Senado Federal, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3> Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>2</sup>KANT, Immanuel *apud in* COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Sistema acusatório – cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado**. Senado Federal, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009, p. 108. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3> Acesso em: 06 maio. 2019.

<sup>3</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Terceira parte, Capítulo IX. 3 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 518-525.

Para o Autor, as formas do processo inquisitório se desenvolveram no Império Romano, iniciando pelos procedimentos de ofício para os crimes de lesa majestade, de subversão e conspiração, em que “se presume ofendido um direito do príncipe e a parte ofendida se identifica como Estado”<sup>4</sup>.

O cenário se transforma a partir dos ideais humanitaristas inspirados por um “iluminismo penal reformador”<sup>5</sup>. Nereu José Giacomolli<sup>6</sup>, também traz a Revolução Francesa (1789) como marco político de adoção do sistema acusatório. Os pensamentos iluministas concordaram com a denúncia da desumanidade da tortura da inquisição, redescobrimo valores garantistas da tradição acusatória de Roma e Grécia.

Conceituando o sistema adotado pelos ideais iluministas, Ferrajoli<sup>7</sup> pontua que:

Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida como a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base na sua livre convicção.

Noutro prisma, o italiano aduz<sup>8</sup>:

Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos de defesa.

No Brasil, os elementos do sistema acusatórios foram inseridos gradativamente, ao passo que “começamos a nossa história de independência processual penal quase simultaneamente com a história de nossa independência política”.<sup>9</sup> A constituição de 1824 trouxe a previsão dos chamados direitos políticos dos cidadãos brasileiros, o que pode ser tido como a primeira manifestação de garantias acusatórias. Em 1832 editou-se o primeiro Código de Processo Penal Brasileiro, o Código do Processo Criminal de Primeira Instância, que apesar de conter elementos inquisitórios, representou uma significativa melhora se comparado

<sup>4</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Terceira parte, Capítulo IX. 3 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 518-525, p. 520.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 521.

<sup>6</sup>GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 25. “A origem histórica e política do princípio da legalidade está nos ideais da Revolução Francesa, onde triunfou o liberalismo político, época do denominado movimento ilustrado, como medida para enfrentar e limitar o absolutismo”.

<sup>7</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Terceira parte, Capítulo IX. 3 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 519-520.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 520.

<sup>9</sup>PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.



ao Código Filipino, base do direito brasileiro no período do Brasil colonial e da época do Império<sup>10</sup>.

Nas lições de Frederico Marques, citado por Geraldo Prado<sup>11</sup>:

Quando a pluralidade processual foi instaurada, era nosso processo penal informado pelos seguintes princípios: oralidade de julgamento e processo escrito para a instauração ou formação da culpa; contraditório pleno no julgamento e contraditório restrito no sumário de culpa; processo ordinário para crimes inafiançáveis e afiançáveis comuns ou de responsabilidade, com plenário posterior à formação da culpa; inquérito policial servindo de instrumento de denuncia ou queixa, apenas nos crimes comuns; o processo especial estabelecendo desde logo a plenitude da defesa nos crimes comuns; a propositura e a titularidade da ação penal, de acordo com o que dispunha o artigo 407 do Código Penal (...) essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal.

No contexto do Golpe Militar de 1937, surge o atual Código de Processo Penal Brasileiro, editado pelo Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Não obstante à proclamação da Constituição Cidadã de 1988, a sombra da inspiração ditatorial da constituição da norma processual persiste em pairar sob seus institutos. Talvez por esse motivo exista a imprecisão quanto à definição da espécie do sistema processual brasileiro.

Nesta senda, Geraldo Prado<sup>12</sup>, diante da dificuldade em melhor qualificar o sistema processual penal brasileiro, faz a seguinte consideração:

Para tanto, basta considerarmos as opiniões antagônicas dos mestres Frederico Marques, Hélio Tornaghi e Rogério Lauria Tucci. O primeiro, em obra lapidar, recentemente republicada, assinala a existência de uma estrutura acusatória de nosso processo penal, salientando que o chamado sistema misto ou francês, com instrução inquisitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também pode informar nossas leis de processo<sup>13</sup>, enquanto Tornaghi sublinha que o Direito brasileiro segue um sistema que, com maior razão, se poderia denominar misto, isto porque a apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial (somente nos crimes falimentares o inquérito é judicial), enquanto o processo judiciário é acusatório, em suas linhas gerais<sup>14</sup>. Tucci, também esposa a tese do sistema misto, fundado na insitoriedade peculiar dos atos preliminares de apuração das infrações penais.<sup>15</sup>

<sup>10</sup>MACIEL, José Fabio Rodrigues. **Ordenações filipinas – considerável influencia no direito brasileiro**. São Paulo: Jornal Carta Forense, 2006. Coluna: história do direito. Disponível em: [http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel\\_influencia-no-direito-brasileiro/484](http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel_influencia-no-direito-brasileiro/484) Acesso em: 01 abr. 2019.

<sup>11</sup>MARQUES, José Frederico *apud* PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 171.

<sup>12</sup>*Ibidem*, p. 171-172.

<sup>13</sup>*Ibidem*, p. 171.

<sup>14</sup>TORNAGHI, Hélio *apud* PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 171.

<sup>15</sup>TUCCI, Rogério Lauria *apud* PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 171.

Ocorre que a discussão acerca da dualidade de Sistema Inquisitório x Sistema Acusatório, se já não superada, deveria ser. A respeito, Aury Lopes Junior<sup>16</sup>, se utilizando das premissas de Cunha Martins, vê a necessidade de rompimento do obstáculo epistemológico existente no ciclo de discussão restrito desses dois sistemas, para se pensar em um sistema processual penal democrático.

Para o processualista penal brasileiro<sup>17</sup>:

Um processo penal de inspiração democrática e constitucional tem apenas um princípio unificador: a democraticidade. Um sistema não pode ser inquisitório porque substancialmente inconstitucional (como o são diversos dispositivos do CPP); tampouco pode ser misto, pois admitiríamos que ao menos metade dele é inconstitucional... pode ser acusatório, por elementar, pois conforme a Constituição. E, novamente: o que se entende por acusatório? Por isso, mais do que acusatório, deve ser democrático, deve ser um instrumento de garantia da democracia.

E continua assinalando que<sup>18</sup>:

O sistema processual penal democrático impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no “amor ao contraditório”. É aquele que, partindo da Constituição, cria as condições de possibilidade para a máxima eficácia do sistema de garantias fundamentais, estando fundado no contraditório efetivo, para assegurar o tratamento igualitário entre as partes, permitir a ampla defesa, afastar o juiz-ator e o ativismo judicial para garantir a imparcialidade. No modelo fundado na democraticidade, há um fortalecimento do “indivíduo”, um fortalecimento das partes processuais. A decisão, na linha de Fazzalart, é, “construída em contraditório”, não sendo mais a jurisdição o centro da estrutura processual e tampouco o “poder” jurisdicional se legitima por si só. Recordemos que o conceito de democracia é multifacetado, mas sem dúvida tem como núcleo imantador o fortalecimento do indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado. Fortalecer o sujeito (de direitos) dentro e fora do processo é uma marca indelével do modelo democrático, que não pactua com a “coisificação” do ser. É verificar se o processo efetivamente serve de limite ao exercício de poder punitivo. É condicionar o exercício do poder de punir ao estrito respeito das regras do jogo.

A indispensabilidade de se estabelecer o sistema processual penal vigente para que, a partir de então, seja possível traçar considerações acerca de qualquer elemento que componha esse complexo, se faz como a primeira problemática desse estudo.

A discussão acerca da definição do sistema brasileiro (acusatório, inquisitório ou misto) parece não ter sido encerrada pela doutrina. Apesar de acusatório, se observado à luz

---

<sup>16</sup>MARTINS, Rui Cunha *apud* LOPES JR, Aury. **(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 21, nº 251, Outubro/2013, ISSN 1676-3661, p.5.

<sup>17</sup>*Ibidem op. cit.*, p. 5.

<sup>18</sup>*Ibidem op. cit.*, p. 5.

das premissas da Constituição de 1988, que consagrou importantes garantias processuais (tutela jurisdicional - art. 5º, XXXV; devido processo legal - art. 5º, LIV; da garantia do acesso à justiça - art. 5º, LXXIV; garantia do juiz natural - art. 5º, XXXVII e LIII; tratamento paritário das partes - art. 5º, caput e I; ampla defesa - art. 5º, LV, LVI e LXII; publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios - art. 93, IX; e presunção da inocência - art. 5º, LVII), ainda é possível observar “uma abertura para praticas inquisitoriais”<sup>19</sup>, especialmente se observado o comportamento do juiz na gestão da prova do processo, podendo produzi-la de ofício (vide art. 156 do Código de Processo Penal Brasileiro), ou até mesmo diante da possibilidade da decretação de prisão preventiva de ofício, como prevê o art. 311 do Código de Processo Penal.

O fato é que, apesar do Brasil estar visivelmente inclinado ao caráter inquisitório, inclusive se considerada a inspiração do Código de 1941 no contexto do seu surgimento, as garantias normativamente conquistadas com o advento da Constituição Cidadã não devem em nenhuma medida interpretadas a considerar a persistência na prática inquisitorial.

Das garantias de origem acusatória, para o presente estudo é indispensável não afastar-se da máxima estabelecida pelo princípio da presunção da inocência, assegurado pelo art. 5º, LVII da Constituição Federal. O princípio inspirado na Constituição Italiana de 1948<sup>20</sup>, reforça o ensinamento trazido por BECCARIA<sup>21</sup> de que “um homem não pode ser chamado de réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode tolher-lhe a proteção pública senão quando seja decidido que ele violou os pactos com os quais ela foi instituída”.

Para Auy Lopes Jr.<sup>22</sup>, a presunção de inocência é um dever de tratamento de dimensão externa, que em tese deveria proteger o réu de uma estigmatização precoce, e interna, imposto inicialmente ao juiz ao determinar que a carga probatória pertença inteiramente ao acusador, uma vez que o réu é inocente, e ainda, em especial, observado na aplicação restrita das medias cautelares, haja vista a prisão de um agente não efetivamente condenado, portanto, inocente.

---

<sup>19</sup>KHALED JR, Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?** Porto Alegre: Civitas Revista de Ciência Sociais. V. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010. ISSN-L: 1519-6089 - e-ISSN: 1984-7289, p. 301.

<sup>20</sup>GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere.** São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.19.

<sup>21</sup>BECCARIA, CESARE apud FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Terceira parte, Capítulo IX. 3 ed. ver. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010, p. 506.

<sup>22</sup>LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 79.

Jaime Vegas Torres, citado por Aury Lopes Jr.<sup>23</sup>, aponta três principais manifestações do princípio da presunção de inocência no sistema acusatório, quais seja, ser o princípio fundante do estabelecimento de garantias para o imputado frente à pretensão punitiva do Estado, incidir o princípio na máxima da carga probatória nas mãos do acusador, e, em respeito a tal princípio, restringir ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos na fase processual, inclusive na fase pré-processual.

Conforme pontua Bonato<sup>24</sup>, o princípio da presunção de inocência possui inegável viés ideológico, representando a vontade do legislador em consagrar a liberdade como garantia que deve sobrepor os interesses coletivos de repressão penal. Significa dizer, que o princípio da presunção de inocência consagraria o que podemos chamar de subprincípio da liberdade, haja vista que “viola toda antecipação de medida punitiva ou que importe no reconhecimento de culpabilidade, antes da sentença final”.<sup>25</sup>

Assim, Pacelli<sup>26</sup> aduz que o princípio da presunção de inocência deve ser observado como regra de tratamento, sobretudo no campo da prisão cautelar, porque “naquele campo, como se verá, o princípio exerce função relevantíssima ao exigir que toda privação de liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada”.

Nessas linhas, situa-se o presente estudo no âmbito do sistema processual penal acusatório, que deve obediência aos direitos e garantias dos indivíduos os quais venha se destinar a persecução penal, sendo uma dessas garantias, a de considerar-se presumidamente inocente.

Por assim ser, conquanto não se ignore a vigência indevida de um sistema processual eminentemente inquisitório, as reflexões acerca das relações jurídico-penais postas, partirão sempre da premissa constitucional que prevê em sua inspiração republicana, muito mais do que um processo penal acusatório, mas um processo penal democrático. E assim sendo, em um processo penal democrático, a restrição da liberdade, em obediência ao princípio da presunção de inocência, deve ser medida excepcionalíssima de forma a validar os direitos humanos inerentes a uma democracia.

---

<sup>23</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 79.

<sup>24</sup> BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 126.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p.127.

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.48.

## 2.2. A PRISÃO PREVENTIVA NO SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO E OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS MEDIDAS CAUTELARES

O encarceramento como forma de repressão a um injusto penal surge a partir de um suposto processo de humanização e racionalização das penas<sup>27</sup> (ao ver a substituição das penas capitais e corporais pela pena privativa de liberdade), assim como ocorreu com movimento que ensejou a retomada ao sistema acusatório, também de inspiração Iluminista. Entretanto, a prisão a que se pretende tratar, em nada se confunde com restrição da liberdade advinda de uma sentença penal condenatória.

A presunção de inocência no âmbito do sistema acusatório (e se melhor for, democrático) em tese não deveria possibilitar o qualquer outro tipo de encarceramento que não àquele decorrente do cumprimento de pena. Ocorre que, ao longo da história, o Estado procurou justificar prisões de natureza eminentemente processual, a partir da qual, em tese, se asseguraria a prevenção e defesa social, baseada na ideia do cárcere com fundamento na teoria preventiva da pena.

Para Ferrajoli<sup>28</sup>:

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com a do princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão per tormenta. E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio “nulla pena, nulla culpa sine iudicio” e à redescoberta do processo acusatório.

A prisão no Brasil, mecanismo de recolhimento da pessoa humana ao cárcere impedindo o exercício do direito à liberdade, possui natureza de cumprimento de pena, ou de medida cautelar, sendo a última o nosso objeto de estudo.

Atualmente constitui-se como espécies de prisão processual: a prisão em flagrante, de natureza precautelada, estampada no art. 301 e seguintes do código processual;

---

<sup>27</sup> BECCARIA, Cesare apud in BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993, p. 42. “Não renuncia à ideia de que a prisão tem um sentido punitivo, e sancionador, mas já insinua uma finalidade reformadora da pena privativa de liberdade”. BITENCOURT, *Op. Cit.*, p. 42.

<sup>28</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Terceira parte, Capítulo IX. 3 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 508.

prisão temporária, regulada pela Lei nº 7.960/89; e prisão preventiva, cuja previsão se encontra no art. 311 da norma regulamentar do processo.

Com o advento da Lei 12.403 de 4 de maio de 2011<sup>29</sup>, as disposições gerais acerca das medidas cautelares passaram a vigorar no art. 282 do Código de Processo Penal, podendo ter aplicação isolada ou cumulativa, a ser decretada de ofício pelo juiz ou a requerimento das partes ( no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público), consagrando o §6º da norma mencionada a máxima que “ a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.”

Ocorre que, ainda que não decretada na modalidade de prisão, as medidas cautelares jamais deixarão de possuir o caráter de medida de restrição da liberdade do indivíduo, ainda que de modo (teoricamente) provisório, e, portanto, sua aplicação ao ser feita deverá obediência aos princípios que regem o sistema processual.

Giacomoli<sup>30</sup> elenca nove princípios que devem ser considerados ao aplicar uma medida cautelar, quais sejam: reserva jurisdicional<sup>31</sup>, decretação mediante determinação judicial escrita e fundamentada; fundamentação da decisão em observância ao art. 5º, LXI e art. 93, IX da Constituição Federal; presunção de inocência, que estabelece a regra da manutenção da liberdade; reserva legal, que assegura a previsão em lei da medida cautelar imposta; contraditório, nesse caso, posterior, cujo exercício se dá através das medidas processuais disponíveis à eventual revogação da cautelar; provisionariedade ou situacionalidade, princípio consagrado pelo §6ª do art. 282 do Código de Processo; provisoriedade e duração razoável da medida cautelar; proporcionalidade; e prisão como *ultima ratio*.

Tais princípios devem ser percebidos na aplicação de quaisquer medidas cautelares, ainda que não impliquem em restrição direta da liberdade, e, sobretudo, naquelas em que a liberdade do agente é cerceada por meio do cárcere. É nelas que é imperiosa a observação dos princípios acima listados.

<sup>29</sup>BRASIL. **Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm) Acesso em: 01 abr. 2019.

<sup>30</sup>GIACOMOLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>31</sup> A prisão em flagrante não se submete ao referido princípio, haja vista que a referida espécie de prisão pode ser decretada por qualquer do povo. LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21.

Dentre as medidas cautelares de restrição da liberdade, a que mais apresenta controvérsias aos princípios elencados é a prisão preventiva. Segundo Nucci<sup>32</sup> “determina-se prisão preventiva a medida cautelar, privativa de liberdade, voltada a assegurar a finalidade útil do processo criminal, seja no tocante à instrução, seja no referente à segurança pública e aplicação concreta da lei penal”.

Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>33</sup> dispõe sobre a prisão preventiva a dizer:

Se a prisão em flagrante busca sua justificativa e fundamentação, primeiro, na proteção do ofendido, e, depois, na garantia da qualidade probatória, a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo.

A conceituação proposta pelos Autores em questão, que, de modo geral, representa o conceito formulado doutrinariamente, celebra a ideia da prisão preventiva como uma “injustiça necessária”<sup>34</sup>, quando em verdade, nasce de forma preponderante no sistema inquisitório como meio de alcançar a verdade real, assim como forma de punição antecipada do acusado.<sup>35</sup>

Sobre a questão, Ferrajoli<sup>36</sup> questiona:

A pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma “injustiça necessária”, como pensava CARRARA, ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condições de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado.

Ultrapassando as questões conceituais iniciais, em termo de cabimento, permite-se a decretação dessa prisão cautelar em qualquer fase da investigação policial e do processo penal, não sendo admissível a sua decretação nos crimes culposos, nas contravenções penais ou diante de elementos que indiquem que a ação fora cometida coberta sob o manto de uma causa excludente de ilicitude, conforme art. 313 do Código de Processo Penal.

<sup>32</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.85.

<sup>33</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 542.

<sup>34</sup>CARRARA, Francesco *apud* FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Terceira parte, Capítulo IX. 3 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 512.

<sup>35</sup>SOARES, Wanderson Gutemberg. **A adequação da prisão preventiva com a presunção de inocência**. Minas Gerais, 2010, p. 172. Disponível em: <file:///C:/Users/WINDOWS/Desktop/TCC/ARTIGOS/1962-14527-1-PB.pdf> Acesso em: 31 mar. 2019.

<sup>36</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Terceira parte, Capítulo IX. 3 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 512.

A doutrina consagra como pressupostos para decretação das medidas cautelares, inclusive e, sobretudo, da prisão preventiva, a existência de *fumus commissi delicti* (probabilidade da ocorrência de um delito) e *pericullum libertatis*, que se constitui como perigo do estado de liberdade do acusado<sup>37</sup>, que em nada se confundem com os pressupostos de concessão de antecipação de tutela no âmbito do processo civil.

Nas palavras de Aury Lopes Jr<sup>38</sup>:

No processo penal, o requisito para decretação de uma medida cautelar coercitiva não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Já no que condiz ao *pericullum libertatis*, o Autor faz a seguinte alerta:

Por fim, sempre, qualquer que seja o fundamento da prisão, é imprescindível a existência de prova razoável do alegado *pericullum libertatis*, ou seja, não bastam presunções ou ilações para a decretação da prisão preventiva. O perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado deve ser real, com um suporte fático e probatório suficiente para legitimar tão gravosa medida.

Como requisitos da prisão preventiva, o art. 312 do Código de Processo Penal estabelece que “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. Mencionando ainda, a disposição constante no parágrafo único da norma, que permite a decretação de prisão preventiva diante do descumprimento das outras medidas cautelares.

No que tange ao fundamento da garantia da ordem pública, o mesmo será retomado no próximo item. Já os requisitos da “garantia da ordem econômica”, “conveniência da instrução criminal” e “aplicação da lei penal”, também sofrem grandes críticas doutrinárias em razão de serem expressões vagas, permissivas de alto grau de discricionariedade judicial.

A garantia da ordem econômica foi inserida no Código de Processo Penal por força da Lei 8.884/94 (lei antitruste) e segundo Aury<sup>39</sup>, visa tutelar a ocorrência de condutas que afetem a tranquilidade e harmonia econômica, “seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro, ou mesmo o mercado de e valores”.

<sup>37</sup> LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 17.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 65.



Já a prisão preventiva pela conveniência da instrução criminal ou para aplicação da lei penal, relaciona o *periculum libertatis* à produção probatória, ou, no caso da última, ao risco de fuga que, em tese, colocaria em cheque a eficácia de eventual sentença penal condenatória.

Em linhas gerais aqui postas, assim se apresenta a prisão preventiva enquanto medida cautelar no ordenamento jurídico-penal brasileiro. E, diante das características então apresentadas, questiona-se em que medida tal restrição da liberdade obedece aos princípios indispensáveis à aplicação das medidas cautelares.

Inicialmente, no que tange à observância do princípio da presunção de inocência, a prisão preventiva por si só, na sua natureza de aprisionamento anterior a uma sentença penal condenatória irrecorrível<sup>40</sup>, já traça um enfrentamento de violação da referida garantia. E, nesse aspecto, Ferrajoli<sup>41</sup> sinaliza:

É claro que um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitativa, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida “processual”, “cautelar” ou até mesmo “não penal”, ao invés de uma ilegítima pena sem juízo.

Nesse prisma, cabe ainda a observação de Aury Lopes Jr.<sup>42</sup>:

A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função instrumentalcautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade. Mas, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu grave degeneração, a qual dificilmente será remediada por uma simples mudança legislativa. O maior problema é cultural, é a banalização de uma medida que era para ser excepcional.

No que pertine à reserva jurisdicional, esta pode ser observada a partir da análise do art. 315 do Código de Processo Penal, que assegura que a “decisão que decretar, substituir

<sup>40</sup> Desde já se expõe a indignação e a veemente contrariedade ao permissivo de execução provisória da penal autorizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HABEAS CORPUS nº 152.752 de Relatoria do Min. Edson Fachin. Como pontua Aury Lopes Jr: *o conceito de trânsito em julgado é processual, construído ao longo de séculos de estudos e doutrina processual penal, não estando o STF autorizado a partir de um absurdo solipsismo, um verdadeiro marco zero de interpretação, para reescrevê-lo. Esse é um conceito dogmático, não criado a golpes de decisão. Basta dizer que quando o Brasil foi descoberto, em 1500, o mundo do processo já sabia o que era trânsito em julgado...* LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 16.

<sup>41</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Terceira parte, Capítulo IX. 3 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 509.

<sup>42</sup> LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22.

ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”. Entretanto, o entendimento a respeito dessa reserva jurisdicional foi firmado a partir da concepção de limitação da atuação dos sujeitos estatais na decretação de uma medida cautelar, que como já exaustivamente posto, deve ser aplicada em regime de exceção. Nesse sentido, pode-se concluir que, o permissivo quanto à decretação da prisão preventiva de ofício (vide art. 311 do Código de Processo Penal), num primeiro exame, violaria o princípio em questão.

A observância dos princípios nomeados pelo Giacomolli<sup>43</sup> como “provisionariedade” e “situacionalidade” na prisão preventiva somente tornou-se viável diante da inserção do §6º no art. 282 através da Lei 12.403/11<sup>44</sup>. Porém, se observado, a não previsão de prazo de duração da medida permite violação dos princípios, e essa suposta provisionariedade, pode durar até a prolação de sentença irrecorrível<sup>45</sup>.

Corroborando com o estudo, Giacomolli<sup>46</sup> propõe:

Portanto, diante da inexistência de um prazo de duração da prisão preventiva e das demais medidas cautelares, há que ser observado o prazo previsto à prática dos atos processuais referentes ao réu preso, estabelecidos legalmente para cada situação processual. O constrangimento ilegal há que ser verificado na sua individualidade (cumprimento do prazo à prática do respetivo ato) e também na perspectiva de termino do processo num prazo razoável, em sua totalidade, sempre consideradas as peculiaridades do caso.

Diante da existência de constrangimento ilegal em razão de excesso de prazo, o art. 5º, inciso LCCVIII da Constituição Federal, assegura a possibilidade de por meio do pedido de revogação de prisão, retornar o indivíduo à convivência social no exercício do seu direito à liberdade.

A jurisprudência, no esforço de construir limite temporal de aplicação da cautelar, firmou entendimento acerca do estabelecimento do prazo de 81 dias<sup>47</sup> como prazo razoável para a instrução criminal, conseqüentemente para o fim da prisão cautelar, uma vez que ao

<sup>43</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

<sup>44</sup> ZILLI, Marcos. **Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre prisão cautelar no direito brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 85, v. 18, 2010. p. 447-494 / RBCCRIM Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 451. “A prisão processual, portanto, constitui um regime de exceção de modo que ninguém deve ser a ela submetido caso o ordenamento preveja outras formas menos severas e, ao mesmo tempo eficazes e controle do bom andamento da marcha processual.”

<sup>45</sup> “Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei 22, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o periculum libertatis.” LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 25.

<sup>46</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 35.

<sup>47</sup> LOPES, JR., Aury. **Prisões cautelares**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 25-26.

fim desse prazo, haveria prolação da sentença penal. Contudo, a tese em questão não teve grande sucesso, e quando aplicada, se restringia aos casos em que a prisão preventiva era aplicada pra conveniência da instrução criminal.<sup>48</sup>

No que concerne à *ultima ratio*, apesar da previsão do §6º no art. 282 do CPP dar à prisão preventiva o status de medida excepcional, na prática as prisões brasileiras encontram-se abarrotadas por presos provisórios, e sua esmagadora maioria encontra-se custodiado em razão da decretação da prisão preventiva<sup>49</sup>.

No relatório feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>50</sup> a partir dos dados coletados por seu Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, em agosto de 2018, haviam 602.217 (seiscentas e duas mil duzentas e dezessete) pessoas cadastradas no sistema como privadas de liberdade. Desse número, 40,03% corresponde a presos provisórios. Se considerados presos condenados em execução provisória (24,65%), esse percentual atinge à

---

<sup>48</sup>EMENTA EXCESSO DE PRAZO. RÉU EM LIBERDADE. CONHECIMENTO PARCIAL. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA PARA A PRÁTICA DE DIVERSOS CRIMES DE ROUBO, RECEPÇÃO, ADULTERAÇÃO DE SINAIS IDENTIFICADORES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CONSTRICÇÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. CONDIÇÕES PESSOAIS. IRRELEVANCIA. PENA MÁXIMA SUPERIOR A QUATRO ANOS. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INAPLICABILIDADE. REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP . AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. O prazo de 81 (oitenta e um) dias para o término da instrução criminal, estabelecido pela jurisprudência, refere-se a casos em que o réu esteja acautelado, com o intuito de evitar constrangimento ilegal. Estando o acusado em liberdade, pois pendente de cumprimento o mandado de prisão, não há se falar em excesso de prazo, bem como violação à garantia da liberdade individual e ao princípio do devido processo legal, carecendo o impetrante de interesse de agir - não sendo conhecida a ação constitucional nesta parte. 2. As graves circunstâncias do crime supostamente praticado pelo paciente evidenciam alto índice de periculosidade, justificando-se a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. 3. Em casos da espécie, tem-se por razoáveis as ponderações da autoridade tida como coatora, assentando ser necessária a custódia antecipada, haja vista o paciente ser integrante de organização criminosa, estando envolvido na prática de outros crimes como roubo, receptação, adulteração de sinais identificadores de veículos automotores e falsificação de documentos públicos, a qual, malgrado se congure como medida extrema, justiça para assegurar a ordem pública. 4. As condições pessoais favoráveis do paciente não ostentam força capaz de inrmar o decreto de prisão preventiva, quando presentes os seus pressupostos, consoante vem decidindo, inclusive, o egrégio Superior Tribunal de Justiça. 5. Se o somatório das penas máximas cominadas aos delitos atribuídos ao paciente é superior a quatro anos a custódia antecipada atende o critério objetido do artigo 313, I, do Código de Processo Penal. 6. A gravidade dos fatos imputados ao delito tona inadequada e insuficiente a substituição da restrição da liberdade por medidas cautelares diversas, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, a teor do que dispõe o art. 282, inciso II, do referido diploma lega. 7. Ordem conhecida parcialmente e denegada.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Habeas Corpus n. 0032496-57.2016.8.07.0000**. Relator Des. Sandoval Oliveira. DJE 23 de ago. 2016. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/376425984/20160020304316-0032496-5720168070000?ref=serp> Acesso em: 06 maio. 2019.

<sup>49</sup> GLOBO, Portal G1. **Superlotação aumenta e o número de presos provisórios volta a crescer no Brasil**. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml> Acesso em: 06 maio. 2019.

<sup>50</sup> CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**. Cadastro Nacional de Presos. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf> Acesso em: 01 abr. 2019

marca de 64,68% da população prisional brasileira, o que demonstra que a prisão como medida cautelar de excepcional nada tem no Brasil.

Por fim, insta comentar a respeito do princípio da fundamentação da decisão. A obediência ao mesmo necessariamente perpassa a necessidade da decisão judicial, no seu conteúdo, evidenciar a existência dos requisitos indispensáveis à decretação da prisão preventiva.

A motivação das decisões penais segundo Gomes Filho<sup>51</sup>, estrutura-se em motivação de fato e motivação de direito. A motivação de direito irá cuidar os argumentos judiciais extraídos do ordenamento que sustentem a medida. Já a motivação de fato, constitui-se daquilo que o juiz das razões sobre a probabilidade, a verossimilhança, os acontecimentos históricos-fáticos postos na decisão.

Ao tratar sobre as motivações da decisão que decreta prisão preventiva enquanto provimento cautelar o Autor considera que a mera indicação dos fatos que supostamente justifiquem a medida ou a simples referencia quanto à existência de um dos pressupostos autorizadores não se admite, devendo o magistrado valorar os fatos segundo os parâmetros estabelecidos pelo legislador, indicando com base nas circunstancias concretas a constatação das situações excepcionais tipificadas pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

E pontua Gomes Filho<sup>52</sup>:

Assim, nesse ponto, a motivação do provimento cautelar de atender sobretudo à exigência de tornar claro e explícito o raciocínio desenvolvido pelo juiz para concluir que, nas circunstancias de fato examinadas, está presente um daqueles pressupostos típicos que podem autorizar excepcionalmente a restrição antecipada de liberdade. Trata-se, em resumo, de expressar em palavras o exercício de uma discricionariedade vinculada, no *an* e no *quomodo*, a certos parâmetros fixados pelo ordenamento.

Ocorre que, a construção de decisão judicial que venha decretar a medida cautelar estuda diante das hipóteses de cabimento descritas no art. 312 do Código de Processo Penal, requer do Magistrado (partindo das premissas do sistema acusatório num Estado Democrático de Direito) a missão de, diante de conceitos vagos e do caso concreto<sup>53</sup>, decidir se há

<sup>51</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 224.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 224.

<sup>53</sup>“Essa tarefa é sobremaneira dificultada, sem dúvida, pelo emprego de expressões muito abertas pelo legislador, v.g., ordem pública e ordem econômica, cujo conteúdo fortemente emotivo pode propiciar a ruptura dos padrões de legalidade e certeza jurídica, fundamentais na matéria examinada, autorizando os juízes a formular definições puramente persuasivas, que encobrem juízos de valor. Mas isso, é evidente, não pode ir ao ponto de autorizar decisões fundadas em intuições ou critérios estritamente pessoais, que não possam ser justificados de forma racional.” *Ibidem*, p. 225.

elementos suficientes que justifiquem a custódia cautelar, especialmente em se tratando da restrição de liberdade com base no fundamento da garantia da ordem pública.

### 2.3. PREENCHENDO A AXIOLOGIA: O CONCEITO DE “ORDEM PÚBLICA”

Das hipóteses de decretação da prisão preventiva a aplicação da medida cautelar como meio para assegurar a “garantia da ordem pública” é a que talvez cause mais discussão no âmbito jurídico, seja pelo conceito vago dessa expressão, seja por ser a maior responsável pela restrição cautelar atualmente, o que poderá ser constatado no Capítulo 5 do presente estudo.

A definição do conceito de ordem pública é alvo de um esforço doutrinário e jurisprudencial, e como pondera Pacelli<sup>54</sup>, tal expressão pode se prestar a justificar um perigoso controle da vida social. Ocorre que, não é possível esquivar-se do seu estudo e compreensão, uma vez, pois, é visível que o conceito em questão interfere diretamente na privação do direito à liberdade.

Inicialmente, como de praxe, é indispensável situar-se no contexto de surgimento da expressão, que nasce juntamente com o Código de Processo Penal de 1941 num Brasil do Estado Novo, conduzido por Getúlio Vargas. Nesse sentido, inspirando-se no estudo feito por Weyne<sup>55</sup> para concluir o que significaria tal expressão, fragmenta a sentença nas duas principais palavras para entender o que seria “ordem” e o que seria “pública”.

Para o Autor, a influência do regime totalitário alemão na formação do Código de Processo Penal Brasileiro implica em interpretar a expressão a partir de uma relação íntima com o exercício da política, o que justifica o entendimento de Moreira Neto<sup>56</sup> ao considerar que “garantia da ordem pública” seria um pré-requisito do funcionamento do sistema de convivência pública pré-requisito do funcionamento do sistema de convivência pública, de paz social.

Aprofundando um pouco mais a reflexão acerca do contexto de surgimento, se pensado que a expressão nasce durante o Estado Novo da ditadura Vargas, “garantir a ordem pública” nada mais seria do que naquele contexto, uma autorização aberta para prender, oriunda da necessidade de irrestrita obediência aos ditames autoritários do período.

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 549.

<sup>55</sup> WEYNE. Bruno Cunha. **A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva**. Direito Público. n. 70, v. 13, 2016. p. 104-132 / Direito Público.

<sup>56</sup> MOREIRA NETO *apud* WEYNE. Bruno Cunha. **A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva**. Direito Público. n. 70, v. 13, 2016. p. 104-132 / Direito Público.

Para maior compreensão, traz-se à baila trecho da exposição de motivos do então Código de Processo Penal de 1941<sup>57</sup>, de responsabilidade do Ministro da Justiça Francisco Campos:

#### A REFORMA DO PROCESSO PENAL VIGENTE

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

E no que tange à prisão como medida cautelar continua<sup>58</sup>:

É restringida a aplicação do in dubio pro reo. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.

Isto posto, cumpre expor o que a doutrina construiu juridicamente em torno do fundamento da garantia da ordem pública. Pelas lições de Felipe Lazzari da Silveira<sup>59</sup>:

Na verdade, parte da doutrina e da jurisprudência construíram equivocadamente quatro tópicos principais que servem de base para a decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, todos eles despidos de fins cautelares, já que não servem para acautelar o processo, conforme podemos observar nos casos em que são alegados o

<sup>57</sup>BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Ministério da Justiça e Negócios Exteriores. Gabinete do Ministro, em 8 de setembro de 1941. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf) Acesso em: 01 abr. 2019.

<sup>58</sup>BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Gabinete do Ministro, em 8 de setembro de 1941. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf) Acesso em: 01 abr. 2019.

<sup>59</sup>SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 213 - 244, jul./dez. 2015, p. 12.

clamor público, a gravidade do fato, a probabilidade de reiteração e a periculosidade do acusado, sendo oportuno registrar que todos esses “pseudofundamentos” desrespeitam o Princípio da Presunção de Inocência, o qual deveria servir como balizador no uso da prisão preventiva.

Já para Aury Lopes Junior<sup>60</sup>

Por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante, como mostraremos no próximo item destinado à crítica. Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor.

Nesta mesma senda, na concepção de Felipe Lazzari da Silveira<sup>61</sup>, o fundamento da garantia da ordem pública enquanto autorizador de decretação da prisão preventiva, por se tratar de conceito aberto e que depende de valoração axiológica, acaba por aderir à lógica seletiva do sistema penal<sup>62</sup>.

Entretanto, apesar das fortes críticas ao fundamento, alguns autores, ainda que fazendo ressalvas, posicionam-se pela manutenção do abalo à ordem pública enquanto autorizar para decretação da prisão preventiva. A exemplo de Eugênio Pacelli<sup>63</sup>, que, ao expor as críticas doutrinárias a respeito, principalmente no que tange à violação do princípio da presunção de inocência, conclui pela manutenção do mencionado fundamento sob alegação de que excepcionalmente o princípio da presunção de inocência haverá de ser flexibilizado quando em risco valores constitucionais, segundo ele igualmente relevantes.

<sup>60</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 506.

<sup>61</sup> SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 213 - 244, jul./dez. 2015, p. 3.

<sup>62</sup> Segundo Alessandro Baratta, no âmbito da nova sociologia criminal, inspirada no labeling approach a realidade da seletividade penal é objetivamente comprovada a partir de uma realidade social constituída através de uma percepção seletiva dos fenômenos que recruta uma restrita população criminal, “selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas na lei penal e que, compreendendo todas as camadas sociais, representam não a minoria, mas a maioria da população”. E continua o Autor a dizer que “esta é chamada a evidenciar o papel desenvolvido pelo direito, e em particular pelo direito penal, através da norma e da sua aplicação, na reprodução das relações sociais, especialmente na circunscrição e marginalização de uma população criminosa recrutada nos setores socialmente mais débeis do proletariado.” BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 178-179.

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 549-552.

O autor ainda se manifesta quanto ao clamor público<sup>64</sup>:

Por fim, e já assentado que o clamor público não seria suficiente para decretação da prisão cautelar, mas apenas um referencial a mais para o seu exame, observa-se que, para a sua efetiva aferição, o julgador deverá levantar em consideração os deletérios efeitos da manipulação da opinião pública, normalmente frequente em tais situações, quando o assunto diz respeito aos males (que são muitos) da criminalidade, cujas razões nunca são tratados seriamente em tais “reportagens”.

Outro autor que se manifesta favorável, inclusive quanto à conceituação vaga do fundamento é Guilherme Nucci<sup>65</sup>, que aduz:

O legislador poderia ter ousado, definido ou detalhado o que vem a ser cada um dos fatores da prisão preventiva, ao menos os mais abrangentes, como garantia da ordem pública e da ordem econômica. Não o fez, possivelmente para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto. Qualquer interferência, nesse setor, poderia dar margem ao cerceamento do uso da prisão cautelar.

Todavia, mesmo respeitando o posicionamento dos autores citados, entende-se pelo posicionamento adotado por Felipe Lazzari da Silveira<sup>66</sup> que considera que:

No Estado Democrático de Direito, qualquer interpretação que restrinja de forma deliberada os direitos fundamentais constitucionalmente previstos é inválida, considerando que no contexto democrático, a hermenêutica deve buscar conferir eficácia na proteção dos direitos fundamentais, estando sempre vinculada a observância do Princípio da Presunção de Inocência, o que não ocorre no caso da ordem pública, já que este requisito, visivelmente, dá primazia à defesa social em detrimento dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Neste prisma, destaca-se importante julgado de Relatoria do Desembargador, atualmente aposentado, Amilton Bueno de Carvalho<sup>67</sup>:

Ementa: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS LEGAIS. PRESUNÇÃO DE PERICULOSIDADE PELA PROBABILIDADE DE REINCIDÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. - A futurologia perigosista, reflexo da absorção do aparato teórico da Escola Positiva, que, desde muito, têm demonstrado seus efeitos nefastos: excessos punitivos de regimes políticos totalitários, estigmatização e marginalização de determinadas classes sociais (alvo do controle punitivo), tem acarretado a proliferação de regras e técnicas vagas e ilegítimas de controle social no sistema punitivo, onde o sujeito, considerado como portador de uma perigosidade social da qual não pode subtrair-se, torna-se presa fácil ao

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 552.

<sup>65</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.88.

<sup>66</sup> SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 213 - 244, jul./dez. 2015, p. 15.

<sup>67</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus n. 70006140693**. Impetrante: Cristian Wasem Rosa. Paciente: Felipe Espindola da Silva. Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho. DJ 28 mai. 2003.



aniquilante sistema de exclusão social. - A ordem pública, requisito legal amplo, aberto e carente de sólidos critérios de constatação (fruto desta ideologia perigosista), portanto antidemocrático, facilmente enquadrável a qualquer situação, é aqui genérica e abstratamente invocada, mera repetição da lei, já que nenhum dado fático, objetivo e concreto, há a sustentá-la. Fundamento prisional genérico, anti-garantista, insuficiente, portanto! - A gravidade do delito, por si-só, também não sustenta o cárcere extemporâneo: ausente previsão constitucional e legal de prisão automática por qualquer espécie delitiva. Necessária, e sempre, a presença dos requisitos legais (apelação-crime 70006140693, j. em 12/03/2003). - À unanimidade, concederam a ordem. (Habeas Corpus Nº 70006140693, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 23/04/2003).

Em oportuno, uma vez estando a tratar de jurisprudência e, haja vista não havendo maiores delimitações legais quanto ao conceito de ordem pública, assim como não tendo conseguido a doutrina definir precisamente tal expressão, imperioso se faz trazer o entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, além do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia a respeito do que seria considerado abalo à ordem pública.

De logo, o Supremo Tribunal Federal afasta a possibilidade de decretação da prisão preventiva com base no fundamento da garantia da ordem pública em razão da gravidade em abstrato da conduta, entendimento manifestado no Habeas Corpus n. 130.636 (Paraná) de Relatoria do Min. Teori Zavascki. Na ocasião, o relator se manifestou no sentido de dizer que “a jurisprudência desta Suprema Corte, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado que, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar.”<sup>68</sup>

Conquanto afaste a fundamentação baseada na gravidade em abstrato do delito, considera possível a decretação com base no fundamento da garantia da ordem pública diante do risco concreto da reiteração delitiva, desde que o risco invocado seja contemporâneo ao decreto prisional. Tal entendimento foi exarado no julgamento do Habeas Corpus n.137.728 cujo paciente foi José Dirceu e a relatoria foi do Min. Edson Fachin.<sup>69</sup>

Para consagrar o entendimento da Suprema Corte a respeito, cabe trazer o conteúdo exarado no julgamento do Habeas Corpus n. 80.719, Relator Min. Celso de Melo.

<sup>68</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 130.636**. Relator Min. Teori Zavascki. DJE 12 de dez. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10941493> Acesso em: 08 maio. 2019.

<sup>69</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 137.728**. Relator Min. Edson Fachin. DJE 31 de dez. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13964116> Acesso em: 08 maio. 2019.

Apesar de ter sido publicado no ano de 2001, as considerações acerca do fundamento da garantia da ordem pública feitas no acórdão merecem ser expostas.

O Relator considerou que “o clamor público, ainda que se trate de crime hediondo não constitui fator de legitimação da privação cautelar” sob pena “de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade”. Considerou também que “a preservação da credibilidade das instituições e da ordem pública não consubstancia, só por si, circunstancia autorizadora da prisão cautelar”.<sup>70</sup>

Já o Superior Tribunal de Justiça vem se manifestando atualmente de modo rigoroso, inclusive considerando que as condições favoráveis do acusado não garantem por si só a revogação da prisão preventiva, e ainda que “não há ilegalidade quando a constrição está fundada na necessidade de se acautelar a ordem pública, em razão da periculosidade efetiva do agente, corroborada pela gravidade concreta do delito em que condenado, bem demonstrada pela forma como se deram os fatos criminosos”<sup>71</sup>.

Entretanto, nos autos do Habeas Corpus n. 31162 de Relatoria do Min. Sebastião Reis Junior<sup>72</sup>, bem como no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 55070, cujo Relator foi o Min. Felix Fischer<sup>73</sup>, considera que a alusão genérica à gravidade do crime, o clamor público ou a comoção social não se constituem como fundamentação idônea para decretação da prisão preventiva.

Em linhas gerais, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é sintetizado no sentido de que a prisão preventiva pode ser decretada para garantia da ordem pública nos casos de reiteração delitiva, de participação em organizações criminosas, diante da gravidade

<sup>70</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 80.719**. Relator Min. Celso de Melo. DJE 28 de set. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78493> Acesso em: 08 mai. 2019.

<sup>71</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 299126**. Relator Min. Jorge Mussi. DJE 19 mar. De 2015. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27299126%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27299126%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27299126%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27299126%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 08 mai. 2019.

<sup>72</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 31162**. Relator Min. Sebastião Reis Junior. DJE 26 mar. De 2015. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%2731162%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%2731162%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%2731162%27)+ou+(%27HC%27+adj+%2731162%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 08 mai. 2019.

<sup>73</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 55070**. Relator Min. Felix Fischer. DJE 25 mar. De 2015. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RHC%27.clap.+e+@num=%27055070%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%27055070%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RHC%27.clap.+e+@num=%27055070%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%27055070%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 08 mai. 2019.

em concreto da conduta, da periculosidade social do agente, ou pelas circunstâncias em que praticado o delito (modus operandi).<sup>74</sup>

Recentemente, o STJ proferiu uma importante decisão nos autos do Habeas Corpus n. 509.030, de relatoria do Min. Antonio Saldanha Palheiro, cujo paciente foi o ex. Presidente da República, Michel Temer. Nesse caso, não foi o voto de relator que ganhou destaque, mas o voto do Min. Néfi Cordeiro, que encheu de esperança pelo caráter garantista das considerações, como pode ser visto abaixo:

A prisão definitiva se dá pela admissão da culpa penal. Antes, a prisão é excepcional no sistema acusatório buscado pela Constituição Brasileira e marcado em estados democráticos. Não se prende durante o processo porque aparente a culpa, prende-se provisoriamente por riscos ao processo ou à sociedade, taxativamente elencados em lei.

(...)

Não se pode durante o processo prender pela gravidade abstrata do crime, não se pode prender porque os fatos são revoltantes, não se pode prender porque é o acusado estrangeiro, rico ou influente. Não se pode durante o processo prender como resposta a desejos sociais de justiça instantânea.

Deve o acusado em regra responder ao processo solto, com presunção de inocência, com plenitude das constitucionais garantias processuais e com a definição no trânsito em julgado da resposta estatal de absolvição ou condenação, para somente então vir a cumprir a pena correspondente ao crime, mesmo eventualmente grave. Manter solto durante o processo não é impunidade, como socialmente pode parecer, é sim garantia, somente afastada por comprovados riscos legais<sup>75</sup>.

No que tange ao entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal entende que a reiteração delitiva justifica a decretação da prisão preventiva por suposto “descanso à ordem pública”<sup>76</sup>, enquanto a

<sup>74</sup> HC 311909/CE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 10/03/2015, DJE 16/03/2015. RHC 054750/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, Julgado em 10/03/2015, DJE 16/03/2015. RHC 054423/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, Julgado em 10/03/2015, DJE 17/03/2015. RHC 053944/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, Julgado em 10/03/2015, DJE 19/03/2015. RHC 003660/BA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JHC 311848/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, Julgado em 05/03/2015, DJE 17/03/2015. RHC 053927/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 05/03/2015, DJE 17/03/2015. ÚNIOR, SEXTA TURMA, Julgado em 10/03/2015, DJE 20/03/2015. HC 312368/PR, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, Julgado em 05/03/2015, DJE 10/03/2015. AgRg no HC 315281/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, Julgado em 05/03/2015, DJE 12/03/2015.

<sup>75</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 509.030**. Relator Min. Antonio Saldanha Palheiro. DJE 14 maio de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190515-09.pdf> Acesso em: 29 maio de 2019.

<sup>76</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Habeas Corpus n. 0016768-30.2016.8.05.0000**. Relator Des. Luiz Fernando Lima. DJE 09 nov. de 2016. Disponível em: <https://tj->

Segunda Turma da mesma Câmara, além de considerar a reiteração delitiva, considera também a periculosidade do agente, medida por ações penais em curso, até mesmo prisão em flagrante.<sup>77</sup>

Já a Segunda Câmara Criminal do Tribunal divide seu entendimento em considerar o risco de reiteração delitiva, considerando também as ações penais em curso (Primeira Turma)<sup>78</sup>, bem como a considerar a gravidade concreta do delito e o *modos operandi* do crime (Segunda Turma)<sup>79</sup>.

Nesse sentido, da sucinta análise feita observa-se que nem mesmo a Jurisprudência é uníssona no sentido de definir ordem pública. Contudo, diante do exposto podemos considerar elementos como gravidade em concreto, *modos operandi*, periculosidade do agente, e especialmente a reiteração delitiva, afastando tão somente o clamor público e a gravidade em abstrato.

Entretanto, elementos como “periculosidade do agente”, ao considerar ações penais em curso, e modos operandi, podem ser considerados como afronta ao princípio da presunção da inocência, e, portanto, ao sistema acusatório.

Assim, retomando a ideia do sistema acusatório como porto e farol, tem-se que as medidas de restrição da liberdade, em especial cautelares, como a prisão preventiva, no contexto do processo penal acusatório estabelecido a partir de uma premissa constitucional de inspiração republicana, somente devem ser legítimas e legais, diante da existência de conceitos precisos, expressos e delimitados.

Deste modo, diante do estudo traçado a respeito do conceito de “garantia da ordem pública” observa-se que a dificuldade em estabelecer o conceito da expressão por si só é indicador da sua insustentabilidade se confrontada pelos princípios constitucionais, especificamente pelos princípios estabelecidos às medidas cautelares.

---

[ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423028561/habeas-corporus-hc-167683020168050000?ref=serp](https://ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423028561/habeas-corporus-hc-167683020168050000?ref=serp) Acesso em: 08 maio. 2019.

<sup>77</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Habeas Corpus n. 0024311-50.2017.8.05.0000**. Relator Des. Nilson Soares Castelo Branco. DJE 31 jan. de 2018. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549020077/habeas-corporus-hc-243115020178050000/inteiro-teor-549020086?ref=juris-tabs> Acesso em: 08 maio 2019.

<sup>78</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Habeas Corpus n. 0002095-32.2016.8.05.0000**. Relator Des. Mario Alberto Simões Hirs. DJE 11 mar. de 2016. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348767140/habeas-corporus-hc-20953220168050000/inteiro-teor-348767151?ref=juris-tabs> Acesso em: 08 maio 2019

<sup>79</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Habeas Corpus n. 0028235-69.2017.8.05.0000**. Relator Des. Inez Maria Brito Santos Miranda. DJE 07 abr. de 2018. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564072629/habeas-corporus-hc-282356920178050000/inteiro-teor-564072639?ref=juris-tabs> Acesso em: 08 maio 2019.

Por assim ser, o magistrado ao deparar-se com a possível decretação da prisão preventiva enquanto medida cautelar, ainda que perante autorizadores vagos como o apontado que ofendem princípios constitucionais, deve fundamentar o ato decisório de modo a corroborar com a premissa máxima da excepcionalidade da medida, ato decisório este que atualmente tem se concentrado na audiência de custódia.

### 3. DISPOSIÇÕES QUANTO À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

O procedimento da audiência de custódia foi inserido no processo penal brasileiro por intermédio da resolução n. 213 do Conselho Nacional de Justiça, destinando-se, em síntese, a analisar a legalidade das prisões, bem como examinar a necessidade de decretar medidas cautelares no curso da investigação.

A audiência de custódia surge como estratégia de política criminal para conter o fenômeno do encarceramento em massa. Contudo, do estudo do seu atual exercício, observa-se que apesar de se constituir como concretização de direitos e garantias previstos em tratados internacionais, o procedimento no âmbito de uma cultura punitiva tende a reproduzir desenfreadas e seletivas medidas encarceradoras.

#### 3.1. QUESTÕES DESCRITIVAS PARA COMPREENSÃO DO INSTITUTO: DESCRIÇÃO, IMPLEMENTAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

O ordenamento jurídico pátrio não se compreende somente pelo conjunto legislativo do país. O Estado enquanto soberano, ao pactuar com outras nações e organizações, assume para si a responsabilidade de incorporar o tecido normativo contido nos tratados firmados.

Nesse sentido, no ano de 2015, reconhecendo, sobretudo a vigência das normas contidas no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), o Brasil decide dar efetividade a um direito subjetivo do cidadão, que apesar de previsto há décadas nos instrumentos normativos internacionais pactuados pelo país, não havia sido devidamente incorporado no contexto jurídico-penal.

Trata-se, pois, da audiência de custódia, que segundo Mirza e Estefan<sup>80</sup>:

consiste no ato de levar a pessoa detida à presença de um Juiz, para seja analisada, mediante o contraditório e com presença da Defesa e do Ministério Público, a legalidade do ato, a necessidade da conversão da prisão em flagrante delito em prisão cautelar, assim como averiguar possíveis práticas de tortura e maus tratos porventura sofridos pelo custodiado.

Para Daniel Nicory do Prado *apud in* Camila Hernanes e Vinicius Assumpção<sup>81</sup>:

---

<sup>80</sup>MIRZA, Flávio; ESFEAN, Amanda in SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. [Orgs.]. **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. Cap. 12: Reflexões sobre audiência de custódia, p. 274.

A audiência de custódia é um procedimento mais adequado para a tutela do direito individual à liberdade, na sua perspectiva de não intervenção indevida do Estado, porque a apresentação do preso ao juiz permite um controle efetivo das circunstâncias da prisão, pelo magistrado, do que a mera comunicação escrita da prisão pela autoridade policial, tanto porque o flagrado será entrevistado pelo juiz, como porque estará na presença do seu defensor.

A audiência de custódia enquanto mecanismo de controle da legalidade e necessidade da prisão, bem como de prevenção aos maus tratos e tortura da pessoa presa, teve sua regulamentação no Brasil através da Resolução nº 213 do Conselho Nacional de Justiça, implementada em 15 de dezembro de 2015.

Em verdade, a audiência de custódia antes mesmo da Resolução já vinha sendo timidamente implementada em Estados da Federação, a partir de iniciativa do próprio Conselho Nacional de Justiça, que firmou o Termo de Cooperação Técnica nº 007/2015<sup>82</sup>, juntamente com Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, visando a implantação da audiência de custódia nos Estados, que para tanto, assinaram um termo de adesão ao documento supracitado.<sup>83</sup>

Nesse contexto de iniciativa incipiente, o principal desses projetos-pilotos foi o assumido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo através da edição do Provimento Conjunto 03/2015<sup>84</sup>, instituindo a audiência de custódia no Estado. O projeto em comento é considerado um dos principais, tendo em vista que a partir dele iniciou-se uma controvérsia jurídica acerca da legalidade e legitimidade da implementação da audiência que foi levada ao Supremo Tribunal por meio de dois institutos.

---

<sup>81</sup>PRADO, Daniel Nicory *apud in* HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPÇÃO, Vinicius. **Audiência de custódia e audiência de control de detención: análise comparada entre as realidades do Brasil e do Chile em matéria de controle de legalidade da prisão.** Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil Volume II, Cap. 2 Sistema Penal por audiências. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA): Santiago/Chile, 2018, p. 54.

<sup>82</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Termo de cooperação técnica nº 007/2015.** Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>83</sup> O Estado da Bahia assinou o termo de adesão em 12 de agosto de 2015. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Termo de adesão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia ao Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/01/ef11739c8cfb11b762b970adb32da748.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019

<sup>84</sup> Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 03/2015.** Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaoJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019.

O primeiro deles foi a promoção de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL/BRASIL), arguindo a inconstitucionalidade dos dispositivos do Provimento Conjunto 03/2015 do Estado de São Paulo.

Em apertada síntese, arguiu o Requerente que as regras atinentes à audiência de custódia, por possuir natureza jurídica de norma processual, dependeria de edição de lei federal, extrapolando o Regulamento, portanto, seu poder regulamentar ao suprir lacuna legal. Ademais, ainda apontou a inconstitucionalidade da norma impugnada à luz do princípio da proibição do excesso e a existência de dificuldades operacionais na execução das audiências de custódia.

Entretanto, a ação proposta fora julgada totalmente improcedente, tendo o Supremo Tribunal Federal manifestado seu entendimento nos termos da ementa a seguir<sup>85</sup>:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes. 3. O habeas corpus ad subjiciendum, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (artigo 656 do CPP). 4. O ato normativo sob o crivo da fiscalização abstrata de constitucionalidade contempla, em seus artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º normas estritamente regulamentadoras do procedimento legal de habeas corpus instaurado perante o Juiz de primeira instância, em nada exorbitando ou contrariando a lei processual vigente, restando, assim, inexistência de conflito com a lei, o que torna inadmissível o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade para a sua impugnação, porquanto o status do CPP não gera violação constitucional, posto legislação infraconstitucional. 5. As disposições administrativas do ato impugnado (artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11), sobre a organização do funcionamento das unidades jurisdicionais do Tribunal de Justiça, situam-se dentro dos limites da sua autogestão (artigo 96, inciso I, alínea a, da CRFB). Fundada diretamente na Constituição Federal, admitindo ad argumentandum impugnação pela via da ação direta de inconstitucionalidade, mercê de materialmente inviável a demanda. 6. In

---

<sup>85</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240**. Acórdão. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333> Acesso em: 14 abr. 2019.



casu, a parte do ato impugnado que versa sobre as rotinas cartorárias e providências administrativas ligadas à audiência de custódia em nada ofende a reserva de lei ou norma constitucional. 7. Os artigos 5º, inciso II, e 22, inciso I, da Constituição Federal não foram violados, na medida em que há legislação federal em sentido estrito legitimando a audiência de apresentação. 8. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, posto ostentarem eficácia geral e erga omnes, atingem a esfera de atuação dos Delegados de Polícia, conjurando a alegação de violação da cláusula pétrea de separação de poderes. 9. A Associação Nacional dos Delegados de Polícia – ADEPOL, entidade de classe de âmbito nacional, que congrega a totalidade da categoria dos Delegados de Polícia (civis e federais), tem legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103, inciso IX, da CRFB). Precedentes. 10. A pertinência temática entre os objetivos da associação autora e o objeto da ação direta de inconstitucionalidade é inequívoca, uma vez que a realização das audiências de custódia repercute na atividade dos Delegados de Polícia, encarregados da apresentação do preso em Juízo. 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país.

Sobre o tema também fora proposta ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental)<sup>86</sup> pelo Partido Socialismo e Liberdade- PSOL, mediante representação da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, instruída com Parecer do Professor Titular de Direito Penal da UERJ Juarez Tavares. Nela, buscou-se o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, visando a adoção de providências para sanar as lesões aos preceitos fundamentais, sendo uma destas, a efetiva implementação das audiências de custódia em todo país.

Ambas as medidas constitucionais direcionavam a discussão quanto à questionar a validade de implementação do instituto no sistema jurídico do país sem que houvesse previsão legal no Código de Processo Penal para tanto.

A Resolução do CNJ fundamentou-se em dois dispositivos de norma de caráter internacional. O primeiro deles, art. 7º, item 5 do Pacto de San José da Costa Rica<sup>87</sup> a dizer:

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.

<sup>86</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Acórdão da Medida Cautelar. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>87</sup> BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em: 14 abr. 2019.

Há também previsão no art. 9º, item 3 do Pacto Internacional dos Direitos Políticos que determina que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Apesar de encerra a controvérsia acerca da legitimidade da resolução do CNJ após o julgamento da ADI 5.240 e da ADPF 347, é válido pontuar que:

Não é caso de colisão das normas internacionais com as regras locais, mas de mera complementação – direito adicional criado. É de se esclarecer, de todo modo, que se houvesse conflito entre normas de direito interno e previsões da CADH, a solução seria pela prevalência da norma internacional, como estabelece a regra incorporada pelo Brasil e como já decidiu nossa Suprema Corte quando excluiu a validade da prisão do depositário infiel em respeito à Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>88</sup>

Apesar de não haver colisão de normas nesse caso, ainda que houvesse, é válido rememorar as lições ensinadas pela teoria geral do direito para resolução de eventuais conflitos normativos. Nessa senda, conforme leciona Martinelli<sup>89</sup>:

As normas de proteção de direitos humanos possuem status diferenciado dentro do ordenamento jurídico interno brasileiro. As normas de proteção dos direitos humanos são normas materialmente constitucionais, portanto, oponíveis à legislação infraconstitucional. Quando houver conflito entre normas da CF e de tratados de direitos humanos deve prevalecer aquela que for mais favorável à proteção dos indivíduos. A proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

Superadas tais questões, cumpre delinear as características da audiência de custódia, nos termos do que impõe a resolução regulamentadora. A resolução 213 do CNJ aponta inicialmente no seu art. 1º que:

Toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

<sup>88</sup> CORDEIRO, Néfi. **A audiência de custódia como instrumento de persecução criminal menos abusiva e garantia individual protetiva**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. n. 80, v. 14, 2017. p. 26.

<sup>89</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini in SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. [Orgs.]. **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. Cap. 14 - Audiência de custódia: uma garantia além da prisão em flagrante.

Para melhor destringir as características do instituto, seu estudo pode ser dirigido a partir da divisão proposta por Gustavo Badaró<sup>90</sup>, que o repartiu em três aspectos: aspecto subjetivo; aspecto temporal e aspecto procedimental.

Por aspecto subjetivo, cumpre definir qual autoridade realizará o controle da prisão. Antes da instituição da audiência de custódia, ao realizar a prisão em flagrante somente era feito do encaminhamento do auto narrando a ocorrência do encarceramento ao juiz competente, e este analisaria tão somente folhas de papel com uma narração específica sobre os fatos<sup>91</sup>, somente tendo ao custodiado caso contra este fosse deflagrada ação penal, no momento do seu interrogatório em audiência de instrução.

Agora, o flagranteado será conduzido pessoalmente à presença de autoridade judicial competente (aspecto subjetivo), entendida pela art. 1º, §2º da Resolução como:

Aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça Militar, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional Eleitoral ou do Superior Tribunal Militar que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

No que tange ao aspecto temporal, cabe pontuar o prazo de 24 horas da comunicação do flagrante estipulado pela Resolução, quando em verdade nenhuma das normas de caráter internacional havia se posicionado quanto à fixação específica do prazo, somente utilizando-se da expressão “sem demora”.<sup>92</sup>

Por fim, no que concerne aos aspectos procedimentais, este refere ao rito de atos concretos que instrumentalizam a audiência precautelar, sendo estes marcados pela oralidade como característica principal.

---

<sup>90</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Richi Ivahy. **Consulta com pedido de parecer formulada nos autos da Ação Civil Pública registrada sob o nº 8837-91.2014.4.01.3200, que tramita perante a 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas, proposta pela Defensoria Pública da União, em face da União Federal.** Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod\\_resource/content/0/Parecer\\_AudienciaCustodia\\_Badaro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_AudienciaCustodia_Badaro.pdf) Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>91</sup> A Resolução 213 do CNJ ainda pontua no seu art. 1º, §1º que “a comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015.** Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>92</sup> No Reino Unido: 24 horas sem comunicação e depois dois dias para a apresentação ao juiz; França: crimes leves 24 horas, mas crimes com pena maior de um ano 48 horas, e, em casos especiais, 76 horas. Crimes de gravidade especial de 96 a 120 horas (ex. terrorismo); Espanha: prazo de 72 horas; Alemanha: ‘no dia seguinte’; Portugal: após 48 horas; Suécia: 72 horas; Colômbia: 36 horas; Chile e México: apresentação ao promotor em 12 horas e ao juiz em 24 horas; África do Sul: 48 horas. DA ROSA, Alexandre Moraes; BECKER, Fernanda E. Nöthen in SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. [Orgs.]. **Audiência de custódia.** Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. Cap. 1 – Desafio de implementar a audiência de custódia: a decisão com ela é. p. 18.

Inicialmente, conforme dispõe art. 7º da Resolução, a apresentação da pessoa presa será obrigatoriamente precedida de cadastro no Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC), que segundo Lewandovisk<sup>93</sup>, tem o objetivo de contribuir para celeridade do registro das audiências e com a melhor estruturação dos seus resultados, será possível alcançar dados a respeito da entrada de indivíduos ao sistema prisional, contribuindo, portanto, para a formulação de políticas públicas eficazes para redução do encarceramento em massa.

Pontua a princípio também, que em casos de presos em grave estado de saúde, será garantida a realização da audiência no local onde ele se encontre (art. 1º, §4º da Resolução), podendo, excepcionalmente, realizar a audiência precaver por meio de videoconferência.

Antes que se inicie a audiência, será asseverado ao flagranteado o direito de entrevista prévia com seu defensor, assegurado constitucionalmente. Iniciada propriamente a audiência, o juiz esclarecerá ao preso do que se trata a audiência, mencionando o seu direito constitucional ao silêncio.

Salienta-se que na audiência é vedada a presença dos agentes policiais que efetuaram a prisão (vide parágrafo único do art. 4º da Resolução), bem como o uso de algemas deve constituir-se como medida excepcional. Ademais, as declarações ali prestadas não possuem valor probatório e não devem ser realizados questionamentos que de qualquer forma infira questão de mérito da ação, ainda que o juiz que presida a sessão seja o mesmo que conduzirá eventual ação penal<sup>94</sup>.

O juiz, após observar todas as providências contidas no art. 8º da Resolução 213/2015, decidirá, nos termos do que dispõe o art. 310 do Código de Processo Penal, podendo para tanto: relaxar a prisão em flagrante em caso de ilegalidade; conceder a liberdade

---

<sup>93</sup> LEWANDOWSKY, Ricardo. **Audiências de custódia do Conselho Nacional de Justiça – da política à prática**. Conjur, 2015, p. 3. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica> Acesso em: 14 abr. 2019

<sup>94</sup> Critica-se o fato do juiz que presidiu a audiência de custódia tornar-se prevento para julgamento e eventual ação penal que venha decorrer da prisão em flagrante, haja vista gritante violação do princípio da imparcialidade do julgador, que terá conhecimento prévio dos fatos antes mesmo da instrução processual. Ademais, a decisão a ser proferida na audiência de custódia poderá conter elementos que antecipem até mesmo a predisposição do julgador frente ao caso, passando o processo penal a ser mera formalidade a ser cumprida. Em razão disso, o anteprojeto do Novo Código de Processo Penal que tramita no Senado Federal institui no art. 15 a figura do juiz de garantias, que zelará pela legalidade da investigação criminal, inclusive cabendo ao mesmo presidir a audiência de custódia, sendo “responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais”. Ressalta-se a previsão expressa prevista no art. 17 do Anteprojeto impedindo o juiz de garantias de funcionar no processo. BRASIL. Senado Federal. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&disposition=inline> Acesso em: 08 mai. 2019

provisória sem ou com a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão; decretar a prisão preventiva se preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal; e adotar outras medidas que venham a ser necessárias à preservação dos direitos da pessoa presa.

Em suma, “a realização da audiência de custódia proporciona uma maior participação dos autores processuais no espaço público do processo, contribuindo na construção da decisão que mantém a prisão do sujeito ou da que a ratifica, no plano horizontal do diálogo processual”<sup>95</sup>.

Deste modo, entendendo a oitiva precautelar como mecanismo de controle de ilegalidade e necessidade de eventuais prisões, além de meio a proporcionar maior participação dos autores do processo antes mesmo da formação da ação penal, é constitucionalmente indispensável a presença do defensor do acusado e de suma importância o papel a ser por esse exercido durante a audiência.

### 3.2. O PAPEL DA DEFESA DO CUSTODIADO NA AUDIÊNCIA E A FRENTE ASSUMIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA NA IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA CIDADE DE SALVADOR.

O direito de defesa é assegurado constitucionalmente com previsão normativa no art. 5º, LV da Constituição Federal. Não diferente disso, o procedimento regulamentado pela Resolução 213 do CNJ, prevê a atuação do defensor do flagranteado.

O primeiro ato a ser praticado pelo patrono do custodiado ocorre previamente à realização da audiência precautelar, momento em que o Defensor, em ambiente reservado, deverá orientar o flagranteado sobre a finalidade do ato, questionando-o se o mesmo foi vítima de agressão policial, nos termos do que dispõe o art. 6º da Resolução.<sup>96</sup>

Já no transcurso da audiência, conforme disciplina art. 8º, §1º, após as perguntas feitas pelo Ministério Público, a defesa técnica elaborará perguntas compatíveis com a natureza da audiência de custódia, cabendo ao juiz indeferir perguntas relativas ao mérito dos fatos.

<sup>95</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A audiência de custódia e seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. n. 67, v. 16, 2017. p. 155-178 / Revista de Estudos Criminais, p. 168.

<sup>96</sup> “Art. 6º Antes da apresentação da pessoa presa ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio e reservado por advogado por ela constituído ou defensor público, sem a presença de agentes policiais, sendo esclarecidos por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam a audiência de custódia.” BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> Acesso em: 14 abr. 2019.

Por fim, deve o defensor requerer: o relaxamento da prisão em flagrante caso se vislumbre ilegalidades; a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão; e a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Ressalta-se que o papel do patrono na audiência de custódia não é meramente procedimental, constituindo-se em nulidade do ato, caso este a venha a ser realizado sem que haja a presença do defensor, seja ele advogado particular, ou agente da Defensoria Pública.<sup>97</sup>

Ocorre, que o sistema prisional brasileiro é celetista e composto em sua maioria por indivíduos de classes sociais menos favorecidas, que, em geral, não possuem condições de arcar com os custos de um advogado particular, principalmente considerando o prazo de 24 horas entre a lavratura do flagrante e a ocorrência da audiência.

Assim, é possível aduzir que grande parte das audiências de custódia é realizada pela Defensoria Pública, que assumiu em diversos Estados uma frente em prol da garantia de execução da garantia prevista no Pacto de San Jose da Costa Rica e do Pacto de Direitos Civis e Políticos. O que ocorreu no Estado da Bahia.

Apesar do Termo de Adesão do Estado da Bahia ao Termo de Cooperação Técnica 007/2015 somente ter sido assinado em agosto de 2015, e as regras no Estado terem sido disciplinadas pelo Provimento Conjunto 01/2016 assinado pela Presidência do Tribunal de Justiça, Corregedoria Geral da Justiça e Corregedoria das Comarcas do Interior em 05 de abril de 2016, o Estado da Bahia desde o ano de 2013 atua na realização das audiências precautelares no Núcleo de Prisão em Flagrante.

A criação do Núcleo de Prisão em Flagrante no Estado da Bahia esteve ligada à reforma processual introduzida pela Lei n.º 12.403, de 4 de maio de 2011, que aduziu a excepcionalidade da medida prisional, consagrando a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> O Juiz Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim, da 2ª Vara Criminal de Caruaru-PE, revogou a prisão preventiva e anulou a audiência de custódia, por ela ter sido realizada sem a presença do defensor do flagranteado. Autos n. 0005600-76-2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/wp-content/uploads/2017/12/Decisao-sobre-Audiencia-de-custodia.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>98</sup> MATOS, Icaro Almeida. **A reforma processual penal, o (novo) regime jurídico da prisão preventiva e a tutela do risco da liberdade do indivíduo: estudo de caso do núcleo de prisão em flagrante de Salvador (NPF)**. Dissertação apresentada ao Mestrado da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Segurança Pública. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/19726/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final%20-%20Icaro%20Almeida%20Matos.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019.

O Conselho Nacional de Justiça a partir de então passou a expedir atos normativos indicando recomendações aos Estados sobre a necessidade de controle das prisões preventivas, do encarceramento em massa e da prevenção a tortura, a exemplo da Recomendação nº 49 de 01 de abril de 2014<sup>99</sup>, que inspirou o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia a criar o Núcleo de Prisão em Flagrante (NPF) da Comarca de Salvador, através da Resolução nº 9, de 3 de agosto de 2011. A Resolução em questão consagrou o Termo de Compromisso Mútuo n.º 19/11-TC, firmado entre o Tribunal de Justiça, a Secretaria de Justiça e de Direitos Humanos do Estado da Bahia, a Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, o Ministério Público do Estado da Bahia, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado da Bahia e a Defensoria Pública do Estado da Bahia.

Destarte, o Núcleo de Prisão em Flagrante da Comarca de Salvador passou a funcionar como órgão auxiliar dos juízos criminais da capital, obviamente, que limitado à análise dos autos flagranciais e seus incidentes respectivos (pedidos de relaxamento de prisão, de liberdade provisória, de arbitramento de fiança, de aplicação de medida cautelar diversa da prisão), de segunda à sexta feira, das 8 às 17 horas, com possibilidade de prorrogação do horário, excepcionalmente, durante o tempo estritamente necessário para a complementação da diligência que se iniciou durante o seu horário regular de funcionamento; com sede na área de administração da Cadeia Pública, situada no Complexo Penitenciário do Estado da Bahia, bairro da Mata Escura, município de Salvador.<sup>100</sup>

Entretanto, em maio de 2014, Núcleo de Prisão em Flagrante foi transferido para o Fórum Criminal no Bairro de Sussuarana, momento em que a efetivação da apresentação do preso ao magistrado de forma imediata tornou-se mais embaraçosa e demorada. Pensando nisso, a Defensoria Pública da Bahia entrou com um pedido de providências administrativas ao Conselho Nacional de Justiça para que o termo de cooperação passasse a ser cumprido.

Além disso, em razão da pioneira implementação do procedimento, o Conselho Nacional do Ministério Público, através do Conselheiro Alexandre Saliba, manteve contato direto com a Defensoria Pública do Estado da Bahia, solicitando um relatório sobre as

<sup>99</sup> CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 49 de 01/04/2019**. Dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas - princípios e regras - do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crime de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1983> Acesso em: 14 abr. 2019.

<sup>100</sup> MATOS, Icaro Almeida. **A reforma processual penal, o (novo) regime jurídico da prisão preventiva e a tutela do risco da liberdade do indivíduo: estudo de caso do núcleo de prisão em flagrante de Salvador (NPF)**. Dissertação apresentada ao Mestrado da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Segurança Pública, p. 54. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/19726/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final%20-%20Icaro%20Almeida%20Matos.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019.

condições atuais de funcionamento do Núcleo de Prisão em Flagrante, com intuito de embasar os documentos a serem juntados nos autos do Projeto de Lei nº 554/2011.<sup>101</sup>

Assim, observa-se que a Defensoria Pública do Estado da Bahia possuiu uma atuação que extrapolou os limites de atuação do patrono da causa durante a realização da audiência de custódia, assumindo um papel efetivo no cumprimento das normas internacionais que asseguram direitos que visam à garantia da dignidade da pessoa humana.

Em verdade, a frente assumida pela Defensoria Pública do Estado da Bahia representa o cumprimento do papel institucional da defesa dos direitos e garantias e do Estado Democrático de Direito, em especial, no que tange à contenção de prisões arbitrárias e a asseverar a excepcionalidade da prisão como medida cautelar.

### 3.3.OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA PRECAUTELAR

Como dito anteriormente, a audiência de custódia se destina a analisar a legalidade das prisões, bem como a possibilidade de aplicação das medidas cautelares, seja de natureza prisional, sejam àquelas diversas da prisão.

Segundo art. 4º da Resolução 213 do CNJ<sup>102</sup>, o procedimento será realizado na presença do Ministério Público e da defesa do custodiado, seja ela representada por advogado constituído, seja por atuação da defensoria.

No item anterior, analisamos a atuação do patrono do flagrado na audiência, seu papel e seus deveres, e nesse mesmo sentido, insta agora examinar os limites da atuação do Ministério Público durante a realização do ato.

No que tange aos atos a serem praticados pelo *parquet*, os mesmos se restringem à formulação de perguntas ao custodiado e ao final do procedimento, pugnar seja pelo reconhecimento da ocorrência de ilegalidade na prisão, seja pela concessão de liberdade provisória com ou sem aplicação de medidas cautelares, ou, diante da presença dos requisitos autorizadores, pugnar pela decretação de prisão preventiva.

Tal previsão encontra-se expressa no art. 8º, §1º da Resolução Regulamentadora<sup>103</sup> que determina que:

<sup>101</sup> CNJ. **Fortalecer defensorias e garantir audiências de custódia são recomendações da CNV.** Comunicação. Notícias. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/fortalecer-defensorias-e-garantir-audiencia-de-custodia-sao-recomendacoes-da-cnv> Acesso em: 14 abr. 2019

<sup>102</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015.** Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> Acesso em: 14 abr. 2019



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

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Especialmente no que condiz à formulação de perguntas, a normativa fala em “perguntas compatíveis com a natureza do ato”. Considerando que a natureza do ato tão somente se destina à análise da legalidade do flagrante e necessidade de medidas cautelares, a expressão significa dizer que as perguntas a serem realizadas pelo Ministério Público não devem possuir qualquer relação com o mérito da conduta, haja vista o exame em questão ser reservado à instrução probatória de eventual ação penal relativa ao fato.

Ademais, conforme bem pontua Aguiar<sup>104</sup> as declarações do custodiado na Audiência não podem ser consideradas e nem valoradas para fins de meio de prova, haja vista não estar submetida ao efetivo contraditório, podendo, porém, ser utilizadas como meros elementos de informação.

Sobre o limite cognitivo do órgão ministerial acima expresso, Marques e Viela<sup>105</sup> consideram:

Referido paragrafo impõe o indeferimento de perguntas das partes, relativas ao mérito do fato (imputação objetiva). Mais uma vez, verifica-se o acerto dessa limitação para evitar que uma acusação sem culpa formada possa ser elemento da argumentação sobre a liberdade do preso.

Assim, considerando a audiência de custódia como um avanço para a concretização de um processo penal democrático e garantista, o Conselho Nacional de Justiça ao positivar o procedimento, preocupou-se em estabelecer limites ao poder estatal também no instrumento normativo em comento.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> AGUIAR, Michelle. **Audiência de custódia e seus limites cognitivos** in SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. Audiência de custódia. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 490.

<sup>105</sup> MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; VIELA, Leonardo Marques. **A necessária exclusão dos elementos da imputação na audiência de custódia** in SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. Audiência de custódia. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, pp. 376

<sup>106</sup> AGUIAR, Michelle. *Op. cit*, p. 490.

Deste modo, a limitação de atuação dos atores do procedimento se constitui como medida importante para a efetivação da referida medida de enquanto estratégia de política criminal, submetendo-se não somente o Ministério Público a tais limitações, como também o Magistrado, figura a qual concentra o poder decisório no âmbito do processo penal, não diferente, da audiência de custódia.

### 3.4. O JUIZ, A EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO E A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA AUDIÊNCIA EM UMA CULTURA PUNITIVA.

Na audiência de custódia, a autoridade judicial irá proferir a decisão que resultará no relaxamento da prisão em flagrante, na concessão da liberdade provisória sem ou com a imposição de medida cautelar alternativa à prisão, ou na decretação da prisão preventiva do flagrado.

Pensando na implementação do instituto como continuidade a construção de estratégias de política criminal que vise à redução do encarceramento em massa, a Resolução do Conselho Nacional de Justiça estimou também a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, e estabeleceu, até mesmo, diretrizes para aplicação de tais medidas.

Dentre elas, elencou a observância do princípio da presunção de inocência a dizer<sup>107</sup>:

A presunção da inocência deve garantir às pessoas o direito à liberdade, à defesa e ao devido processo legal, devendo a prisão preventiva, bem como a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão serem aplicadas de forma residual. A concessão da liberdade provisória sem ou com cautelares diversas da prisão é direito e não benefício, devendo sempre ser considerada a presunção de inocência das pessoas acusadas. Dessa forma, a regra deve ser a concessão da liberdade provisória sem a aplicação de cautelares, resguardando este direito sobretudo em relação a segmentos da população mais vulneráveis a processos de criminalização e com menor acesso à justiça.

Nesse sentido, a fundamentação da decisão judicial que decorre da audiência de custódia deve ser feita em observância a todos os princípios e regras que integram o sistema acusatório brasileiro, devendo ser fundamentada na realidade em concreto e em observância aos critérios de adequação e necessidade da medida.

A respeito da fundamentação da decisão, Mirza e Estefan<sup>108</sup> pontuam que:

<sup>107</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> Acesso em: 14 abr. 2019.

A fundamentação pormenorizada de uma decisão deve ser observada em todos os momentos procedimentais, mas, principalmente, em sede de decretação de medida cautelar prisional, tendo em vista à bruta mitigação do estado de inocência do indivíduo antes do trânsito em julgamento de uma sentença condenatória. Definitivamente, sem uma fundamentação pormenorizada, não há como chegar à conclusão da pertinência da medida imposta e de sua real necessidade e compatibilidade com os preceitos estabelecidos pela nossa legislação. Sendo a liberdade a regra e o cerceamento ambulatorial cautelar medida extrema, em uma democracia, no cenário da persecução penal, o controle da decretação de prisão cautelar deve ser severo a ponto de que fique cristalina a sua indispensabilidade.

Diante disso, tem-se que o magistrado, especialmente no que condiz à decretação da prisão preventiva, deve fundamentar seu ato de modo a esboçar com pertinência à realidade fática do caso, em que medida o encarceramento cautelar se constitui como medida indispensável àquela circunstância.

Todavia, assentindo com o que pontua Giacomolli<sup>109</sup>, tem-se que:

Alguns autores vem alertando para uma tendência conservadora e punitivista nas decisões judiciais, sobretudo no que tange à preferência pelas penas de prisão como resposta à criminalidade. Sobre a cultura jurídica brasileira, tida como eminentemente encarceradora e punitivista, Salo de Carvalho aponta que “dentre os principais elementos facilitadores do avanço do punitivismo está a formação cultural dos operadores do direito que, em decorrência da mentalidade inquisitória, veem a prisão como resposta natural ao crime”.

A mentalidade inquisitiva persegue o exercício de quaisquer medidas que ainda revestida da “boa intenção” de uma política de redução do encarceramento em massa, se submete a condução de atores do sistema de justiça, cujos atos jurídicos são destinados à manutenção da banalização das prisões cautelares.

A respeito, Minagé<sup>110</sup> sintetiza:

Em outras palavras, a audiência de custódia tornou-se reflexo de uma política com discurso humanista, mas com a manutenção da prática do *labellin* approach, pois de nada adianta o juiz ver ou “olhar no olho” do conduzido, com uma mentalidade de etiquetamento. A capacidade deveria ultrapassar a esfera da forma, do procedimento, e alcançar uma política minimalista de alterações estruturais com vistas à expansão da liberdade, aumentando ferramentas para a manutenção da presunção de inocência, também previsto no art. 8, item 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

<sup>108</sup>MIRZA, Flávio; ESFEAN, Amanda in SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. [Orgs.]. **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. Cap. 12: Reflexões sobre audiência de custódia, p. 286.

<sup>109</sup>GIACOMOLLI, Nereu José. **A audiência de custódia e seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. n. 67, v. 16, 2017. p. 155-178 / Revista de Estudos Criminais, p. 171.

<sup>110</sup>MINAGÉ, Thiago Miranda. **A questão político-criminal da audiência de custódia**. Revista Síntese de direito penal e processual penal. n. 93, v. 16, 2015. p. 67.

Prova disso, foi a resistência no processo de implementação das audiências de custódia no país, que ao longo de sua execução enfrentou, além das barreiras concretas (ausência de instalações devidas, escassez de verba para instrumentalização do instituto e dificuldades operacionais), verdadeiros muros erguidos por parte dos atores da persecução penal visando a não efetivação da política criminal em questão.<sup>111</sup>

Sobre isso, Giacomolli<sup>112</sup> opina:

Essa tendência conservadora dos atores jurídicos revela, portanto, a influência cultural por eles sofrida, sendo um reflexo do conservadorismo da própria sociedade. Dessa forma, entende-se que a figura do Magistrado é central: a efetivação de reformas penais depende, indiscutivelmente, da postura dos Magistrados, pois são responsáveis, em grande medida, por concretizar ou obstacularizar tais reformas.

E continua<sup>113</sup>:

Desta feita, se não houver uma efetiva mudança na postura dos atores jurídicos envolvidos, especialmente dos Magistrados, a tendência punitivista da cultura jurídica brasileira, que centra no cárcere as suas expectativas, poderá aplacar o potencial do instituto em questão, de forma a impedir que o seu advento produza efeitos significativos no sistema justiça criminal.

O fato é que o nosso ordenamento jurídico atualmente possui à disposição um mecanismo teoricamente efetivo no controle de legalidade, e, especialmente nesse contexto, de necessidade da prisão. Contudo que também necessita que sua condução se dê por indivíduos que não se distancie da compreensão do processo penal acusatório como integrante do Estado Democrático, que, por sua vez, presa pela liberdade como regra.

Para Maria Gorete Marques de Jesus<sup>114</sup>:

Esta constatação indica que as audiências, apesar de representarem uma inovação, trazem à tona conformações sociais preexistentes nas expectativas punitivas e nas relações entre a polícia e o Judiciário, ainda que em outras roupagens. Pois se, à primeira vista, essas narrativas sugerem certo descompasso entre as práticas policiais e as judiciais, que se traduziriam em políticas distintas em relação ao encarceramento, um olhar mais atento mostra um forte alinhamento punitivo entre essas instâncias (JESUS, 2016), com efeitos diretos no encarceramento e na fraca garantia de proteção contra práticas de violência.

<sup>111</sup> Vide ADI Nº 5.240.

<sup>112</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A audiência de custódia e seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. n. 67, v. 16, 2017. p. 155-178 / Revista de Estudos Criminais, p. 173.

<sup>113</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **A audiência de custódia e seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro**. Revista de Estudos Criminais. n. 67, v. 16, 2017. p. 155-178 / Revista de Estudos Criminais, p. 173.

<sup>114</sup> JESUS, Maria Gorete Marques de; RUOTTI, Caren; ALVES, Renato. **“A gente prende, a audiência de custódia solta”**: narrativas policiais sobre as audiências de custódia e a crença na prisão. Rev. bras. segur. pública São Paulo v. 12, n. 1, 152-172, fev/mar 2018, p. 155. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/833> Acesso em: 14 abr. 2019.

Por assim ser, conclui-se que a missão de redução do encarceramento preventivo em massa perpassa não somente aos controles normativos de lacunas que permitam a desenfreada aplicação de medida prisional, ou à adoção de estratégias a título de política criminal que visem esse objetivo. Perpassa também, a necessidade de reforma no mais íntimo espírito inquisidor dos atores do sistema, em especial, os magistrados, além de precisamente identificar quais são os tipos penais mais frequentes que são alvos desse encarceramento antecipado.

## **4. A POLÍTICA BÉLICA DE DROGAS E O ENCARCERAMENTO PREVENTIVO DO INIMIGO NO BRASIL**

O presente capítulo se destina a analisar a política criminal de drogas no país, quais são suas bases ideológicas e de influência, e o que a torna uma política bélica de guerra que contribui significativamente para o encarceramento preventivo.

Antes mesmo de se problematizar a política de drogas atualmente adotada pelo sistema penal brasileiro, ou propor modificações a esse modelo político de repressão que já indicou seu fracasso, é necessário identificar as raízes de adoção desse sistema, às razões e os objetivos da guerra.

A chamada “guerra às drogas” é produto de uma política internacional, especialmente de influência norte-americana, a qual o Brasil aderiu sem o desenvolvimento de quaisquer estudos prévios e aprofundados, assim como em ausência de análises que visassem à adaptação dessa política ofertada pelos tratados internacionais à realidade de consumo/venda local dessas substâncias.

O compromisso assumido em nome de uma guerra que inicialmente não era do país, pôs o Brasil no cenário internacional do proibicionismo, aderindo uma política punitiva interna e de demonização das substâncias.

No contexto de base ideológica bélica internacional, assume o Brasil o papel de guerrilheiro na guerra. E como em toda guerra, há um inimigo, e há também mecanismos de combate a esse inimigo.

Pensando nisso, nesse trabalho em específico, a pesquisa se debruça sobre o encarceramento preventivo como mecanismo de neutralização do inimigo na guerra às drogas, visa identificar qual é esse inimigo e qual a relação dessa política bélica com os elevados índices de encarceramento cautelar no país.

### **4.1. A HOSTILIDADE AO ÓPIO E O PAPEL DOS EUA NA GUERRA ÀS DROGAS: O INÍCIO**

A guerra às drogas a qual se verifica atualmente teve início, segundo Valois<sup>115</sup>, no cenário internacional de proibição do ópio. De acordo com o autor, a proibição da China no

---

<sup>115</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 35.

século XVII ao uso de tabaco, importado pelos portugueses, fez com que os chineses passassem a consumir ópio<sup>116</sup>.

O ato proibicionista chinês em nada teve relação com questões morais ou de saúde pública. O país estava preocupado com o fato de que a importação do ópio estava causando desequilíbrio na sua balança comercial externa, podendo se dizer a partir disso, que o primeiro registro de proibição mundial às drogas teve como razão de ser, os conflitos e interesses de natureza econômica.

Após a proibição do ópio, inclusive do plantio e cultivo da papoula<sup>117</sup>, os chineses continuaram a importar as substâncias, passando a realizar ilegalmente o fluxo de drogas vindo de Portugal, que inicialmente era o principal país a comercializar o produto, até que em 1779 a Companhia das Índias Ocidentais inglesa passou a exercer o monopólio do comércio em questão.<sup>118</sup>

A clandestinidade na importação continuava mesmo após os chineses tornarem a fiscalização ainda mais rigorosa, sendo “salutar a constatação de que a guerra, além de ter imposto um comércio ilegal de droga, também estimulou o consumo dessa droga”<sup>119</sup>.

A Inglaterra entra no cenário da guerra ao ópio (entre 1839-40 e 1856-60)<sup>120</sup>, vendo a sua balança comercial também estar afetada, o país passa a impor a venda do ópio à China por meio da guerra, o que culminou no aumento do consumo diante da facilidade de compra, visto que a China perdeu a guerra.

Entretanto, Karl Marx citado por Luís Carlos Valois<sup>121</sup>, aponta que em verdade a Inglaterra ficou dependente do comércio ilegal das drogas:

O que o filósofo alemão denuncia é um fato curioso, mas perfeitamente justificável na (ir)racionalidade do sistema capitalista. A guerra do ópio era para permitir o comércio da droga com a China, mas os Ingleses não queriam que o governo chinês acabasse com a proibição do ópio. O ópio tinha que ser proibido para ser mais lucrativo para os Ingleses, que não corriam o risco de perder o comércio para os prováveis comerciantes locais.

A lucratividade da proibição atualmente pode ser constatada a partir da lógica de que, uma vez proibida, o valor da substância de caráter ilegal obviamente será elevado, o que

<sup>116</sup> “Talvez a primeira lição da proibição das drogas, esse efeito circular e agravador da situação. As proibições não resolvem nenhum problema, mas transferem os prejuízos da questão das drogas para outros locais, outras pessoas, com outras circunstâncias, adiando ou não um agravamento certo.” *Ibidem*, p. 36.

<sup>117</sup> Espécie de planta a qual decorrem as sementes do ópio.

<sup>118</sup> VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 37.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 41

<sup>120</sup> *Ibidem op. cit.*, p. 39.

<sup>121</sup> *Op. cit.*, p. 43.

valoriza o mercado do tráfico, não deixando de ter tal política penal, a sua relação direta com as diretrizes do sistema capitalista<sup>122</sup>.

Por falar em capitalismo, retomando o viés histórico da guerra às drogas, apesar de aparentemente os Estados Unidos não terem estado vinculados à guerra do ópio, o comércio da substância foi bastante lucrativo para o país, alimentando o sistema financeiro e bancário dos EUA.<sup>123</sup>

No contexto do proibicionismo, Valois<sup>124</sup> destaca o papel crucial dos EUA no debate internacional de guerra às drogas. Especialmente na Conferência de Xangai em 1909, local em que se celebrou o primeiro acordo a considerar a questão das drogas como um fato internacional:

Os americanos propuseram a definição de uso legítimo do ópio, pretendendo que qualquer uso que não fosse relacionado a objetivos médicos ou científicos passasse a ser considerado ilícito, enquanto os países com histórico cultural de uso das drogas, principalmente os poderes coloniais, apresentaram oposição à alegação de que o ópio ingerido na forma tradicional causasse qualquer efeito deletério. E os debates acerca dessa questão resultou a fórmula genérica do item 3 da resolução da Comissão de que o uso do ópio para qualquer outra utilidade, além de medicinal, deveria “ser proibido ou cuidadosamente regulado”<sup>125</sup>

Nesse âmbito merece destaque também o papel da Organização Mundial de Saúde e da Organização das Nações Unidas<sup>126</sup>, organismos que segundo Rosa del Olmo<sup>127</sup>, fizeram as primeiras observações indicando a droga como um problema de saúde pública.

Em verdade, por ser considerada por historiadores como uma ideia dos Estados Unidos<sup>128</sup>, com a participação da União Soviética, Grã-Bretanha e China em sua formação inicial, a ONU se insere no contexto de guerra às drogas como mera reprodutora do posicionamento dos EUA no debate.

<sup>122</sup> “A ‘questão droga’ sempre esteve interligada com problemas de segurança nacional e **crecimento econômico**, objetivos políticos em conflito, intrigas por posições burocratas, defesas de prerrogativas culturais e vicissitudes de personalidade” (grifo nosso). McALLISTER apud in VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 58.

<sup>123</sup> *Op. cit.*, p. 49.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 46 *et seq.*

<sup>125</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 67.

<sup>126</sup> “Aliás, a história de criação da ONU muito se assemelha aos acordos, pressões e conchavos que deram origem aos primeiros tratados antidrogas, demonstrando que há muito por trás de uma instituição e de uma legislação aparentemente benévola e humanitária”. *Ibidem*, p. 228.

<sup>127</sup> OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 30.

<sup>128</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 229.



O temor de que as drogas se tornassem atraentes fez com que tais entes internacionais difundissem discursos moralistas indicando que os “criminosos viciados eram dados a orgias sexuais”<sup>129</sup>, indicando desde já a predominância de um discurso moralista-jurídico, que a partir do estereótipo da moralidade considerava a droga como sinônimo de periculosidade.

Em 1961 na cidade de Nova York surge a Convenção Única sobre Entorpecentes sob redação de Adolf Lande, que “possuía uma habilidade de camaleão para sustentar qualquer posição que parecesse mais favorável aos interesses do seu atual empregador”.<sup>130</sup> Segundo Valois<sup>131</sup>, “quem não seguisse o posicionamento norte-americano poderia ser considerado de ‘baixo nível intelectual’ ou estar demonstrando um ‘violento antiamericanismo’, nas palavras do próprio Lande”.

Rosa del Olmo considerou que a década de 60, contexto histórico de surgimento da Convenção, foi decisiva para a difusão do modelo médico-sanitário de combate às drogas, sem, contudo, reduzir os índices de consumo, tendo ocorrido grandes apreensões na época<sup>132</sup>. O aumento do consumo se deu de forma ampla e coletiva, não sendo próprias apenas dos “dos guetos urbanos nem dos negros, porto-riquenhos ou mexicanos, pobres e/ou delinquentes”, mas também “dos jovens brancos de classe média norte-americana”.

A partir de então, iniciou-se o discurso acerca da personificação de corruptores que estariam atingindo os filhos de “boa família”. Os “corruptores” segundo a Autora “geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualifica-lo como ‘delinquente’”. Já o consumidor, por sua vez, como era de condição social distinta, passaria a ser qualificado como “doente”, graças à difusão do estereótipo da dependência. O discurso calcado na “ideologia da diferenciação”, nome dado pela escritora à essa diferenciação de tratamentos, passou a ser disseminado pelas campanhas da lei e da ordem.

Eis que em 1970, com o forte consumo de heroína, tem-se a declaração formal de guerra às drogas, emitida pelo presidente Richard Nixon, que passou a qualificar a droga como “o primeiro inimigo público não econômico.”<sup>133</sup>

<sup>129</sup> OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 30.

<sup>130</sup> McALLISTER *apud in* VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 252.

<sup>131</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 253.

<sup>132</sup> “Em 1962 foram confiscados 850 quilos de cannabis na fronteira mexicana, e em 1965 várias toneladas.” OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 33.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 39.

Para Del Olmo<sup>134</sup>:

Qualificar a heroína como “inimigo público” permitia iniciar o discurso político para que a droga começasse a ser percebida como ameaça à ordem. Porém, uma análise detalhada da heroína levaria a contradizer o presidente Nixon, já que esta droga era, na realidade, muito menos ameaçadora para o sistema que a maconha. É uma droga profundamente individualista, de consumo solitário que marginaliza, inibe e, portanto, elimina qualquer tentativa de formação de grupos de protesto. Tem além disto o agravante de seu alto custo, que obriga o consumidor a renunciar a tudo por ela; a optar por traficar para poder consegui-la; e inclusive a estar disposto a delatar o amigo para obter dinheiro com o qual adquiri-la.<sup>135</sup>

Sobre a manifestação de guerra de Nixon, Valois<sup>136</sup> se manifesta:

De 1971 é a manifestação de Nixon considerada como a declaração de guerra às drogas, mas o palavreado do presidente norte-americano não esconde a história de guerra que os EUA vinham patrocinando desde Xangai. Também não encobre o fato de que todos esses anos de luta só tenham visto o consumo de drogas aumentar, embora, para apolítica norte-americana, este sempre tenha sido atribuído às falhas de combate de países produtores.

O aumento do consumo de drogas apesar da política repressiva assumida pelo país também é denunciado por Rosa del Olmo. Internamente, os Estados Unidos criavam medidas mais severas com intuito de acalmar a opinião pública acerca da questão das drogas, tendo o Congresso do país publicado em 1973 um informe sobre “O tráfico mundial de drogas e seu impacto na segurança dos Estados Unidos”.<sup>137</sup>

No cenário internacional, a ONU modificava a Convenção Única sobre Estupefacientes inserindo uma serie de substancias antes não incluídas. Também aprovaria o Convenio sobre Substancias Psicotrópicas, tendo George Bush, à época vice-presidente dos EUA, conseguido que 104 países ratificassem a norma. Assim, começou no mundo um movimento coletivo de medidas contra o inimigo, que ora era interno, ora era externo.<sup>138</sup>

<sup>134</sup> OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 39.

<sup>135</sup> “Poderia assinalar-se no entanto que a heroína deu lugar a um novo inimigo interno: o aumento da criminalidade para manter o vício. Mas foi rapidamente neutralizado com o mesmo estereótipo da dependência”. *Ibidem*, p. 40.

<sup>136</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 263.

<sup>137</sup> OLMO, Rosa del *Op. cit.*, p 39.

<sup>138</sup> Os países da America Latina também adotaram medidas proibicionistas. “O primeiro país foi o Equador, em 1970, com sua lei nº 366 de Controle e Fiscalização do Tráfico de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, seguido pelo Brasil com sua lei nº 5.726 ou lei Antitóxicos de q971; em seguida o Paraguai e a Costa Rica em 1972, e nesse mesmo ano o Peru aprova seu decreto lei nº 19.505; em 1973 a Bolívia com seu decreto nº 11.245 ou Lei Nacional de Controle de Substâncias Perigosas; o Chile com sua lei nº 17.934 para reprimir o tráfico, e o México sanciona o Código Sanitário dos Estados Unidos Mexicanos; Colômbia, Uruguai, Argentina e Jamaica promulgaram suas leis sobre estupefacientes em 1974; a República Dominicana em 1975, a Lei 168; a Venezuela elabora um anteprojeto em 1974, que não foi nem sequer discutido, porque ocorreu aos legisladores incluí-lo na regulamentação sobre álcool e tabaco”. *Ibidem*, p.44.

No âmbito da América Latina, nos anos 80 iniciou-se um discurso de pânico envolvendo as drogas, conduzido pelos meios de comunicação, distorcendo informações, reduzindo “droga” a somente “maconha”, e ao mesmo tempo importando discursos estadunidenses sobre heroína, que ao ser dita considerada como droga, pela restrição jornalística de droga à maconha, associava erroneamente os efeitos e consequências de uma, a outra.

A respeito desse discurso, Rosa del Olmo<sup>139</sup> pontua:

Quanto ao tipo de discurso de combate às drogas, tudo dependia de quem consumia: se eram os habitantes de favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos. Se eram os “meninos de bem”, a droga os tornava apáticos daí que aos habitantes das favelas fosse aplicado o estereótipo criminoso e fossem condenados a severas penas de prisão por traficância, apesar de só levarem consigo um par de cigarros; e troca, os “meninos de bem” que cultivavam a planta em sua própria casa, como aconteceu em inúmeras ocasiões, eram mandados a alguma clínica particular para em seguida serem enviados aos Estados Unidos porque eram “doentes” e seriam sujeitos a tratamento, de acordo com o discurso médico tão em moda na época dos Estados Unidos. A eles corresponderia o estereótipo da dependência.

Ao panorama mundial de combate às drogas é incorporado a Convenção de Viena de 1988<sup>140</sup> (Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas). Segundo Bouville citado por Luís Carlos Valois<sup>141</sup>, a convenção “universaliza a cruzada contra as drogas, consagrando o estado policial e o regime de monopólio do narcotráfico por parte dos setores corruptos das forças de segurança da maioria dos Estados”.

No que tange a análise geral do conteúdo desse diploma cabe ressaltar segundo Valois<sup>142</sup> que:

A destruição de princípios jurídicos das legislações nacionais às quais submeteram os países signatários é patente. Nem muito menos frente princípios de direitos humanos consagrados em outros tratados se sustentar as medidas repressivas da Convenção, razão pela qual Maria Lucia KARAM levanta a possibilidade jurídica de serem declarados inválidos alguns dispositivos que diretamente apresentem conflito com a Declaração Universal de Direitos Humanos, com o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e com as constituições nacionais, medida a depender de vontade política, esta diametralmente oposta à submissão, também política, até então demonstrada.

---

<sup>139</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>140</sup> Mesmo ano de promulgação da atual Constituição do Brasil.

<sup>141</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 292.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 296.

A Convenção de Viena pode ser tida como um dos últimos marcos internacionais de guerra às drogas, guerra está que dura séculos e aparentemente está distante do seu fim, mantendo-se firme em todo contexto internacional uma política de violenta e de forte repressão.

Apesar da manutenção da guerra, diversas são as denúncias quanto ao fracasso desse sistema bélico. A exemplo disso, no ano de 2011 foi criada a Comissão Global de Políticas sobre Drogas, tendo a comissão no mesmo ano, sob presidência do ex-presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, publicado um relatório acerca do fracasso da guerra às drogas, indicando princípios e recomendações a serem seguidos para a mudança de enfrentamento à questão das drogas.

Segundo a Comissão<sup>143</sup>

A guerra global contra as drogas fracassou, deixando em seu rastro conseqüências devastadoras para pessoas e sociedades em todo o mundo. Cinquenta anos depois da adoção da Convenção Única da ONU sobre Narcóticos e 40 anos depois que o presidente Nixon decretou guerra às drogas, é urgente e imperativa uma revisão completa das leis e políticas de controle de drogas no plano nacional e mundial.

Contudo, efetivamente os esforços políticos dos países do mundo no debate do fracasso da guerra às drogas ainda são diminutos. No Brasil, por exemplo, continuam-se os discursos e medidas bélicas de combate, revelando a persistência do país em sustentar uma guerra em verdade perdida.

#### 4.2. O BRASIL ENTRANDO NA GUERRA: ASPECTOS DA POLÍTICA INTERNACIONAL DE DROGAS NO PAÍS

A participação do Brasil no cenário internacional de combate às drogas, como vimos, foi restrita à assinatura de convenções, subordinando-se às discussões apresentadas pelos países que efetivamente formaram o que se tem da política bélica de drogas, sem houvesse contribuições próprias para essa construção.

Para Valois<sup>144</sup>:

Na história da formação do regime internacional de combate às drogas vimos poucas referências ao Brasil, como o próprio Brasil faz poucas referências à

<sup>143</sup> GCDP, Global Commission on Drugs Policy. **Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas**. 2011. Disponível em: [http://www.globalcommissionondrugs.org/wpcontent/uploads/2017/10/GCDP\\_WaronDrugs\\_PT.pdf](http://www.globalcommissionondrugs.org/wpcontent/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf) Acesso em: 03 mai. 2019.

<sup>144</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 329

sua participação nessa construção. Seguidor das diretrizes norte-americanas, comerciais e morais, o Brasil não incomoda e permanece submisso, até mais submisso na questão das drogas, ou seja, na questão moral.

Salo de Carvalho<sup>145</sup>, por sua vez, considerada que “da mesma forma que os Estados Unidos impõem sua política econômica e transnacionalizam a ideologia da Segurança Nacional, na década de sessenta, também incorporam os países da América Latina no processo de combate às drogas.”

Ainda no contexto da Guerra do Ópio, fato narrado no tópico anterior, o Brasil promulga a Convenção Internacional do ópio por meio do Decreto 11.481 de 1915, independentemente da existência ou não do comércio de ópio no país. Segundo Valois<sup>146</sup>, iniciou-se a partir de então “uma história de adesões, com uso da desculpa humanitária, às medidas penais que cada vez mais foram sendo impostas pelo mecanismo de acordos internacionais, sem que ninguém se importasse o quanto tais medidas foram se afastando e até contradizendo qualquer alusão à palavra humanitário.”

No que tange ao cenário da legislação interna, a primeira disposição expressa no ordenamento jurídico acerca da proibição de substâncias tóxicas se encontrou prevista no Código Penal Republicano de 1890, já se manifestando como norma penal em branco ao prever como delito a ação de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidade previstas nos regulamentos sanitários”.<sup>147</sup>

Com a Convenção de Genebra de 1936, o Brasil por meio do Decreto-lei 891 de 1938 adere, segundo Salo de Carvalho, ao modelo internacional de controle de estupefacientes, passando a prever no art. 281 do Código Penal de 1940, citado pelo Autor<sup>148</sup>, a conduta de “importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar ao consumo substância entorpecente”.

A partir da aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo então presidente Castello Branco em 1964, ano da ditadura militar, o uso de drogas no país adquire o caráter de manifestação e sentido libertário<sup>149</sup>, conquanto começa a se inserir

---

<sup>145</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial as razões da descriminalização)**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1996, p. 31. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430> Acesso em: 23 abr. 2019.

<sup>146</sup> VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 72.

<sup>147</sup> BRASIL, Código Republicano de 1890 *apud in* CARVALHO Op. cit., p. 24-25.

<sup>148</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 26.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 27.

no país o modelo médico-jurista, que conforme exposto no 4.1, estabelece, segundo Rosa del Olmo<sup>150</sup>, a ideologia da diferenciação, separando as figuras do criminoso da figura do dependente.

O incremento ao modelo repressivo de combate às drogas e o fomento à ideologia da diferenciação se deu com a vigência da Lei nº 6.368/76. Com forte influência da Convenção Única de 1961, segundo Salo de Carvalho<sup>151</sup>, a resposta repressiva vem por meio da preponderância do discurso político-jurídico.

Sobre a referida legislação, o Autor<sup>152</sup> faz a seguinte consideração:

Tanto no plano político-criminal transnacional quanto em nível de técnica jurídica, a comissão legitima o novo estatuto. No que concerne ao plano político-criminal, mantém-se o discurso médico-jurídico, com a diferenciação básica entre dependente e criminoso e a manutenção dos estereótipos de consumidor-doente e traficante-delinquente, instaurando-se, gradualmente, o discurso jurídico-político (plano da segurança) onde surgirá a figura do inimigo, igualmente encarnada no traficante. Percebe-se, neste ponto, o porquê da excessiva exacerbação da pena ao traficante em relação aos estatutos pretéritos.

A perspectiva sanitarista da lei baseava-se em um tratamento de natureza coercitiva, possuindo previsão no art. 10 de determinação de internamento hospitalar.<sup>153</sup> Já a perspectiva jurídico-política destinada ao traficante revelava o caráter repressivo da norma, prevendo pena de 03 a 15 anos, cuja margem de discricionariedade para aplicação é ampla, além da criação de causas especiais de aumento de pena (vide art. 18), majorante obrigatória para tráfico internacional (art. 18, I), dentre outros aspectos.

Entretanto, na década de 90 iniciaram os debates sobre propostas de alteração da lei em comento.<sup>154</sup>, culminando na formação da Lei nº 10.409/02, que apesar de aprovada no âmbito legislativo, recebeu o veto presidencial na sua parte referente ao direito material, vigorando o sistema de repressão às drogas com a lei vetada no seu aspecto processual,

<sup>150</sup> OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p.39.

<sup>151</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial as razões da descriminalização)**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1996, p. 36. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430> Acesso em: 23 abr. 2019.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>153</sup> “Art. 10. O tratamento sob regime de internação hospitalar será obrigatório quando o quadro clínico do dependente ou a natureza de suas manifestações psicopatológicas assim o exigirem.” BRASIL. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6368.htm) Acesso em: 04 mai. 2019

<sup>154</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológicos e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 59.

contudo, mantendo-se o aspecto material (definição de crimes e cominação legal de penas) da Lei nº 6.368/76. A aplicação concomitante das duas legislações não duraria muito, haja vista no ano de 2006 ter surgido a vigente lei de drogas do país, a Lei nº 11.343.

Pode se dizer que a Lei nº 11.343/06 teve mesma base ideológica que a Lei nº 6.368/76, todavia, segundo Salo de Carvalho<sup>155</sup>, a nova legislação:

Nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de punibilidade (penas privativas de liberdade fixadas entre 05 e 15 anos); e patologia do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas.

A nova legislação surge acompanhada pela proposição de um sistema de redução de danos supostamente ocasionados pelo uso de drogas, instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, prescrevendo atividades de prevenção ao uso indevido e reinserção social de usuários e dependentes<sup>156</sup>.

Ocorre que “os princípios e diretrizes previstos na Lei 11.343/06, notadamente identificados com políticas de redução de danos, acabam ofuscados pela lógica proibicionista, não representando senão mera carta de intenções direcionadas ao sistema de saúde pública.”<sup>157</sup>, o que Salo de Carvalho chama de “falácia policista”, inversão ideológica que utiliza base do discurso de redução de danos para a legitimar em verdade aplicação de políticas de intervenção proibicionistas.

Recentemente, o que já não parecia bom, tornou-se pior. O atual chefe do Poder Executivo do Brasil, por meio do Decreto nº 9.761 de 11 de abril de 2019, revoga política de redução de danos, dando lugar à nova política de drogas<sup>158</sup>, cujo espírito da medida se restringe à abstinência.

A nova política de drogas baseado no ideal de abstinência prevê o apoio e investimento ao modelo de comunidades terapêuticas de natureza religiosa, em especial, conquanto as redes de atendimento previstas no modelo de redução de danos deverão sujeitar-

---

<sup>155</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológicos e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 69.

<sup>156</sup> Art. 1º da Lei de drogas. BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm) Acesso em: 04 mai. 2019

<sup>157</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológicos e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 173.

<sup>158</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.761 de 11 de abril de 2019**. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm) Acesso em: 04 mai. 2019.

se às mudanças previstas pela nova política de tratamento. Ademais, a partir da publicação do decreto, a diferenciação entre usuário e traficante no momento da prisão em flagrante deverá ser feita a partir da análise do local e das condições em que se desenvolveu a apreensão, além das circunstâncias sociais e pessoais do agente.<sup>159</sup>

Merece destaque o item 6 do Decreto, que diz respeito à propostas para redução da oferta de drogas, especialmente o subitem 6.1.4 que aduz que:

6.1.4. As ações contínuas de repressão serão promovidas para redução da oferta das drogas ilegais e seu uso, para erradicação e apreensão permanentes de tais substâncias produzidas no território nacional ou estrangeiro, para bloqueio do ingresso das drogas oriundas do exterior, destinadas ao consumo interno ou ao mercado internacional, para identificação e desmantelamento das organizações criminosas e para gestão de ativos criminais apreendidos por meio das ações de redução da oferta.<sup>160</sup>

A nova política de drogas eleita pelo atual governo do país, como já se posicionou publicamente o Ministro da Cidadania<sup>161</sup>, visa fixar qual será a postura do governo diante da retomada do julgamento no Supremo Tribunal Federal acerca da legalização das drogas e de projetos que tramitam no Congresso Nacional, favoráveis à legalização.

Em verdade, mais que isso, também no âmbito criminal a posição do governo é de restrição a direitos e garantias, cujo discurso punitivista foi uma das principais armas de campanha durante as eleições presidências de 2018.<sup>162</sup>

Merece também ser pontuada, a título de análise da política de drogas brasileira, a equiparação do tráfico de drogas a crime hediondo, por força do art. 2º da Lei nº 8.072/90, cujo caráter iminente repressivo, determinou a obrigatoriedade do regime fechado como regime inicial de cumprimento de pena, o que posteriormente fora afastado pela Súmula Vinculante nº 26 do Supremo Tribunal Federal. Além disso, a referida lei dificulta o acesso à benefícios decorrentes do transcurso da execução penal, mediante a majoração do requisito temporal para a obtenção desses direitos.

Nesse sentido, o Brasil assume mais que nunca a feição de guerra na lida com as drogas, cuja história, como visto, foi marcada por práticas repressivas e bélicas, reproduzidas

<sup>159</sup> Vide item 2.3 do Decreto. BRASIL. **Decreto nº 9.761 de 11 de abril de 2019**. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm) Acesso em: 04 mai. 2019.

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> CANSIAN, Natália. **Nova política de drogas exclui redução de danos**. Brasília: Folha de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/nova-politica-de-drogas-exclui-reducao-de-danos.shtml> Acesso em: 04 mai. 2019.

<sup>162</sup> GLOBO, Portal G1. **Bolsonaro diz ao JN que criminoso não é 'ser humano normal' e defende policial que 'matar 10, 15 ou 20'**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/28/bolsonaro-diz-ao-jn-que-criminoso-nao-e-ser-humano-normal-e-defende-policial-que-matar-10-15-ou-20.ghtml> Acesso em: 03 mai. 2019.



a partir de discursos internacionais, especialmente orientadas pela pauta proibicionista estadunidense.

Em termos de política criminal Salo<sup>163</sup> conclui que toda a formação do sistema proibicionista de drogas no Brasil se sustenta a partir do tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem, pela Ideologia da Defesa Social e subsidiariamente pela Ideologia da Segurança Nacional.

A Ideologia da Defesa Social almeja, mediante um sistema integrado de ciências criminais que conforma o senso comum dos atores do sistema penal, um ideal de resposta do delito, sustentando uma ideia de possível intervenção punitiva racional e científica, que em verdade instrumentaliza os aparelhos repressivos do Estado, determinando uma atuação letal que afronta o sistema de proteção aos direitos e garantias individuais<sup>164</sup>.

Vera Regina Pereira de Andrade<sup>165</sup>, citada por Salo de Carvalho sintetiza a Ideologia da Defesa Social nos seguintes termos:

A ideologia de defesa social sintetiza, desta fora, o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o Direito Penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal (“proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualmente aplicada para os infratores”) e à pena (controlar a criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral – intimidação – e especial – ressocialização).

No que tange a Ideologia de Segurança Nacional tais postulados incorporados no mundo pós-guerra fria estabelecem uma política de eliminação de inimigos. No Brasil, especialmente durante e após a instalação do regime de exceção da Ditadura Militar “a forma de manutenção do corpo social sadio contra as investidas daqueles que pretendem aniquilar os valores morais é a sanção neutralizadora”, cuja estrutura se baseia na “ideia de eliminação”.<sup>166</sup>

Já em relação ao velho conhecido Movimento de Lei e Ordem, o mesmo consiste em movimento originário dos Estados Unidos de suposta salvaguarda dos princípios éticos, e

<sup>163</sup>CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológicos e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 29.

<sup>164</sup> “O MDS, ao negar as concepções tradicionais do direito penal liberal, sobretudo a função retributiva da pena, é pautado no conceito de ressocialização, auto-atribuindo à sua construção teórica caráter humanista. Contudo, a adoção de categorias como periculosidade, reeducação, personalidade desviante, prevenção de reincidência e formação de sistema de medidas de segurança extrapenais desmentem o projeto humanitário, pois, ao serem deslocadas do paradigma etiológico e ao retornarem ao horizonte de ação do direito penal, revigoram práticas autoritárias e segregacionistas.” CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológicos e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 35.

<sup>165</sup> ANDRADE *apud in* CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológicos e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 33.

<sup>166</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológicos e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 37.

no âmbito criminal em especial, manifestado a partir de produção legislativa punitiva. A atuação do movimento se dá do seguinte modo:

Instrumentalizado pela mídia, transmite ao senso comum do homem da rua (every day theory) estado de perigo constante e iminente, apenas excluído pela atuação profilática dos aparatos do Estado Penal. Desta maneira, veem na ampliação do espectro punitivo, na flexibilização das regras processuais e na implementação de penalidades severas o instrumento eficaz para conter a ação dos criminosos e os ousam a desprestigiar harmonia social.<sup>167</sup>

As três bases ideológicas citadas sustentaram e sustentam a política de drogas nacional, orientando também o comportamento dos atores do sistema de justiça de atuação nessa seara. Sobre a guerra às drogas no Brasil, Rosivaldo Toscano<sup>168</sup> pontua:

A guerra, aliás, tem se transformado em uma metáfora na implementação de soluções para problemas agudos. Traz consigo as ideias de urgência, importância, mobilização coletiva e esforço desmedido. Quando, porém, o significativo é utilizado no âmbito social e no qual o belicismo lhe retira a faceta de metáfora para transformá-lo em modo de atuação, cria-se uma cadeia de sentido que estabelece uma guerra real, mas sem as regras humanitárias a que uma guerra propriamente dita se sujeita. Isso ocorre no caso das atividades que comportam a violência estatal, ainda que justificadas como legítimas. (ROSIVALDO, p. 202).

O comportamento de violência estatal dito pelo Autor consiste na neutralização do indivíduo traficante, já que ao usuário, cabe o modelo médico-sanitarista. Na lógica beligerante de guerra às drogas, o inimigo deve estar encarcerado, afastado da sociedade a qual ele é o corruptor.

Tal lógica orienta não somente o sistema de aplicação da sanção penal, como também o sistema de encarceramento preventivo, orientado pela necessidade de segregação, desta vez de forma antecipada e cautelar. Ao eleger a figura do traficante como alvo principal da repressão penal, define-se previamente uma figura com suposta potencialidade delitiva, a qual atribuiu-se o status de inimigo interno. E aos inimigos, o cárcere. Aos inimigos, à guerra.

#### 4.3. ENCARCERAMENTO PREVENTIVO, ORDEM PÚBLICA E O INIMIGO DO DIREITO PENAL NA GUERRA ÀS DROGAS.

O encarceramento preventivo na guerra às drogas pode ser analisado sob ótica do conceito de cidadania negativa em Nilo Batista, citado por Vera Malaguti<sup>169</sup>, que sintetiza a

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>168</sup> SANTOS JUNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos**. 1. ed. - - Florianópolis, SP: Empório do Direito, 2017, p. 202.

expressão no fato que “periféricos somente possuem acesso ao Estado quando são alvos de demandas repressivas penais, somente conhecendo o avesso da cidadania: massacres, chacinas e opressão”.

Segundo Baratta<sup>170</sup>, a resposta punitiva do Estado é uma forma de trazer falsa sensação de segurança, e essa premissa é importante para a compreensão da relação existente entre guerra às drogas e encarceramento preventivo, especialmente no que condiz a segregação baseada na manutenção da ordem pública.

No estudo histórico sobre guerra as drogas, brevemente traçado nos itens 4.1 e 4.2, viu-se que as bases ideológicas as quais se fundou o tratamento jurídico de drogas no Brasil tiveram inspiração nos Movimentos de Lei e Ordem, na Ideologia da Defesa Social e na Ideologia da Segurança Nacional.

A junção dessas ideias culminou num modelo de repressão que antes de tudo é prévio á aplicação da pena. Em nome da segurança nacional, materializada no processo penal pelo conceito de “ordem pública” segrega-se cautelarmente o traficante, eleito inimigo do sistema penal.

Nesse sentido, Rosivaldo Toscano<sup>171</sup> faz a seguinte observação:

Em nosso Sistema de Justiça Criminal, a prisão cautelar do inimigo, por sinal, é pena cautelar. E tal prisão, por consistir em pena antecipada, denuncia-se: não possui faticidade. Essa decisão não é fundamentada, pelo menos não nos termos da Constituição. É, no máximo, justificada, cujos pretextos, por falta de fundamento normativo, revestem-se de clichês retóricos, abstratos, presunções contra o réu, na mais pura expressão de um imaginário que desliza, para usar um termo lacaniano. Não há, materialmente, fundamentação. É ato de pura vontade de poder.

O inimigo segregado por essa decisão, pelo ato de poder, é justamente àqueles que são desprovidos de poder. A guerra é contra as drogas, “mas é ainda mais propriamente uma guerra contra os mais vulneráveis dentre esses produtores, comerciantes e consumidores. Os ‘inimigos’ nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os desprovidos de poder”<sup>172</sup>.

O conceito de inimigo e a ideia da destinação de um tratamento específico àquele que rompe com o pacto e às normas sociais, tem seu principal estudo centrado na obra de

<sup>169</sup> BATISTA, Vera Malaguíti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 83.

<sup>170</sup> BARATTA, Alessandro. **Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas: reflexiones alrededor de la teoria del poder em Michael Foucault**. Pensam. jurid., Número 5, 1995. ISSN electrónico 2357-6170. ISSN impreso 0122-1108, p. 12. Disponível em: [https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39005/pdf\\_337](https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39005/pdf_337) Acesso em: 23 abr. 2019.

<sup>171</sup> SANTOS JUNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos**. 1. ed. - - Florianópolis, SP: Empório do Direito, 2017, p. 127.

<sup>172</sup>KARAM, Maria Lúcia. **“Guerra às drogas” e criminalização da pobreza**. Estudos críticos sobre o sistema penal. p. 679-697 / 343.2.01 E85, p. 665.

Günther Jakobs<sup>173</sup>. Para ele o Direito Penal devia possuir dois destinatários: o inimigo e o cidadão. Ao cidadão imperaria a vigência das normas penais comuns. Ao inimigo, aquele que não oferece garantia cognitiva suficiente de comportamento pessoal, incidiria um Direito Penal próprio e apto a neutralizá-lo.

A inserção dos postulados de Jakobs no contexto de guerra às drogas é identificada por estudiosos da criminologia, a exemplo de Salo de Carvalho que considera que:

O combate ao narcotráfico e ao crime organizado, no marco do direito penal do direito penal do inimigo e da fixação do Estado de exceção permanente, dirime as fronteiras entre as políticas de segurança e o direito penal. O problema, desde a perspectiva do garantismo, é que o direito e o processo penal devem representar as barreiras de contenção das violências constantemente emanadas dos instrumentos da política repressiva. Do contrário, se operarem na legitimação e não na deslegitimação da violência, a tendência é o extravasamento e a perda do controle dos atos de poder.<sup>174</sup>

Se por meio de analogia relacionarmos a divisão entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo de Jakobs com os modelos jurídicos de tratamento à questão das drogas, poderíamos concluir que àquele destinatário do modelo sanitaria, o usuário, o viciado, destinar-se-ia o direito do cidadão. Já ao traficante, corruptor, a quem se instaura o modelo jurídico-político, oferta-se o tratamento do inimigo.

Para Vera Malaguti<sup>175</sup>:

O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda.

Esse jovem negro descrito por Malaguti, como será visto no capítulo seguinte, é segregado cautelarmente por supostamente representar um perigo à ordem pública. Nesse prisma, Rosa del Olmo citada por Vera utiliza-se da expressão “mito da droga” para denunciar que o problema não está na droga em si, mas nos discursos criados pelos meios de comunicação que difundiu o medo provocando pânico moral.<sup>176</sup>

<sup>173</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. E trad. André Luís Callegari, Nereu Jose Giacomolli. 6. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

<sup>174</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológicos e Dogmático da Lei 11.343/06)**. 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 83.

<sup>175</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 36.

<sup>176</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

O pânico moral é materializado na necessidade de decretação preventiva desse agente, que como dito anteriormente, se dá predominantemente com base na necessidade de garantir a ordem pública.

A respeito Maria Gorete de Jesus<sup>177</sup> conclui nos seus estudos que:

A análise das manifestações e decisões dos operadores demonstram dois tipos de argumentos utilizados evocando a chamada “ordem pública”: um que se poderia chamar de “conjuntural”, em que os juízes, e promotores, descrevem um cenário dramático dos danos que o tráfico e as drogas causam à sociedade; e o outro baseado numa avaliação da “periculosidade” do indivíduo, descrito como um “inimigo social”, perigoso e danoso à sociedade, cuja liberdade traz riscos maiores.

Assim, as decisões judiciais que decretam a segregação cautelar de indivíduos presos em flagrante, cujos crimes estejam previstos na legislação de drogas, ou seja, sejam inimigos na guerra dentro de um sistema penal cujo tratamento ao tóxico se dá por meio de repressão, dificilmente estará distante de repetir os discursos e considerar os elementos acima transcritos.

Por ser individualmente um crime sem vítimas, cujo titular do bem jurídico que, em tese seria atingido pela conduta, deseja que a ação se consuma e com ela consente<sup>178</sup>, o flagranteado no cometimento de condutas descritas na Lei de Drogas somente representa risco preventivo à ordem pública dentro de um sistema irracional de guerra às drogas como o da atual política brasileira.

Deste modo, inquietamente é o questionamento quanto ao modo como se constrói a decisão que decreta preventivamente a segregação cautelar nos crimes tipificados na lei especial em comento, examinando em que medida há observância dos princípios processuais penais e constitucionais nessa decisão que se insere dentro do contexto apresentado no presente capítulo.

<sup>177</sup> JESUS. Maria Gorete Marques de. **“O que está no mundo não está nos autos”**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Tese de Doutorado. São Paulo, 2016, p. 174-175. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php> Acesso em: 23 abr. 2019.

<sup>178</sup> “Uma lei que desconsidera o consentimento do titular do bem jurídico e criminaliza a conduta do terceiro que age de acordo com sua vontade ilegitimamente cria um mecanismo destinado a indiretamente impedir que aquele titular do bem jurídico exerça seu direito de dele dispor (no caso em foco, de dispor de sua saúde). A proibição de uma conduta teoricamente lesiva de um direito de um indivíduo não pode servir, ainda que indiretamente, para tolher a liberdade desse mesmo indivíduo que a lei diz querer proteger.” KARAM, Maria Lúcia. **“Guerra às drogas” e criminalização da pobreza**. Estudos críticos sobre o sistema penal. p. 679-697 / 343.2.01 E85, p. 662.

## 5. EXPONDO A PESQUISA EMPÍRICA REALIZADA

O presente trabalho se destina a responder a seguinte indagação: de que modo o fundamento da garantia da ordem pública é construído nas decisões judiciais oriundas das audiências que convertem a prisão em flagrante em prisão preventiva nos casos enquadrados na Lei de Drogas na cidade de Salvador?

Até o momento em questão estudamos os ditames da prisão preventiva no âmbito do sistema acusatório, a que regras e princípios a segregação cautelar está subordinada. Verificamos também o conceito doutrinário e jurisprudencial de “ordem pública”, enquanto fundamento autorizador do acautelamento preventivo.

No capítulo 03, considerando o momento processual predominante de eventual decretação de prisão preventiva, examinamos a audiência de custódia no Brasil, sua implementação, bem como a descrição de sua ocorrência, especialmente no que tange a decisão judicial que venha determinar a medida cautelar prisional.

Por último, no capítulo anterior, nos debruçamos sobre a atual política de drogas no Brasil, quais são suas bases ideológicas e de influência, o que a torna uma política bélica de guerra, qual o inimigo nessa guerra, e qual a relação dessa política com os elevados índices de encarceramento cautelar no país.

Ocorre que, para responder a indagação proposta pela pesquisa, além da revisão teórica, ainda é necessário analisar empiricamente as decisões judiciais frutos da audiência de custódia que decretou a prisão preventiva nos casos relativos à lei de drogas nos meses de dezembro de 2016 e janeiro e fevereiro de 2017.

Para a problemática de pesquisa firmada estabeleceu-se a seguinte hipótese: o fundamento da garantia da ordem pública, por se tratar expressão vaga e de conceito indeterminado, é construído de maneira genérica, arbitrária e alimentada por uma ideologia de defesa social que elege um inimigo a ser neutralizado e segregado do convívio social.

Nesse sentido, a partir da indução como método científico de abordagem, visando estabelecer uma verdade geral por intermédio da análise de dados particulares, o capítulo que se inicia se destina a pormenorizar os termos da pesquisa empírica realizada, apresentando os pormenores dos métodos de procedimento e técnica de pesquisa aplicada, bem como apresentando os resultados obtidos, culminando com um exame crítico das falhas e dificuldades enfrentadas pelo pesquisador no desenvolvimento do estudo.

### 5.1.A DESCRIÇÃO METODOLÓGICA E O RECORTE DA PESQUISA

A descrição do método de pesquisa permite que qualquer pessoa, diante da exata repetição dos métodos aplicados, alcancem os mesmos resultados obtidos pelo pesquisador caso se proponha a replicar a pesquisa, sendo esta a importância da descrição da metodologia aplicada no estudo.

Segundo Gustin<sup>179</sup>, “a produção de um conhecimento emancipador origina-se em um problema complexo que é vital e que se configura a partir de um fenômeno jurídico compreendido a partir de sua dimensão cultural e tridimensional: fática, axiológica e normativa”.

O problema pode surgir a partir de uma inquietação ou indignação<sup>180</sup> que o pesquisador venha ter frente às normas legislativas, a comportamentos dos atores do sistema de justiça criminal ou qualquer outro fenômeno que venha a instigar o investigador a buscar respostas.

No caso do estudo em comento, tem-se como problema de pesquisa de que modo o fundamento da garantia da ordem pública é construído nas decisões judiciais oriundas das audiências que convertem a prisão em flagrante em prisão preventiva nos casos enquadrados na Lei de Drogas na cidade de Salvador?

A inquietação para essa problemática surge da indignação do investigador com a banalização da prisão preventiva, especialmente no que condiz a utilização do fundamento da garantia da ordem pública para encarcerar indiscriminadamente antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A mesma indignação justificou o recorte da pesquisa aos crimes relativos à lei de drogas, haja vista representar 24,74% dos casos recorrentes a penas privativas de liberdade, segundo dados do CNJ<sup>181</sup>. Ademais, no que concerne à decisão judicial que decreta prisão preventiva com base no fundamento da garantia da ordem pública nesses casos em específico, é possível supor que na construção dessa decisão judicial, há violação do princípio da individualização das condutas, e, portanto, decreta-se a prisão considerando a gravidade em abstrato do crime, vez que, as condutas descritas na referida legislação especial, por não

<sup>179</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>181</sup> CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**. Cadastro Nacional de Presos. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf> Acesso em: 01 abr. 2019.

serem, em regra, cometidas mediante violência ou grave ameaça, e sem violação de bens jurídicos, se individualmente consideradas não produzem efetivamente abalo à ordem social.

À inquietação principal que moveu a presente pesquisa é possível estabelecer a hipótese de que o fundamento da garantia da ordem pública, por se tratar expressão vaga e de conceito indeterminado, é construído de maneira genérica, arbitrária e alimentada por uma ideologia de defesa social que elege um inimigo a ser neutralizado e segregado do convívio social.

Seguindo o que prega Lakatos e Marconi<sup>182</sup>, as técnicas de pesquisa devem se adequar ao problema estudado e às hipóteses que são levantadas. Nesse sentido, diante das motivações que incitaram o investigador (inquietação e indignação), seja com o fundamento da garantia da ordem pública enquanto autorizador da prisão preventiva, seja com a atual política de drogas que encarcera preventivamente e indiscriminadamente, optou-se pela investigação jurídico-propositiva, dentre os tipos genéricos de pesquisa no campo do Direito, propostos por Witker citado por Gustin.<sup>183</sup>

Dada a natureza da investigação, no que tange ao método científico, a vertente escolhida para sistematizar e racionalizar as atividades de pesquisa conduzindo o caminho do pesquisador, foi a do método indutivo, tratando-se de um “processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas”.<sup>184</sup>

A escolha da indução da verificação proposta se justifica a medida que, da análise de casos particulares, quais sejam as decisões judiciais que decretaram as prisões preventivas sob o fundamento da garantia da ordem pública no período analisado, extrai-se conclusões amplas que conduzem à hipótese levantada, sendo eficaz meio de responder à problemática proposta.

Lakatos e Marconi<sup>185</sup>, a indução pode ser dividida em três etapas. A primeira delas, a observação dos fenômenos, se dá mediante a verificação do fenômeno estudando com o objetivo de descobrir as causas de sua manifestação, que no caso da pesquisa em comento, ocorre ao observar elementos considerados pelos Magistrados passíveis de causar abalo à ordem pública.

---

<sup>182</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 147.

<sup>183</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 50. O tipo jurídico-propositivo “destina-se ao questionamento de uma norma, de um conceito ou de uma instituição jurídica com o objetivo de propor mudanças ou reformas legislativas concretas”.

<sup>184</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Op. cit.* P. 68.

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 69.



Na segunda etapa, a descoberta da relação entre os fenômenos, permite-se por intermédio de comparação, aproximar tais fenômenos com o intuito de estabelecer a relação entre eles. Nesse caso, haja vista que a parte inicial da pesquisa visa traçar o perfil do custodiado alvo de tais decisões judiciais de constrição cautelar da liberdade, é possível no contexto apontado, estabelecer possíveis ligações entre os elementos considerados como integrantes do conceito de “ordem pública” e os sujeitos os quais estão sendo imputados suposta interferência no funcionamento da ordem.

Por fim, conclui-se o processo de indução a partir da generalização da relação, a partir da qual encontra-se precedentes a partir do estudo de fenômenos e fatos semelhantes, que no que concerne a hipótese erigida, visa provar que o fundamento da garantia da ordem pública, por se tratar expressão vaga e de conceito indeterminado, é construído de maneira genérica, arbitrária e alimentada por uma ideologia de defesa social que elege um inimigo a ser neutralizado e segregado do convívio social.

Há de se apontar também os métodos de procedimentos das ciências sociais escolhidos e cabíveis ao estudo proposto. Do que se observa do problema de pesquisa, é possível empregar o modo monográfico, ao considerar que diante da profundidade de análise dos casos estudados, desde que examinados em profundidade, podem as conclusões deles retiradas ser representativas de muitos ou todos os casos semelhantes.

Diante da hipótese traçada, que se baseia em eventual violação dos princípios e normas de natureza constitucional e processual-penal, é factível estabelecer um modelo ideal de decisão, ou mesmo idealizar elementos que podem por ela ser considerados para decretação da prisão preventiva, que servirá de parâmetro para o exame dos elementos que compõe esse ato judicial, podendo se falar em utilização do método tipológico.

Por fim, não deixando de considerar que, ao traçar o perfil do custodiado que fora alvo das decisões judiciais estudadas, nada mais se faz senão utilizar o modelo estatístico, permitindo se obter representações através da redução dos fenômenos de estudo a termos quantitativos.

O método estatístico permite a classificação da pesquisa em quantitativa, pelos mesmos motivos acima espostos. Entretanto, a pesquisa também caracteriza-se por ser qualitativa, haja vista a análise aprofundada dos discursos judiciais construídos, que rejeita perguntas e respostas meramente dicotômicas.<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> DEMO, Pedro. **Metodologia do Conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 159. “A pesquisa qualitativa é caracterizada pela abertura das perguntas, rejeitando-se toda resposta fechada, dicotômica, fatal.

Descritos todos os métodos utilizados, insta delimitar a técnica de pesquisa escolhida para responder a pergunta problema. Para Tripodi *apud in* Lakatos e Marconi<sup>187</sup>, as pesquisas de campo se dividem em: quantitativo-descritivos, exploratórios e experimentais. E, considerando que o presente estudo se destina a análise de fenômenos com a finalidade de fornecer dados para a verificação da hipótese, podemos concluir que trata-se de pesquisa empírica de natureza quantitativa-descritiva.

Isto posto, o acesso (inserção) aos dados estudados foram disponibilizados pela Defensoria Pública do Estado da Bahia. A inserção no objeto de pesquisa, a permissão e acesso para estudar aquilo que se pretende, é considerada por Becker<sup>188</sup> um dos problemas que aflige quase todos os pesquisadores. Nesse sentido, contou-se com o apoio da Instituição.

A Defensoria Pública do Estado da Bahia realiza o controle das audiências de custódia ocorridas na cidade de Salvador, através do fomento a uma planilha desenvolvida pela Instituição através do editor de planilhas no Microsoft Office Excel. No controle feito pela Defensoria, constam informações relativas às circunstâncias da apreensão, número do auto de prisão em flagrantes, tipos penais imputados pela Autoridade Policial, além de aspectos subjetivos do custodiado.

A autorização de acesso às planilhas foi concedida pelo Defensor Dr. Maurício Garcia Saporito, à época Subcoordenador das Varas Criminais e de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado da Bahia, mediante assinatura de termo de responsabilidade e sigilo das informações acessadas, e assim se concretizou a inserção nos fenômenos que se visava pesquisar.

Eis então o momento do recorte de amostragem da pesquisa. Considerando a incipiência do pesquisador, a amostra de deveria ser uma parcela possível de ser analisada, contudo, para que houvesse o fortalecimento da força indutiva<sup>189</sup>, também necessitava que a amostragem pudesse ser numerosa e representativa.

Nesse sentido, a delimitação da pesquisa quanto à amostragem analisada se limitou a análise das decisões judiciais das audiências de custódia ocorridas em três meses, sendo escolhidos os meses de dezembro de 2016, janeiro e fevereiro de 2017. A escolha

---

Mais do que aprofundamento por análise, a pesquisa qualitativa busca aprofundamento por familiaridade, convivência, comunicação”.

<sup>187</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 170.

<sup>188</sup> BECKER, Howard S. **Métodos de pesquisa em ciências sociais**. Tradução: Marco Estevão, Renato Aguiar. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1999, p. 34.

<sup>189</sup> Segundo Lakatos, quanto maior a amostrar, maior é a força indutiva do argumento. LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Op. cit.* p. 72.

específica pelos meses em questão se deu pelo interesse do pesquisador em controlar a variável juiz, o que será melhor discutido no item 5.3 do presente capítulo.

De logo dirigindo-se à execução da pesquisa, segundo Lakatos e Marconi<sup>190</sup>, após a coleta de dados, antes da análise e da interpretação aos resultados obtidos, o pesquisador deverá fazer a seleção, consistindo no exame minucioso dos dados fornecidos, fará a codificação, classificando e agrupando os dados em categorias, e por fim, realizar a tabulação, que consiste na disposição dos dados em tabelas, possibilitando maior facilidade na verificação e no estabelecimento de relação entre os fenômenos.

Deste modo, considerando o recorte quanto aos crimes tipificados na Lei 11.343/06, considerando a amostragem limitada entre de dezembro de 2016 a fevereiro de 2017, por meio da investigação jurídico-propositiva elegendo-se método científico indutivo e como métodos de procedimentos o monográfico, tipológico e o estatístico, tem-se os resultados da pesquisa empírica quantitativa-descritiva.

## 5.2. OS RESULTADOS OBTIDOS

A partir dos dados coletados, dividiu-se os resultados em: dados iniciais sobre a prisão, que contem informações quanto ao número de prisões efetuadas por mês analisado, incidência dos crimes de tráfico de drogas nesse percentual, espécies e fundamentos da decisão judicial oriunda das audiências de custódia; perfil etnográfico do custodiado, que considerou elementos subjetivos como sexo, idade, cor/raça, nível de escolaridade; peculiaridades das apreensões, considerando a quantidade de presos com tipos de drogas diferentes, o percentual de prisões em flagrantes nesses casos também em posse de arma de fogo, e o percentual de prisões preventivas decretadas em face de reincidentes ou não.

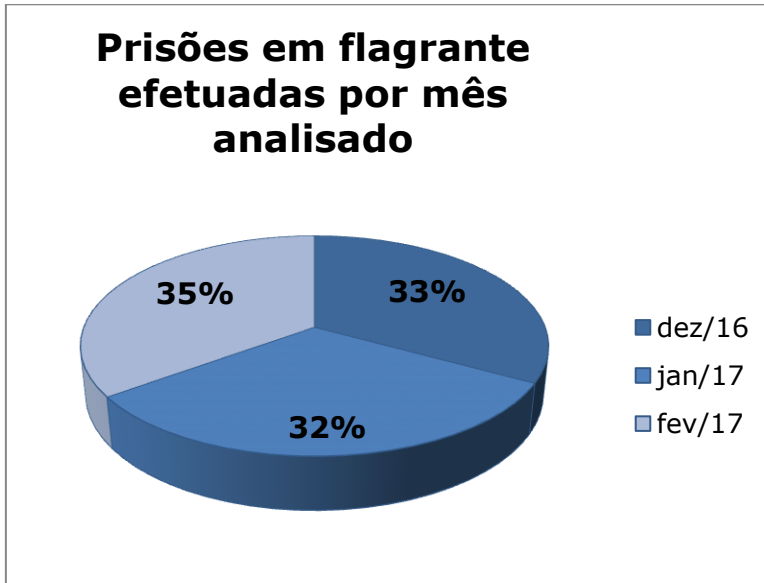
Na parte qualitativa dos dados, elaborou-se uma tabela constando os elementos considerados pelos Juízes ao decretar a prisão preventiva com base no fundamento da garantia da ordem pública, bem como extraiu-se trechos de algumas decisões judiciais as quais chamou atenção do investigador.

---

<sup>190</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 150.

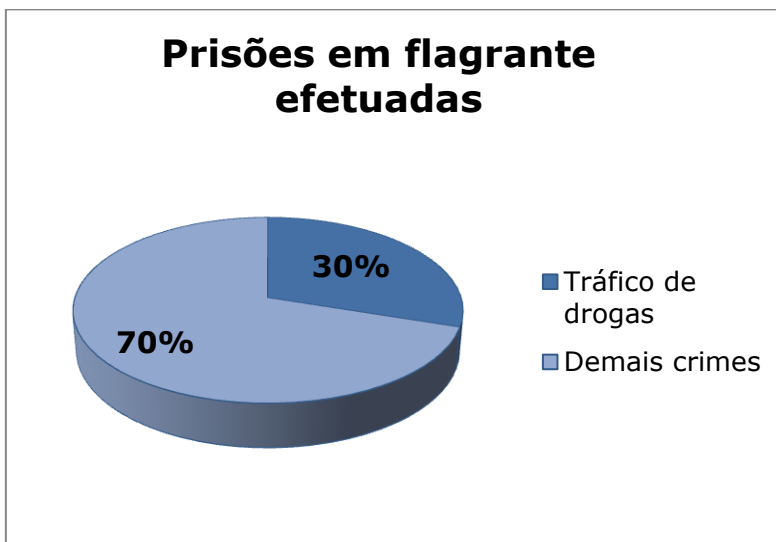
### 5.2.1. Dados iniciais sobre a prisão

Figura 1. Das totalidade das prisões em flagrante efetuadas no período analisado.



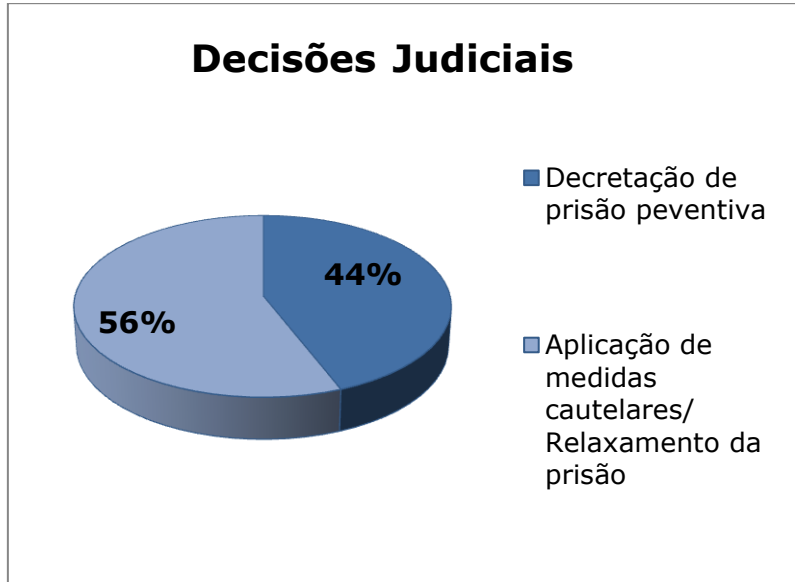
Da totalidade das 1341 prisões em flagrante efetuadas no período de análise, 447 foram efetuadas no mês de dezembro de 2016, 427 em janeiro de 2017 e 467 em fevereiro de 2017.

Figura 2. Das prisões em flagrante efetuadas por tráfico de drogas e pelos demais crimes.



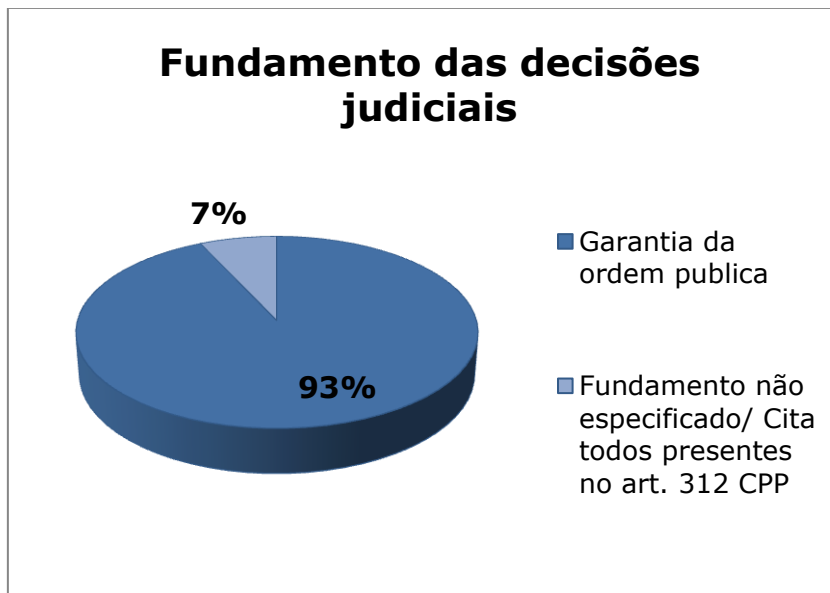
Das 1341 prisões em flagrante efetuadas no período analisado (dez 2016, jan e fev 2017), 405 dos casos foram tipificados na Lei nº 11.343/06. Foram considerados também os casos que além da tipificação na referida lei, houve também o flagrante na prática dos crimes tipificados nos arts. 14 e 16 da Lei nº 10.826/03 (que regula a posse e porte de arma de fogo e munições) e do crime previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/90 (ECA), no crime de corrupção de menores. 936 dos casos são relativos aos demais crimes.

Figura 3. Decretação de prisão preventiva e aplicação de outras medidas cautelares nos crimes tipificados na Lei 11.343/06.



Das 405 prisões em flagrante efetuadas que foram tipificadas na Lei de Drogas, em 178 casos foram decretadas prisões preventivas, enquanto 227 casos foram aplicadas as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP ou relaxamento da prisão em flagrante.

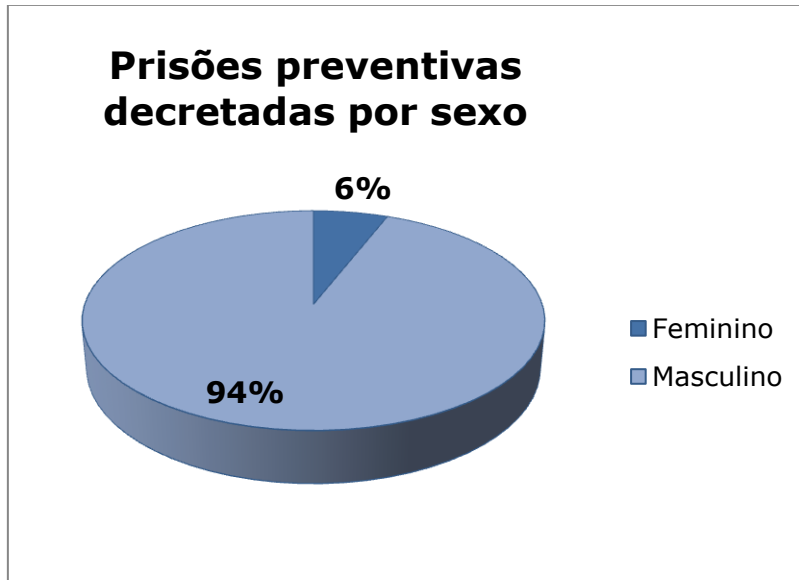
Figura 4. Do fundamento utilizado na decisão judicial de decretação da prisão preventiva nos crimes tipificados na Lei de Drogas.



Dos 178 dos casos em que houve a decretação da prisão preventiva dos crimes tipificados na Lei nº 11.343/06, em 166 casos a prisão foi decretada em nome da garantia da ordem pública e nos 12 casos restantes, houve menção a todos os fundamentos previstos no art. 312 do CPP, incluindo a garantia da ordem pública.

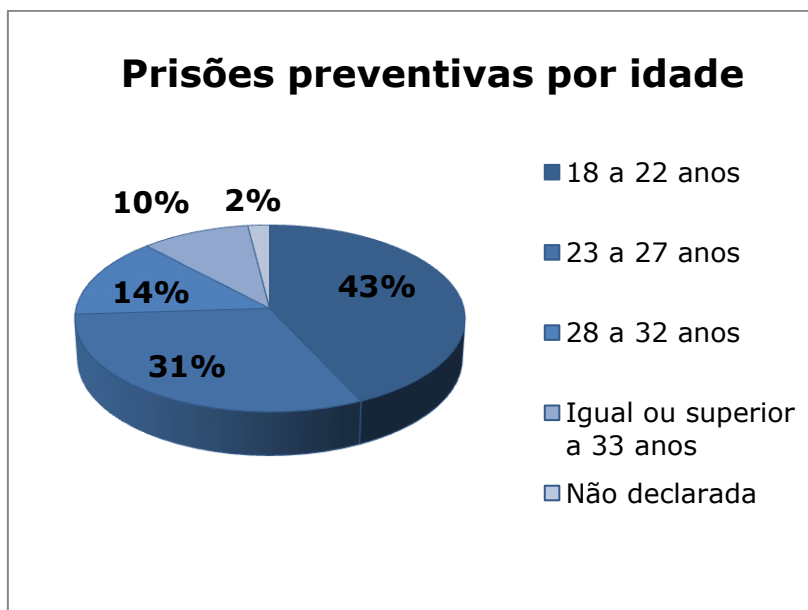
### 5.2.2. Perfil etnográfico do custodiado

Figura 5. Das prisões preventivas decretadas nos casos relativos à Lei de Drogas por sexo.



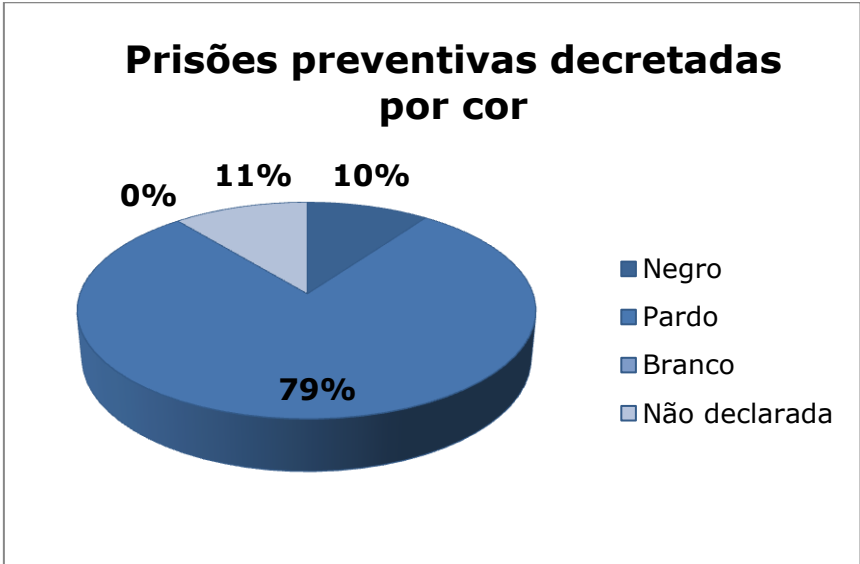
Das 178 prisões preventivas decretadas, 167 foram de homens e 11 de mulheres. Nos casos em que houve a decretação de prisão preventiva de mulheres, observou-se que na maioria dos casos a prisão da mesma foi efetuada em conjunto com seu companheiro.

Figura 6. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas por idade.



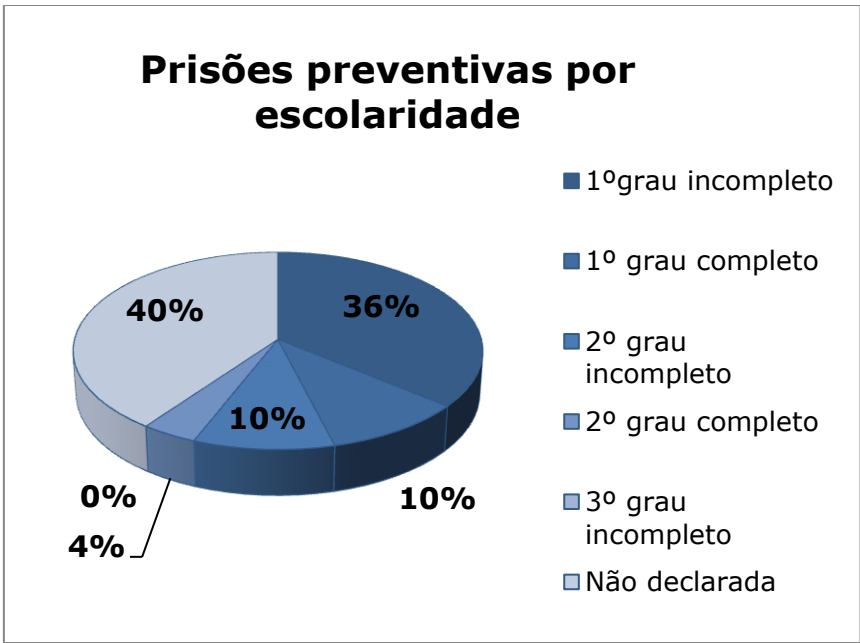
Dos 178 casos analisados, 74% dos custodiados são jovens, sendo 76 deles com idade entre 18 a 22 anos e 56 deles com idade entre 23 a 27 anos. Em 25 casos foram identificados custodiados com idade entre 28 a 32 e 18 casos com idade igual ou superior a 33 anos, tendo o índice de idade não declarada representado 3 casos.

Figura 7. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas por cor.



Dos 178 casos estudados, 140 dos indivíduos que tiveram sua prisão preventiva decretada são pardos, 18 deles negros e um índice significativo de 19 casos em que a cor do indivíduo não foi declarada. Contudo, no presente quesito a informação mais relevante se faz no sentido em que somente em 1 dos 178 casos foi decretada a prisão preventiva de um custodiado branco, o que em grande medida revela a face seletiva do sistema de justiça criminal.

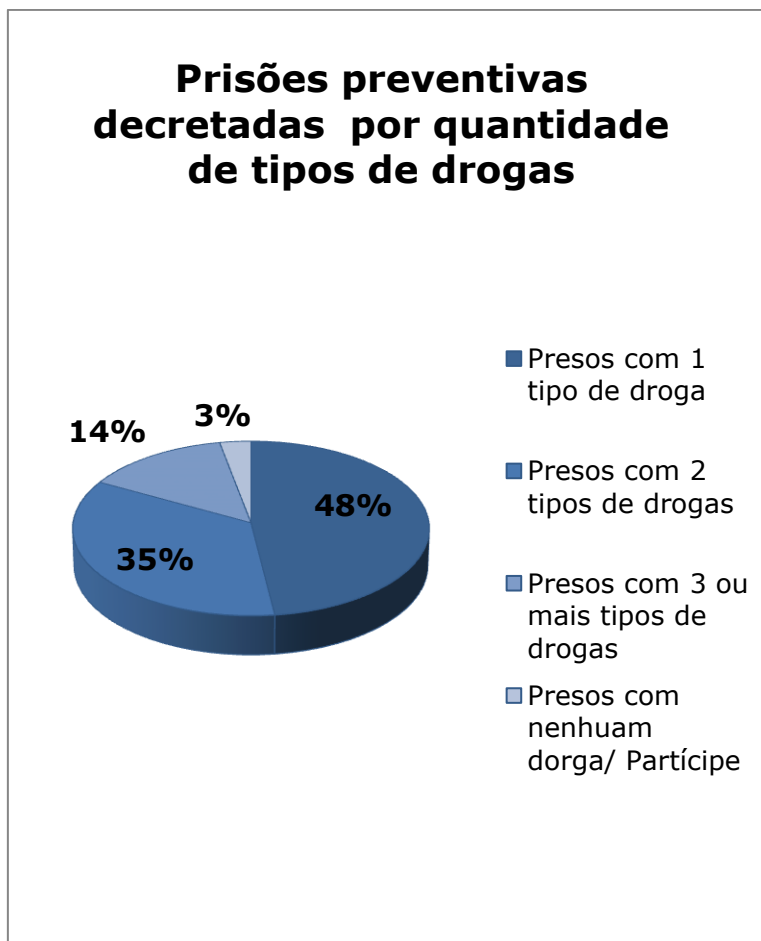
Figura 8. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas por escolaridade.



Dos 178 casos analisados, somente em 100 deles foram registradas a escolaridade do indivíduo, tendo sido a análise do referido quesito parcialmente comprometida. Desses 100 casos, o número de não declarados chega a 40 casos, enquanto o número de custodiados com o 1º grau incompleto representa 36 casos. Em 10 casos o agente somente possuía o 1º grau incompleto e na mesma quantidade dos casos o 2º grau incompleto. 4 casos representam indivíduos com o 2º grau completo. Dado que merece destaque é o fato de em nenhum dos casos ter sido registrado a prisão de agentes com o 3º grau incompleto ou completo.

### 5.2.3. Peculiaridades das apreensões

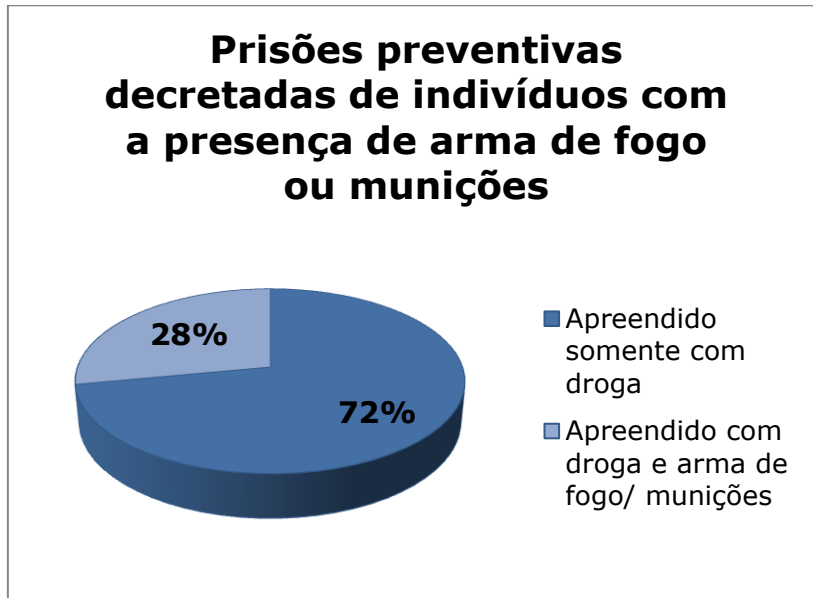
Figura 9. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas por quantidade de tipos de drogas apreendidas.



Dos 178 casos pesquisados, 85 das apreensões foram efetuadas as quais foram detidos indivíduos portando apenas 1 tipo de droga, tendo sido registrados 63 casos de agentes com 2 tipos de drogas e 25 casos em que houve apreensão de 3 tipos de drogas diferentes. Em apenas 5 casos houve prisão do agente somente como partícipe do crime, sem a posse efetiva de drogas. Os dados relativos à apreensão como os referentes ao tipo de droga, a quantidade de tipos de droga e a apreensão ou não com arma de fogo e munições foram retirados do termo de depoimento do condutor, sendo este possuidor de fé pública. Como droga mais apreendida tem-se a maconha, seguida da cocaína e depois do crack, tendo sido registrado somente 2 casos de apreensão de LSD. Não foi possível catalogar os dados referentes à quantidade de drogas, devido o fato de muitos casos não terem ainda de laudo pericial definitivo, atestando a quantidade, para que houvesse uma padronização das categorias referentes à quantidade de droga, não tornando possível basear-se nos dados presentes no termo do condutor, já que a quantidade de drogas no referido documento é registrada em jargões que impossibilitaram a quantificação.



Figura 10. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas com posse de arma de fogo ou munições.



Dos 178 casos estudados, 129 deles o custodiado foi apreendido somente em posse de drogas, enquanto em 29 casos com os agentes foram apreendido além de drogas, arma de fogo e/ou munições.

Figura 11. Das prisões preventivas decretadas nos crimes relativos à Lei de Drogas por reincidência.



Para o estudo dessa categoria foi considerado a reincidência em seu termo técnico, sendo reincidente o indivíduo após o transito em julgado de sentença penal condenatória irrecorrível, em observância ao princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, em 168 casos os indivíduos que tiverem suas prisões preventivas decretadas são réus primários, e somente 10 destes eram reincidentes no momento da análise.

**5.2.4. Elementos considerados pelo Magistrado para a decretação da prisão preventiva com base no fundamento da garantia da ordem pública nos casos analisados**

<b>ELEMENTOS CONSIDERADOS PELO MAGISTRADO PARA A CONSTRUÇÃO DO FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA</b>	
A gravidade concreta do crime.	Há menção do fato do crime imputado ao agente ser crime hediondo.
Considera que as circunstâncias do delito indicam a periculosidade do agente.	Considera a quantidade de drogas apreendidas com o agente no que concerne a desconfiguração do mesmo como usuário.
Considera a possibilidade de reiteração criminosa do indivíduo.	Considera e menciona a existência de outras ações penais em curso, bem como inquéritos policiais.
Considera a participação do agente em facções criminosas.	Aduz o fato da sociedade não mais suportar a violência nos termos em que a mesma se encontra.
Alega que o tráfico de drogas traz insegurança entre os trabalhadores e cidadãos que se veem obrigados a assistir o absurdo da violência produzida pelo mesmo.	Considera o tráfico como um mal que atinge crianças e adolescentes nas escolas, sendo estes, segundo o Magistrado, tragados para o submundo do tráfico de drogas.
Argumenta ordem pública por exclusão, tendo em vista não ser cabível o fundamento da conveniência instrução criminal, uma vez que a mesma não se iniciou.	Atribui ao Poder Judiciário e à Polícia o dever de garantir a ordem pública.
Manifesta preocupação no risco que vem eventualmente correr a credibilidade da Justiça perante a opinião pública.	Considera que bons antecedentes, profissão e residência fixa não são capazes de afastar a prisão preventiva, uma vez reconhecido perigo para ordem pública.
Cita a repercussão temerária e devastadora do tráfico de drogas na paz familiar e pública.	Fundamenta no respeito às normas por aqueles que vêm a este país com a ideia de que aqui não existem leis e nem regras a serem observadas.

### 5.2.5. Trechos retirados das decisões analisadas

Visando trazer maior realidade e melhor visão acerca da construção feita pelos Magistrados, conforme aos aspectos dispostos no quadro presente no item 5.2.4, foram retirados trechos de algumas das decisões analisadas, que revelam com mais clareza, o modo de construção do fundamento da garantia da ordem pública.

Vejamos:

*“Mostra ainda o flagranteado total falta de temor à Justiça e a aplicação da Lei, não só na prática da conduta de gravidade tipificada do delito praticado, bem como, pela conduta criminosa de forma ousada buscando lucro fácil, sem que tenha a intenção de obter por meios honestos e laborativos, sem escrúpulos nem sensibilidade na ação delitiva”.*

*“Garantia da ordem pública, porque os agentes vem provocando com a sua conduta, revolta e indignação na sociedade, acarretando grave instabilidade social, sendo necessária, pois, a imediata intervenção do Poder Judiciário”.*

*“Por fim o excesso de proteção com fundamento nos direitos humanos termina por fragilizar a segurança pública, garantia de todo cidadão. Necessário se faz preservar a credibilidade do Estado e da Justiça, mantendo-se a ordem pública através da tranquilidade da comunidade, com paz social, que é de responsabilidade do Estado e direito de todos terem segurança, que faz com que o Estado desenvolva atitudes urgentes para conter a prática reiterativa e trazer tranquilidade a comunidade, e o decreto preventivo não importa em infringência aos princípios constitucionais da presunção da inocência e devido processo legal, art. 5º LVII, da Constituição Federal”.*

*“Sob esse aspecto, devemos ressaltar que a inexistência de condenação transitada em julgada por fato anterior, a comprovação de profissão definida e residência fixa não bastam para afastar a prisão preventiva, se demonstrado o perigo para a ordem pública, conforme revela o caso em tela. A situação em foco reclama maiores esclarecimentos, os quais somente poderão ser obtidos depois de iniciada a instrução processual. Por enquanto, pelos motivos apontados, a ordem pública deverá ser resguardada”.*

*“Os indivíduos ligados à traficância oferecem grande risco à saúde pública na medida em que difundem o vício, sendo responsáveis pelo aumento do consumo de drogas e por isto, deve a Justiça atuar com mais firmeza”.*

*“Impondo-se promover a garantia da ordem pública justamente para que se evite a prática de outros delitos, impeça os próprios preso de executar outros crimes, dê efetividade ao efeito preventivo da sanção penal e faculte que não se impere na sociedade o sentimento de impunidade do ilícito, pois ela não se permite tolerar o retorno dos indiciados ao seu convívio, ao menos temporariamente”.*

*“Sabe-se, por outro lado, que a sociedade não tolera mais o tráfico de drogas, que se traduz em uma falsa sedução consumista que, independente do poder de aquisição do indivíduo, cria uma urgência de posse como sinônimo de sucesso, desencadeando uma ilusão de poder e reconhecimento advindo do que se é capaz de adquirir”.*

*“Os indivíduos ligados à traficância oferecem grande risco à saúde pública na medida em que difundem o vício, sendo responsáveis pelo aumento do consumo de drogas e por isto, deve a Justiça atuar com mais firmeza”.*

*“Sabe-se, por outro lado, que a sociedade não tolera mais o tráfico de drogas, que se traduz em uma falsa sedução consumista que, independente do poder de aquisição do indivíduo, cria uma urgência de posse como sinônimo de sucesso, desencadeando uma ilusão de poder e reconhecimento advindo do que se é capaz de adquirir”.*

### 5.3. A VARIÁVEL “JUIZ”, OS PRINCIPAIS DESAFIOS ENFRENTADOS PELO PESQUISADOR E AS QUESTÕES NÃO ALCANÇADAS PELA PESQUISA.

Antes de passarmos à análise dos dados obtidos pela pesquisa e materializados através dos gráficos e tabelas dispostos no item anterior, restam ainda algumas considerações metodológicas a serem pontuadas, no que tange à delimitação e à escolha das categorias, os desafios enfrentados pelo investigador e as questões que não foram alcançadas pelo estudo.

Segundo Alvez- Mazzotti<sup>191</sup>:

O detalhamento dos procedimentos metodológicos inclui a indicação e justificação do paradigma que orienta o estudo, as etapas de desenvolvimento da pesquisa, a descrição do contexto, o processo de seleção dos participantes, os procedimentos e o instrumental de coleta e análise dos dados, os recursos utilizados para maximizar a confiabilidade dos resultados e o cronograma.

Alguns procedimentos metodológicos foram traçados no item 5.1, especialmente questões quanto às características da pesquisa realizadas. Ocorre que as abordagens qualitativas requerem que os pesquisadores adotem e demonstrem preocupação com o rigor metodológico com que pretendem conduzir sua investigação.<sup>192</sup>

<sup>191</sup> ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências sociais e naturais: pesquisa quantitativa e qualitativa**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002. 3. reimpr. da. 2. ed. de 1999, p. 159.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 171.

Para Alvez- Mazzotti<sup>193</sup> o rigor metodológico pressupõe a cautela com a validade interna da pesquisa (controle de variáveis estranhas), com a validade externa (grau de generalização dos resultados) e com a fidedignidade do estudo (possibilidade de replicação dos resultados). Nesse sentido, entende-se que a fidedignidade da pesquisa para possível validade externa depende especialmente do controle de variáveis estranhas que possam a vir intervir nos resultados.

KÖCHE *apud in* Gustin<sup>194</sup>, conceitua que “variáveis são aqueles aspectos, propriedades, características individuais ou fatores, mensuráveis ou potencialmente mensuráveis, através dos diferentes valores que assumem, discerníveis em um objeto de estudo, para testar a relação anunciada em uma proposição”. Elas podem ser divididas entre variáveis independentes, que afetam o fator dos resultados (afetam a variável dependente) e variáveis dependentes, sendo tudo aquilo que seja influenciado pela variável independente.

Entender o conceito e a forma de manifestação das variáveis na pesquisa é importante, haja vista que ao tratar do problema e hipótese de pesquisa é necessária indicação das variáveis que podem interferir no objeto de estudo, que além serem levadas em consideração, devem ser controladas para impedir o risco de invalidar a pesquisa<sup>195</sup>. Somente a partir dessas considerações é possível obter maior fidedignidade na interpretação dos dados colhidos.

No caso do presente estudo, uma variável deve ser apresentada ao leitor. Desde já, salienta-se que o pesquisador traçou estratégias no âmbito do recorte temporal da pesquisa visando o controle da variável em questão. Para entendê-la, é necessário retomar ao problema de pesquisa, que se propôs a responder de que modo o fundamento da garantia da ordem pública é construído nas decisões judiciais oriundas das audiências que convertem a prisão em flagrante em prisão preventiva nos casos enquadrados na Lei de Drogas na cidade de Salvador.

Nesse sentido, apesar da pesquisa ter inicialmente traçado quantitativamente características que constroem o perfil do custodiado alvo da decisão de constrição de liberdade, essas características não se constituem como indicativos que podem responder a pergunta-problema diretamente, sem o auxílio dos resultados qualitativos. Contudo, também admite-se, de logo, algumas questões quantitativas não alcançadas pela pesquisa, como a

---

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>194</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 81.

<sup>195</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 146.

análise de categorias como bairro de apreensão, quantidade de drogas apreendidas<sup>196</sup> e tipificação criminal feita no Auto de Prisão em Flagrante (usuário x traficante), que poderiam contribuir para melhores conclusões do objeto pesquisado.

Retomando a questão da variável, uma vez desejando responder de que modo o conceito de “garantia da ordem pública” é construído nas decisões judiciais, obviamente estaremos diante de um estudo que precipuamente analisa os discursos judiciais. Nesse caso, a variável que independente que deve ser considerada é o “juiz”.

Partindo dos conceitos de variáveis independentes e dependentes é possível dizer que a variedade de juízes que venham a ter proferido decisões de decretação de prisão preventiva no período analisado é importante para a maior eficácia dos resultados obtidos pela investigação.

Considerando que o juiz é quem invoca os elementos para a definição de “garantia da ordem pública” enquanto autorizador da prisão preventiva, pode-se concluir que, quanto maior a variação de juízes, mais diversos são os elementos para a construção do conceito estudado.

Eventual interferência dessa variável poderia ser minimizada pela maior abrangência da amostragem analisada. Nesse ponto, encontra-se o primeiro desafio encontrado pelo investigador: impossibilidade de ampliar para esse estudo a amostragem analisada.

Assim, diante da impossibilidade de trabalhar com amostragem mais ampla, o recorte temporal dos dados empíricos se deu de modo a investigar o mês de dezembro de 2017, janeiro e fevereiro de 2018. No universo de 1341 prisões em flagrante ocorridas no período, 405 casos foram tipificados na Lei 11.343/06, tendo sido 178 prisões preventivas decretadas, total que corresponde à amostragem efetivamente analisada.

O período especificamente escolhido para o recorte temporal não se deu por acaso. Nele reside a preocupação do pesquisador em controlar a variável “juiz”. Em síntese, os meses escolhidos abrangem a ocorrência das festas natalinas, o período férias e carnaval, épocas de plantão judicial, fazendo com que se houvesse maior variabilidade possível de Magistrados, assim, abrindo maior chance de haver também pluralidade de discursos na construção do conceito investigado.

---

<sup>196</sup> No que concerne à quantidade de drogas apreendidas, o controle não foi realizado pelo pesquisador, haja vista no momento da pesquisa não ter sido anexado laudo definitivo da substância, constando tão somente o laudo prévio de constatação, que não define na unidade de medida de peso (Kg) as substâncias apreendidas, utilizando-se de jargões policiais para materializar a quantidade (pinos, saquinhos, papelotes, etc), o que dificultaria o estabelecimento de critérios para categorizar o item.

Deste modo, apesar do tamanho reduzido amostragem eventualmente interferir no estabelecimento de conclusões que permitam generalizações sobre o tema, é indispensável alertar o leitor que as constatações oriundas da investigação foram feitas com observância ao rigor metodológico, visando à maximização da validade científica dos resultados e das suas análises.

Ainda assim, o pesquisador admite ser possível diversas melhorias no estudo realizado. O fato de a pesquisa ter sido feita a partir da planilha da Defensoria Pública do Estado da Bahia, que controla as audiências de custódia ocorridas na cidade de Salvador/BA, por si só já permite aduzir que há elementos não alcançados pelo estudo.

Certamente, o acompanhamento presencial de cada audiência analisada permitiria a avaliação de elementos “extra-autos”. A construção do discurso judicial não se limita aos elementos postos na decisão, mas também abrangem desde as perguntas feitas pelos Magistrados, até mesmo expressões corpóreas e tom de condução da audiência.

Além disso, no que tange as categorias estabelecidas, a tabela de n. 11, que analisa as prisões preventivas decretadas por presos reincidentes, considerou reincidência no seu sentido técnico, como condenação transitada em julgado. Poderia ter sido estabelecido na categoria subdivisão quanto aos custodiados detentores de maus antecedentes. Entretanto, optou o investigador, em respeito ao princípio da presunção da inocência, em somente considerar reincidência em termos técnicos, não deixando de considerar que essa opção também pode ter omitido em critério relevante para a compreensão do objeto estudado.

Por último, resta um desafio ao pesquisador: continuar a pesquisa passando a investigar de que forma a decisão judicial que afastou a decretação da prisão preventiva aplicando medidas cautelares diversas à prisão é construída, quais os elementos por ela considerados que afastam a ocorrência do “abalo a ordem pública” e qual o perfil dos custodiados que no mesmo período tiveram a garantia da liberdade como regra preservada.

Deste modo, diante dos pormenores acerca do desenvolvimento, da metodologia e dos resultados alcançados pela pesquisa, passa-se, por fim, à análise dos dados obtidos, verificando se os mesmos apresentam respostas ao problema proposto, e se estas coadunam-se com as hipóteses eleitas, fazendo esse exame á luz de alguns conceitos da criminologia crítica.

## 6. ANÁLISE DOS RESULTADOS OBTIDOS À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Pretende-se neste capítulo, a partir dos dados coletados e expostos no capítulo anterior, interpretar os resultados da pesquisa empírica à luz de alguns conceitos formulados pela ciência da criminologia.

As informações colhidas trazem consigo características do sistema penal e processual-penal brasileiro, refletindo de modo latente a forma de funcionamento, as razões de criminalizar e os alvos do aprisionamento cautelar no âmbito da política de drogas do país.

Assim, para se responder a pergunta-problema proposta pela pesquisa, o caminho deve ser traçado a partir do estabelecimento de reflexões acerca da relação entre as respostas obtidas pela análise dos dados e conceitos de “inimigo no Direito Penal”, “seletividade penal”, bem como com o exame da “*labeling approach theory*” e da “ideologia de defesa social”, o que conduzirá (ou não) à chave da possível existência do fundamento da garantia da ordem pública no Estado Democrático de Direito.

### 6.1. QUEM REPRESENTA PERIGO À “ORDEM PÚBLICA”? CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO, *LABELING APPROACH* E SELETIVIDADE PENAL.

O item 5.2.2, se destinou ao exame do perfil subjetivo do agente sob qual recaiu o decreto prisional preventivo, construindo-se o que podemos chamar de perfil etnográfico do custodiado. Tal perfil, como será demonstrado, representa a repetição de caracteres seletivos penais, da aplicação de um direito penal do inimigo, e do etiquetamento determinados povos e classes.

Da figura 5, consta-se que 94% das prisões preventivas decretadas com base no fundamento da garantia da ordem pública nos casos tipificados na Lei de Drogas, se destinaram a homens.

Dos casos analisados, observa-se que em 43%, esses custodiados possuem idade entre 18 a 22 anos e em 31% dos casos entre 23 a 27. Nesse sentido, a soma dos dois percentuais, tem-se que em 74% das prisões decretadas os sujeitos possuíam entre 18 e 27 anos de idade.



A figura 7 contém os dados relativos à autodeclaração étnico-racial dos custodiados. Das informações coletadas, 10% dos sujeitos se autodeclararam como negros, enquanto 79% se definiram como pardos. Nesse quesito em questão, permite-se um adendo.

Segundo Munanga<sup>197</sup>, a autodeclaração enquanto negro consiste em processo doloroso no contexto de um país que desenvolveu e incitou o desejo de branqueamento. O racismo no país persiste a atingir o povo negro, fazendo com que muitas vezes não se deseje assumir a identidade negra, diante do tratamento de inferioridade dado a esse grupo pela ideologia dominante. Ademais, é preciso salientar que “os conceitos de negro e de branco têm um fundamento etno-semântico, político e ideológico, mas não um conteúdo biológico”<sup>198</sup>.

Assim, considerando o pontuado, pardos e negros (ou mesmo somente negros), correspondem a 89% dos casos analisados. Os 11% restante não declararam informações quanto à etnia/raça, importando ressaltar que em nenhum dos casos tratou-se de prisão preventiva relativa à lei de drogas de pessoa autodeclarada como branca.

No quesito escolaridade, 36% dos sujeitos declaram não ter completado sequer o primeiro grau (ensino básico incompleto). No mesmo sentido que o item etnia/raça, nenhum dos aprisionados preventivamente possuía ensino superior, enquanto em 40% dos casos a escolaridade não foi declarada.

O item 5.2.3 do capítulo 5 objetivou a análise de aspectos das apreensões em flagrante efetuadas. A figura 9 apresenta informações relativas às drogas apreendidas, apontando que em 48% dos casos os indivíduos foram flagrados na posse de apenas 1 tipo de droga, que conforme descrição, a maconha foi a droga mais apreendida, seguida de cocaína, depois crack, havendo somente apreensão de LSD em 2 casos.

Já as tabelas 10 e 11, retratam um indivíduo flagrado somente com droga, sem a presença de arma ou munição (72% dos casos), e não reincidentes (94% não reincidente), considerando reincidência na sua acepção técnica, conforme descrito no item 5.1 do presente trabalho.

Diante o exposto, é possível então construir o perfil etnográfico do “nosso” indivíduo que, diante da prisão em flagrante, teve sua prisão preventiva justificada com base no fundamento da garantia da ordem pública. Assim, tem-se um homem, negro, jovem (18 e 27 anos de idade), com menos que o ensino básico de escolaridade, flagrado com maconha, sem arma ou munição e presumidamente inocente (não reincidente).

---

<sup>197</sup> MUNANGA, Kabengele. **A difícil tarefa de definir quem é negro no Brasil**. Entrevista concedida a Estudos Avançados. Estud. av. vol.18 no.50 São Paulo Jan./Apr. 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100005> Acesso em: 22 mai. 2019.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

Salienta-se que não se trata da descrição de sujeitos flagrados nos crimes tipificados na Lei de Drogas, mas sim daqueles que uma vez flagrados, foram considerados pelo Poder Judiciário um perigo à ordem pública, devendo ser imediatamente restringido do convívio social, ainda que inexistente a ação penal. Um inimigo declarado do Estado na guerra às drogas.

Nesse sentido, segundo Zaffaroni<sup>199</sup>:

A medida cautelar é a pena cautelar, ou seja, por precaução o poder punitivo é exercido condenando-se materialmente todos os acusados a uma mediada e revisando-se com grande parcimônia essas condenações, num processo que se arrasta anos a fio, com o intuito de verificar se corresponde a uma pena formal. O desencarceramento ou a cessação da prisão preventiva ou provisional representa uma absolvição, pois corresponde a quase todos os seus efeitos.

Ocorre que, o desencarceramento não se constitui como uma característica do Direito Penal do Inimigo, que ao contrário, preza pela antecipação da punibilidade, por penas desproporcionais e por supressão ou relativização de direito e garantias individuais.<sup>200</sup>

O desenvolvimento das ideias relativas à utilização de um Direito Penal do Inimigo pode ser encontrado na célebre e polêmica obra de Gunther Jakobs e Manuel Câncio Meliá<sup>201</sup>. Para Jakobs, o indivíduo, diante da persistente delinquência, que se constitui como violação ao contrato social, deixa de ser membro do Estado, para ser seu inimigo. Nesse prisma, coexistiriam dentro do ordenamento jurídico um Direito Penal do Cidadão, usado a favor daqueles que não delinque de modo persistente visando manter a vigência da norma, e um Direito Penal do Inimigo, que seria usado contra quem se desvia reiteradamente do princípio do contrato social, visando o combate perigos.

O um Direito Penal do Inimigo reflete um Direito Penal Simbólico, cujo intuito é fornecer simbolicamente uma falsa sensação de segurança e respeito às normas, constituindo-se como um Direito Penal do Autor, que por meio de conceitos religiosos de bem e mal demonizam o indivíduo que por ventura venha a violar as regras jurídicas<sup>202</sup>.

Analisando o Direito Penal do Inimigo, Eugênio Raúl Zaffaroni conclui que a essência do tratamento do inimigo reside na negação da sua condição de pessoas (e, portanto,

<sup>199</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Tradução: Sergio Lamarão. 3ª ed, p. 70.

<sup>200</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. E trad. André Luís Callegari, Nereu Jose Giacomolli. 6. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 90.

<sup>201</sup> *Op. cit.*

<sup>202</sup> *Ibidem.*

de direitos inerentes a condição humana), considerando somente a sua potencialidade de representar um perigo social<sup>203</sup>.

Segundo ele, “não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a condição de pessoa, mas sim a própria razão em que a privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente um ente perigoso”.<sup>204</sup> Com isso, o grau de periculosidade do inimigo – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é senão outro senão o de quem exerce o poder no Estado.<sup>205</sup>

Zaffaroni aponta ainda, que o autoritarismo exercido sob inimigos na América Latina se concretiza a partir de sistema de contenção, haja vista que a população carcerária do continente, de modo geral, se resume em presos não condenados, e que “tudo se converte em privação de liberdade por sentença, apenas por presunção de periculosidade”.<sup>206</sup>

Em suma, o inimigo que segundo Gunther Jakobs receberia um tratamento distinto ao que os verdadeiros cidadãos receberiam da tutela penal, receberiam um estereótipo de delinquente, que segundo Cândia Meliá, possuem duas funções essenciais<sup>207</sup>:

1. Serve para a suposta maioria não-criminosa redefinir-se a si mesma com base nas normas que o delinquente violou e para reforçar o sistema de valores dominante. Reproduz o sistema e contribui para delimitar a zona do bem e a zona do mal, libertando a cultura danosa dos poderosos, que estariam a salvo por não pertencerem ao estereótipo. Haveria, portanto, classes criminosas e classes não-criminosas;
2. funciona como bode expiatório, já que dirige-se a ele toda a agressividade latente nas tensões de classe que, em caso contrário, se voltaria contra os detentores do poder.

Esse estereótipo, a quem Goffman chama de “estigma”<sup>208</sup>, atribui aos enquadrados como inimigos do Estado uma etiqueta, fato estudado pela “*labeling approach theory*”, que com influência dos estudos do interacionismo simbólico e da etnometodologia, considera que

<sup>203</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Tradução: Sergio Lamarão. 3ª ed, p. 18.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>205</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>206</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>207</sup> JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Org. E trad. André Luís Callegari, Nereu Jose Giacomolli. 6. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 215.

<sup>208</sup> Segundo o Autor, um atributo que estigmatiza alguém pode confirmar a normalidade de outrem. GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Coletivo sabotagem, 1963. Trad. Mathias Lambert. Disponível em: <http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201702/20170214-114707-001.pdf> Acesso em: 21 mai. 2019.

as noções de crime e de criminoso são construídas socialmente, e, deste modo, o comportamento e o indivíduo desviante é aquele rotulado como tal<sup>209</sup>.

O estudo do *labeling approach* mudou o objeto de investigação da criminologia, que deixou de analisar as motivações que ensejam o cometimento de crimes, para se questionar porque tais condutas de determinados indivíduos é considerada criminosa<sup>210</sup>. A teoria proposta conclui que certos atores determinam a regra social, bem como o conceito de criminoso, cuja característica comum desses indivíduos é de serem etiquetados como criminosos pelo tecido social.

O *labeling approach* a partir da noção do interacionismo simbólico analisou os processos de criminalização, que segundo os teóricos do tema se subdividem-se em três fases: a criminalização primária, que segundo Zaffaroni *apud in* Araújo<sup>211</sup>, se constitui diante do ato do Estado que ao sancionar lei material que permite a punição de certas pessoas; a criminalização secundária, que se vislumbra na atuação dos atores do sistema de justiça direcionando o aparato penal à determinados indivíduos; e a criminalização terciária, que se constitui nas consequências do etiquetamento de indivíduos como delinquentes, na sua autopercepção e percepção da sociedade<sup>212</sup>.

Cumpre pontuar, contudo, etiquetamento é atribuído a um público específico, que encontra amparo nos estudos de Cesare Lombroso. Alessandro Baratta pontua que Lombroso, entende o delito como algo inevitável e necessário, determinado por causas biológicas de natureza, sobretudo hereditária.<sup>213</sup> Os estudos do Autor que baseava-se nas premissas do determinismo biológico, buscou explicar a criminalidade a partir da diversidade biológica, criminalizando o comportamento do diferente, que na contemporaneidade dos estudos desenvolvidos era o negro.

No Brasil, especialmente na Bahia, os ideais pregados por Lombroso povoaram as obras de Raymundo Nina Rodrigues. Em “As raças humanas e a responsabilidade penal no

---

<sup>209</sup> ARAUJO, Fernanda Carolina de. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/pt-br.php> Acesso em: 20 mai. 2019.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>212</sup> Segundo Juarez Cirino dos Santos, “a criminalização primaria produz a esquematização que, por sua vez, produz criminalizações secundárias (reincidências)”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 20.

<sup>213</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 39.

Brasil”,<sup>214</sup> o Auctor visava justamente demonstrar como as condições raciais modificariam a responsabilidade penal.

Para Barbosa<sup>215</sup>:

A antropologia criminal de Lombroso, que tinha nas características hereditárias e nos estigmas as maiores descobertas em termos de criminalidade, talvez não levou, segundo o autor, em consideração a mestiçagem em termos de considerar-se a responsabilidade penal. Nina Rodrigues, por sua vez, tentou explicar de qual forma o mestiçamento também influía e modificava a responsabilidade penal. O autor preocupou-se, principalmente, com as raças inferiores e seu pouco desenvolvimento físico-psíquico. Para ele, seria necessária uma análise diferenciada da responsabilidade penal das “raças superiores”, com grau de desenvolvimento mais elevado, e que, portanto, não poderiam receber um tratamento igualitário sob o ponto de vista da ciência moderna.

Nesses termos, a compreensão de que inferioridade do negro, bem como da sua predisposição biológica ao cometimento de delitos, povoou e ainda reside no pensamento dos atores do sistema criminal, seja no âmbito do processo de criminalização primário ou do processo de criminalização secundário, refletindo uma seletividade na destinação da tutela repressiva do Estado.

Resende considera que:

Esta seletividade cuja consequência é a construção de modelos de Inimigo pela política criminal brasileira é apoiada pelos meios de comunicação em massa, que buscam justificar e legitimar uma prática penal seletiva, opressora e estigmatizante, dando um rosto claro e definido as —ameaças a serem combatidas pelo sistema penal, culminando na punição antidemocrática e ilegítima do agente, claramente incompatível com o Estado Democrático de Direito nos moldes adotados pelo Brasil contemporâneo, centrado na justiça social, nas liberdades individuais e nos limites ao excesso de poder<sup>216</sup>.

A seletividade penal seria então, a formação dos processos de criminalização destinada especificamente aos negros, cuja classe era definida como biologicamente inferior, e que segundo Lombroso, praticavam delitos em razão da predisposição de natureza biológica, mas que também direcionava-se à indivíduos de classes sociais mais vulneráveis.

<sup>214</sup> RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011, 95p. ISBN 978-85-7982-075-5. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/h53wj/pdf/rodrigues-9788579820755.pdf> Acesso em: 22 mai. 2019.

<sup>215</sup> BARBOSA, Mario Davi. **Originalidade e pessimismo: a recepção da criminologia positiva na obra de Nina Rodrigues**. Revista Liberdades - nº 8 - setembro-dezembro de 2011, p. 12. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/upload/pdf/9/resenha1.pdf> Acesso em: 22 mai. 2019.

<sup>216</sup> RESENDE, Glicia Paula. **Direito Penal do Inimigo, Seletividade penal e a relativização de garantias segundo a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli**. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2015, p. 94. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2015/04.pdf> Acesso em: 20 mai. 2019.

Para Loïc Wacquant, o cárcere é constituído por uma população etnicamente homogênea, e o “encarceramento serve antes de tudo para governar e controlar pobres, muito mais do que para lutar contra os crimes de sangue, os quais frequenta às mídias e alimenta uma indústria cultural de medo dos pobres”<sup>217</sup>.

O que Wacquant chama de política estatal de criminalização das consequências da miséria do Estado opera sob duas modalidades: diante da transformação de serviços sociais em mecanismos de controle das novas “classes perigosas”; e a segunda, materializada pela política de “contenção repressiva”. A segunda interessa de modo mais específico ao presente estudo. Para o Autor, trata-se do “recurso sistemático ao encarceramento, especialmente destinado à política de guerra às drogas que entupiu as selas e “escureceu” seus ocupantes”<sup>218</sup>.

O Autor ainda atribui à política de drogas o crescimento desenfreado da população carcerária, considerando que em verdade, a guerra às drogas “designa na verdade uma guerrilha de perseguição penal aos vendedores de rua, dirigida contra a juventude dos guetos para quem o comércio e o varejo é a fonte de emprego mais diretamente acessível.”<sup>219</sup>

E conclui seus ensinamentos sob os aspectos analisados a dizer:

Em suma, o gueto opera à maneira de uma prisão etno-racial: põe na gaiola, por assim dizer, um grupo desprovido de honra e amputa gravemente as chances de vida de seus membros a fim de assegurar ao grupo estatutário dominante que reside em suas paragens a “monopolização dos bens e das oportunidades materiais e espirituais”<sup>220</sup>.

Assim, diante dos conceitos e teorias da criminologia aqui esposados, é possível concluir que a composição do perfil etnográfico dos indivíduos os quais tiveram a sua prisão preventiva decretada com base no fundamento da garantia da ordem pública no período analisado, nada mais representa, senão a repetição das características antigas de um sistema criminal seletivo, que encarcera prematuramente o homem, negro, jovem com baixíssima escolaridade, flagrado com maconha, sem arma ou munição e presumidamente inocente (não reincidente).

A etiqueta de delinquente permite a presunção de periculosidade e a antecipação da custódia penal desse sujeito que é inimigo do Estado, e que deve ser encarcerado haja vista representar um perigo à ordem pública, cujo conceito, conforme será visto a seguir, é preenchido com elementos fundados na ideologia de defesa social.

---

<sup>217</sup> WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: F. Bastas, 2001, p. 68. Loïc associa a prisão aos guetos, ao aduzir que ambos são compostos de quatro elementos fundamentais: estigma, coação, confinamento territorial e paralelismo institucional.

<sup>218</sup> *Ibidem*, p. 28-29.

<sup>219</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 117.

## 6.2. O CONCEITO DE “ORDEM PÚBLICA” NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E A IDEOLOGIA DE DEFESA SOCIAL.

A ideologia da defesa social nasce no contexto das Revoluções Burguesas assumindo predomínio ideológico no sistema penal, como sistema de controle social de reação contra a criminalidade, cuja missão é a de erradicação da criminalidade através do incremento do caráter repressivo do aparato do Estado.<sup>221</sup>

Segundo Salo de Carvalho:

A estrutura principiológica da ideologia da Defesa Social permitiria, assim, função legitimadora do *establishment*. Legitimaria o Sistema Penal - racionalizado pelo discurso oficial das instituições - induzindo o consenso no qual o Estado, através do legislativo, tutelaria bens jurídicos universais e monolíticos, compartilhados por toda a sociedade de determinado local, em determinada época; e instrumentalizaria os aparelhos repressivos, determinando atuação letal que visa a manutenção da estrutura hierarquizada e seletiva, a partir da atuação do modelo repressivo.<sup>222</sup>

Os princípios os quais constituem a ideologia da Defesa Social, considerado por Salo de Carvalho nas conclusões acima postas, são elencados por Alessandro Baratta no seu estudo sobre a criminologia. Nesse sentido, a partir da análise desses princípios é possível verificar se as decisões judiciais que determinaram o encarceramento preventivo nos casos examinados possui base ideológica nos caracteres da Defesa Social.

Baratta<sup>223</sup> considera os seguintes princípios como inerentes à ideologia de defesa social:

1. Princípio da legitimidade: o Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos<sup>224</sup>, por meio de suas instancias de controle social. Tais instancias interpretariam a reação da sociedade ao delito, atuando com o proposito de reprovar e condenar o comportamento desviante individual, e reafirmar os valores das normas sociais;
2. Princípio do bem e do mal: considera que o delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo do sistema. O desvio é o mal e a sociedade é o bem;
3. Princípio da culpabilidade: o delito é expressão de atitude interior reprovável, uma vez que contraria os valores e as normas sociais;

<sup>221</sup> CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial as razões da descriminalização)**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1996, p. 158. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430> Acesso em: 23 abr. 2019.

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 165.

<sup>223</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 42.

<sup>224</sup> No capítulo anterior vimos quais são os indivíduos destinatários dessa repressão.

4. Princípio da prevenção: relaciona-se diretamente com teoria preventiva da pena. Além do seu caráter retributivo, a pena objetiva-se a ser uma contramotivação ao comportamento criminoso;
5. Princípio da igualdade: a pena é igual para todos. A reação ao delito é igual a todos os agentes;
6. Princípio do interesse social: o ato delituoso representa ofensa aos interesses e condições essenciais ao convívio em sociedade e por isso, é de interesse social a sua repressão.

Uma vez considerados os elementos contidos nos itens 5.2.4 e 5.2.5 do capítulo anterior, e concomitantemente os princípios acima transcritos, é possível identificar perfeitamente a materialização dessas máximas nas decisões judiciais oriundas das audiências de custódia, que decretam o aprisionamento cautelar sob o fundamento da garantia da ordem pública.

A decisão, ao manifestar preocupação na credibilidade da Justiça perante a opinião pública e ao atribuir ao Poder Judiciário e à Polícia o dever de garantir a ordem pública, se manifesta como nítida concretização do princípio da legitimidade no âmbito da ideologia de Defesa Social.

Para melhor visualização, observemos o seguinte trecho extraído de uma das decisões analisadas:

Por fim o excesso de proteção com fundamento nos direitos humanos termina por fragilizar a segurança pública, garantia de todo cidadão. Necessário se faz preservar a credibilidade do Estado e da Justiça, mantendo-se a ordem pública através da tranquilidade da comunidade, com paz social, **que é de responsabilidade do Estado e direito de todos terem segurança, que faz com que o Estado desenvolva atitudes urgentes para conter a prática reiterativa e trazer tranquilidade a comunidade**, e o decreto preventivo não importa em infringência aos princípios constitucionais da presunção da inocência e devido processo legal, art. 5º LVII, da Constituição Federal.

(grifos nossos)

A decisão, ao determinar que o Estado é o responsável pela garantia da paz social, chama à responsabilidade do ente para o desenvolvimento de ações de combate à prática criminosa reiterativa, reforçando a ideia presente no princípio da legitimidade de que as instancias oficiais de controle social (incluindo o Poder Judiciário), deve reprimir a criminalidade visando a reafirmação dos valores e normas sociais<sup>225</sup>.

<sup>225</sup> Contrariando essa ideia, o Min. Néfi Cordeiro, nos autos do HC nº 509.030, se pronuncia: aliás, é bom que se esclareça ante eventuais desejos sociais de um juiz herói contra o crime, que essa não é, não pode ser, função do juiz. Juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública, não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação...O juiz criminal deve conduzir o processo pela lei e Constituição, com



Nas decisões é possível identificar também o princípio da prevenção, exemplificado pelo trecho abaixo:

**Impondo-se promover a garantia da ordem pública justamente para que se evite a prática de outros delitos, impeça os próprios preso de executar outros crimes, dê efetividade ao efeito preventivo da sanção penal e faculte que não se impere na sociedade o sentimento de impunidade do ilícito, pois ela não se permite tolerar o retorno dos indiciados ao seu convívio, ao menos temporariamente.**

(grifos nossos)

Além disso, os magistrados ao alegarem que o tráfico de drogas traz insegurança entre os trabalhadores e cidadãos, que estes se veem obrigados a assistir o absurdo da violência produzida pelo mesmo, ao considerar que o tráfico é um mal que atinge crianças e adolescentes nas escolas, sendo estes, segundo decisões, tragados para o submundo do tráfico de drogas, refletem a influencia do princípio do bem e do mal e do princípio do interesse social, através da polarização que põe de um lado, o perverso traficante corruptor de crianças, e de outro, a pobre e ingênua sociedade que se vê persuadida ao consumo de drogas.

Nesse sentido, observemos os seguintes trechos:

Mostra ainda o flagranteado total falta de temor à Justiça e a aplicação da Lei, não só na prática da conduta de gravidade tipificada do delito praticado, bem como, **pela conduta criminoso de forma ousada buscando lucro fácil, sem que tenha a intenção de obter por meios honestos e laborativos, sem escrúpulos nem sensibilidade na ação delitiva.**

Os indivíduos ligados à traficância oferecem grande risco à saúde pública na medida em que difundem o vício, **sendo responsáveis pelo aumento do consumo de drogas e por isto, deve a Justiça atuar com mais firmeza.**

**Sabe-se, por outro lado, que a sociedade não tolera mais o tráfico de drogas,** que se traduz em uma falsa sedução consumista que, independente do poder de aquisição do indivíduo, cria uma urgência de posse como sinônimo de sucesso, desencadeando uma ilusão de poder e reconhecimento advindo do que se é capaz de adquirir.

Deste modo, com exceção ao princípio da igualdade, que conforme visto no item 6.1 não é possível de ser identificado, haja vista os processos de criminalização, o

---

imparcialidade e, somente ao final do processo, sopesando adequadamente as provas, reconhecer a culpa ou declarar a absolvição. Juiz não é símbolo de combate à criminalidade, é definidor da culpa provada, sem receios de criminosos, sem admitir pressões por punições imediatas. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 509.030**. Relator Min. Antonio Saldanha Palheiro. DJE 14 maio de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190515-09.pdf> Acesso em: 29 maio de 2019.

etiquetamento e a seletividade penal, todos os demais princípios inerentes à ideologia de Defesa Social são identificados nas decisões dos casos pesquisados.

Segundo Lola Aniyar de Castro<sup>226</sup>, o caso das drogas é o maior e mais recente exemplo de controle da ordem social, haja vista os estereótipos de subversão que possuem o consumo e a aquisição dessas substâncias.

Salo de Carvalho aponta na sua obra para a existência de um movimento intitulado como “Nova Defesa Social”, que apesar de ter sido construída a partir de conceitos de ressocialização (teoria da prevenção especial positiva), em verdade reproduz todos os preceitos propostos pela “Velha Ideologia da Defesa Social”.

O fato é que, seja “Nova Defesa Social” ou meramente a Ideologia da Defesa Social, restou evidente que a atuação do juiz nas decisões que decretaram a prisão preventiva nos casos relativos à Lei de Drogas no âmbito da audiência de custódia reflete o exercício do mesmo enquanto instância oficial de controle, representando os ideais de Defesa Social.

Uma vez tendo com característica principal a repressão penal a qualquer custo a fim de combater a criminalidade, é inconteste que os preceitos da ideologia da Defesa Social são aplicáveis na construção do fundamento da garantia da ordem pública, resta apenas saber, se a existência desse fundamento se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

### 6.3. INSEGURANÇA JURÍDICA OU ABERTURA CONCEITUAL? O FUNDAMENTO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COEXISTEM?

No item 2.3 do presente trabalho buscou-se definir o conceito da expressão “ordem pública” e o quais os elementos que poderiam implicar no abalo à essa ordem, sob o prisma da doutrina e do entendimento dos Tribunais Superiores, bem como do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Observou-se inicialmente que não havia consenso nessa definição, tendo na melhor exegese do estudo, concluído que ordem pública pode ser entendida como reiteração criminosa para doutrina, Tribunais Superiores e Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Ocorre que, conforme analisado no item anterior, no âmbito de decretação e não de revisão da medida prisional decretada, não há consenso sob o que seria considerado como abalo à ordem pública passível da imposição de segregação cautelar.

---

<sup>226</sup> CASTRO, Lola Aniyar. **Crimonologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 177.

Nem só reiteração delitativa, mas como credibilidade das instâncias judiciais perante a opinião pública, caráter hediondo do suposto fato delitivo, gravidade concreta do crime, respeito às normas, repercussão temerária do tráfico de drogas perante as famílias e periculosidade do custodiado, são elementos considerados como suficientes para embasar a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. Isso ocorre graças à grande abertura conceitual que “ordem pública” possui, podendo se falar em possível insegurança jurídica diante da manutenção desse autorizador no âmbito do ordenamento jurídico.

Entretanto, para essa conclusão é preciso cautela, tendo em vista que a atividade jurisdicional na sua essência se constitui pela discricionariedade argumentativa, contudo, devendo observância às regras processuais-penais, sobretudo, àquelas de natureza constitucional. Mas no fim das contas, o fundamento da garantia da ordem pública gera insegurança jurídica?

A resposta perpassa a compreensão da acepção da expressão “segurança jurídica”, que para Celso Antônio Bandeira de Mello, “coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano”.<sup>227</sup>

Hans Kelsen *apud in* Rodriguez<sup>228</sup> afirma que o ideal a segurança jurídica só poderia ser atingido de forma aproximativa. Para o Autor:

O papel do jurista, que fala em nome da ciência, seria o de identificar as diversas possibilidades interpretativas, quase sempre variadas, para cada caso concreto. De sua parte o juiz, quando escolhe uma interpretação, não atua cientificamente, mas sim politicamente. Sua escolha é subjetiva e, segundo Kelsen, não pode ser reduzida a uma operação lógico-formal de aplicação da norma abstrata ao caso concreto.

Já para o próprio Rodriguez<sup>229</sup>, mesmo diante de textos normativos fechados, cuja formulação procure deixar o menor espaço possível para a atuação discricionária dos juízes, é difícil garantir que as interpretações sejam unívocas. Nesse sentido, para que se possa efetivamente ser alcançável a segurança jurídica, não se pode achar ser possível de restringir completamente a atividade criativa do juiz.

A segurança jurídica sob o prisma analisado então seria a imposição de limites ao processo de argumentação do juiz, que deverá construído a partir de uma interpretação não somente da norma aplicável ao caso em que venha residir o ato decisório, mas uma

<sup>227</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros: 2008, p.214.

<sup>228</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas**. *Analisi e Diritto* 129, 2012: 129-152. p. 132.

<sup>229</sup> *Ibidem*, p. 133.

interpretação sistêmica, considerando e sopesando as demais normas e princípios do ordenamento frente ao dispositivo legal enquadrado.

Para Marinho:

Respeita o princípio da segurança jurídica a edição de leis precisas, que proporcionem ao cidadão conhecer o direito vigente e orientar suas condutas conforme os efeitos jurídicos previamente definidos. Todo cidadão tem o direito de conhecer o resultado jurídico de seus atos, para que possa decidir por enfrentá-lo ou evitá-lo.<sup>230</sup>

O direito de conhecer o resultado jurídico dos seus atos e de ter um ordenamento jurídico formado por leis precisas consiste na essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, cuja base angular é o princípio da legalidade na sua dimensão escrita, estrita e certa.

Nesta senda, não traz segurança jurídica o fundamento da garantia da ordem pública enquanto autorizador do decreto prisional preventivo, tendo em vista que trata-se de expressão vaga que permite ampla margem de discricionariedade judicial, ferindo a noção de legalidade do sistema jurídico.

As normas jurídicas de um Estado Democrático de Direito devem estar expressamente previstas nas suas legislações, especialmente no que condiz à limitação do exercício de direitos, sobretudo o direito à liberdade. Assim, é possível concluir que o fundamento da garantia da ordem pública e o Estado Democrático de Direito não coexistem num mesmo sistema, haja vista a divergência entre a utilização do primeiro, e as premissas do último.

Por oportuno, ainda resta questionar-se: é possível um processo penal sem a existência de fundamento da garantia da ordem pública enquanto autorizador da prisão preventiva? Teria, então, que haver taxativamente previstas as hipóteses de decretação da prisão preventiva? Quais as alternativas à possível exclusão do fundamento da garantia da ordem pública da norma processual-penal? Quais seriam, pois, as hipóteses de decretação da prisão preventiva? Entretanto, tais perguntas serão objetos de futuros estudos.

---

<sup>230</sup> MARINHO, Luciara Patrícia Campos Veras. **Prisão Preventiva e (In)segurança Jurídica: a subjetividade da prisão decretada para a garantia da ordem pública**. 2010. 103 folhas. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2010, p. 75. Disponível em: <https://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/2525> Acesso em: 21 maio. 2019.

## 7. CONCLUSÕES

As reflexões acerca das relações jurídico-penais devem sempre ser feitas tomando como ponto de partida as premissas do sistema acusatório e seus princípios. Apesar de não ignorar o fato de que no Brasil vigora indevidamente na prática, e até mesmo nas leis, um sistema inquisitório, não se pode naturalizar e por via de consequência, legitimar, um ordenamento jurídico que se distancie de qualquer modo do sistema acusatório democrático.

Assim, a prisão preventiva como medida cautelar no âmbito do processo penal, inseridas no contexto desse sistema acusatório democrático, deve obediência aos direitos e garantias dos indivíduos, que uma vez submetido à persecução penal, tem o direito de ser considerado presumidamente inocente. E assim sendo, em um processo penal democrático, a restrição da liberdade, em obediência ao princípio da presunção de inocência, deve ser medida excepcionalíssima de forma a validar os direitos humanos inerentes a uma democracia.

Ocorre que, a concretização desses preceitos se torna dificultosa diante de um autorizador vago e de determinação imprecisa, como o fundamento da garantia da ordem pública. Nesse sentido, a construção de decisão judicial que venha decretar a medida cautelar estuda diante requer do Magistrado a missão de, diante de conceito vago e do caso concreto, decidir se há elementos suficientes que justifiquem a custódia cautelar.

Do exame feito a partir da doutrina, da jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ), bem como do entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, observou-se a que a dificuldade em estabelecer o conceito da expressão de “garantia da ordem pública”, o que por si só é indicador da sua insustentabilidade se confrontada pelos princípios constitucionais, especificamente pelos princípios estabelecidos às medidas cautelares.

Por assim ser, o magistrado ao deparar-se com a possível decretação da prisão preventiva enquanto medida cautelar, ainda que perante autorizadores vagos como o apontado que ofendem princípios constitucionais, deve fundamentar o ato decisório de modo a corroborar com a premissa máxima da excepcionalidade da medida, ato decisório este que atualmente tem se concentrado na audiência de custódia.

A audiência de custódia surge como estratégia de política criminal para conter o fenômeno do encarceramento em massa. Contudo, do estudo feito pela pesquisa empírica contida no presente trabalho, concluiu-se que apesar de se constituir como concretização de direitos e garantias previstos em tratados internacionais, o procedimento no âmbito de uma cultura punitiva tende a reproduzir desenfreadas e seletivas medidas encarceradoras.

Quando considerado especificamente os casos relativos à Lei de Drogas, constatou-se pela pesquisa a forte presença de elementos que são frutos históricos da chamada “guerra às drogas”, produto de uma política internacional, especialmente de influência norte-americana, a qual o Brasil aderiu sem o desenvolvimento de quaisquer estudos prévios e aprofundados, assim como em ausência de análises que visassem à adaptação dessa política ofertada pelos tratados internacionais à realidade de consumo/venda local dessas substâncias.

Nessa senda, as decisões judiciais analisadas confirmam a hipótese de segregação cautelar do inimigo eleito e fortalecido por essa guerra irracional, cujo tratamento no sistema penal se dá por meio de repressão, tendo sido identificado a repetição de discursos de coibição que pregam a marginalização desses sujeitos.

No que tange aos sujeitos destinatários diretos dessa decisão, da pesquisa feita apurou-se que estamos diante de um inimigo que é um homem, negro, jovem (18 e 27 anos de idade), com menos que o ensino básico de escolaridade, flagrado com maconha, sem arma ou munição e presumidamente inocente (não reincidente).

Diante da constituição desse perfil e das reflexões acerca da relação entre as respostas obtidas pela análise dos dados e conceitos de “inimigo no Direito Penal”, “seletividade penal”, bem como com o exame da *“labeling approach theory”*, é possível concluir que a composição do perfil etnográfico dessas pessoas nada mais representa, senão a repetição das características antigas de um sistema criminal seletivo, que criminaliza e encarcera pobres.

A etiqueta de delinquente permite a presunção de periculosidade e a antecipação da custódia penal desse sujeito que é inimigo do Estado, e que deve ser encarcerado haja vista representar um perigo à ordem pública, cujo conceito é preenchido por elementos fundados na ideologia de defesa social, cuja característica principal reside na repressão penal a qualquer custo, com o suposto fim de combater a criminalidade.

Diante de todo exposto, é possível aduzir as seguintes conclusões:

- a) Não há um atualmente um consenso, nem doutrinário, nem mesmo jurisprudencial do que seria “ordem pública”, e o que poderia vir a ser um risco de seu abalo;
- b) A audiência de custódia, apesar de representar excelente iniciativa fundada nos tratados internacionais que garantem os direitos da pessoa presa, por estar inserida numa cultura punitivista, refletem seus ideais, sendo marcada pela repetição de decisões punitivas e encarceradoras;

- c) A política de drogas, não diferente disso, continua a irracionalmente repetir os discursos e interesses que influenciaram a sua criminalização, e ainda atualmente, vigora sob a égide do modelo médico-sanitarista para usuários (desde que com condição socioeconômica superior), enquanto oferta-se ao traficante a etiqueta da delinquência;
- d) Pode-se dizer, a partir dos dados analisados, que o encarceramento preventivo tem um destinatário específico (o inimigo), e as portas do cárcere estão abertas aos jovens negros, periféricos, de baixa escolaridade, uma vez que presumidamente representam um perigo à ordem pública;
- e) Também é possível denunciar, que as decisões oriundas da audiência de custódia que determinam a prisão preventiva nos casos tipificados na lei de drogas, são construídas de maneira genérica, arbitrária e alimentada por uma ideologia de defesa social que elege um inimigo a ser neutralizado e segregado do convívio social;
- f) Por fim, não traz segurança jurídica o fundamento da garantia da ordem pública enquanto autorizador do decreto prisional preventivo, tendo em vista se tratar de expressão vaga que permite ampla margem de discricionariedade judicial, ferindo a noção de legalidade do sistema jurídico. Concluindo-se que tal fundamento da garantia e o Estado Democrático de Direito não coexistem num mesmo sistema, haja vista a divergência entre a utilização do primeiro, e as premissas do último.

Entretanto, apesar das conclusões acima esposadas, outros tantos questionamentos surgiram, os quais o estudo em questão não é suficiente para respondê-los. Questiona-se: é possível um processo penal sem a existência de fundamento da garantia da ordem pública enquanto autorizador da prisão preventiva? Seria crível haver taxativamente previstas as hipóteses de decretação da prisão preventiva? Quais as alternativas à possível exclusão do fundamento da garantia da ordem pública da norma processual-penal?

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Michelle. **Audiência de custódia e seus limites cognitivos** in SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. Audiência de custódia. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências sociais e naturais: pesquisa quantitativa e qualitativa**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002. 3. reimpr. da. 2. ed. de 1999.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Fragmentos jurisprudenciais de um processo inquisitivo**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n. 17, p. 289-317, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/120> Acesso em: 10 abr. 2019.

ARAUJO, Fernanda Carolina de. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/pt-br.php> Acesso em: 20 mai. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Richi Ivahy. **Consulta com pedido de parecer formulada nos autos da Ação Civil Pública registrada sob o nº 8837-91.2014.4.01.3200, que tramita perante a 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas, proposta pela Defensoria Pública da União, em face da União Federal**. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod\\_resource/content/0/Parecer\\_Audiencia\\_Custodia\\_Badaro.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2697893/mod_resource/content/0/Parecer_Audiencia_Custodia_Badaro.pdf) Acesso em: 14 abr. 2019.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Resolução nº 9 de 3 de agosto de 2011**. Institui o núcleo de prisão em flagrante e dá outras providências. Disponível em: <http://www7.tj.ba.gov.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=7439&tmp.secao=4> Acesso em: 14 abr. 2019.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos ideológicos de la actual política criminal sobre drogas: reflexiones alrededor de la teoría del poder em Michael Foucault**. Pensam. jurid., Número 5, 1995. ISSN electrónico 2357-6170. ISSN impreso 0122-1108. Disponível em: [https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39005/pdf\\_337](https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39005/pdf_337) Acesso em: 23 abr. 2019.

BARBOSA, Mario Davi. **Originalidade e pessimismo: a recepção da criminologia positiva na obra de Nina Rodrigues**. Revista Liberdades - nº 8 - setembro-dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/upload/pdf/9/resenha1.pdf> Acesso em: 22 mai. 2019.

BATISTA, Vera Malaguiti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.



BECKER, Howard S. **Métodos de pesquisa em ciências sociais**. Tradução: Marco Estevão, Renato Aguiar. 4. ed. São Paulo: Hucitec, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – causas e alternativas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1993.

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 213 de 15/12/2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059> Acesso em: 14 abr. 2019

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Termo de cooperação técnica nº 007/2015**. Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/f4787a2be248561964bb3d10a7c3bc22.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Termo de adesão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia ao Termo de cooperação técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça, Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/01/ef11739c8cfb11b762b970adb32da748.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso em: 31 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) Acesso em: 31 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm) Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 9.761 de 11 de abril de 2019**. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm) Acesso em: 04 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal**. Ministério da Justiça e Negócios Exteriores. Gabinete do Ministro, em 8 de setembro de 1941. Disponível em: [http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp\\_processo\\_penal.pdf](http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf) Acesso em: 01 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem

dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L6368.htm) Acesso em: 04 mai. 2019

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111343.htm) Acesso em: 04 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm) Acesso em: 01 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal.** Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2966191&disposition=inline> Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 299126.** Relator Min. Jorge Mussi. DJE 19 mar. De 2015. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27299126%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27299126%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27299126%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27299126%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 31162.** Relator Min. Sebastião Reis Junior. DJE 26 mar. De 2015. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27HC%27.clap.+e+@num=%27311162%27\)+ou+\(%27HC%27+adj+%27311162%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27311162%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27311162%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja) Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 509.030.** Relator Min. Antonio Saldanha Palheiro. DJE 14 maio de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190515-09.pdf> Acesso em: 29 maio de 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240.** Acórdão. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333> Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.** Acórdão da Medida Cautelar. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 80.719.** Relator Min. Celson de Melo. DJE 28 de set. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78493> Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 130.636**. Relator Min. Teori Zavascki. DJE 12 de dez. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10941493> Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 137.728**. Relator Min. Edson Fachin. DJE 31 de dez. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13964116> Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Habeas Corpus n. 0032496-57.2016.8.07.0000**. Relator Des. Sandoval Oliveira. DJE 23 de ago. 2016. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/376425984/20160020304316-0032496-5720168070000?ref=serp> Acesso em: 06 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Audiências de custódia são regulamentadas em provimento da presidência e corregedorias**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/audiencias-de-custodia-sao-regulamentadas-em-provimento-da-presidencia-e-corregedorias/> Acesso em: 06 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Habeas Corpus n. 0016768-30.2016.8.05.0000**. Relator Des. Luiz Fernando Lima. DJE 09 nov. de 2016. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/423028561/habeas-corpus-hc-167683020168050000?ref=serp> Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Habeas Corpus n. 0002095-32.2016.8.05.0000**. Relator Des. Mario Alberto Simões Hirs. DJE 11 mar. de 2016. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348767140/habeas-corpus-hc-20953220168050000/inteiro-teor-348767151?ref=juris-tabs> Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Habeas Corpus n. 0024311-50.2017.8.05.0000**. Relator Des. Nilson Soares Castelo Branco. DJE 31 jan. de 2018. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/549020077/habeas-corpus-hc-243115020178050000/inteiro-teor-549020086?ref=juris-tabs> Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Habeas Corpus n. 0028235-69.2017.8.05.0000**. Relator Des. Inez Maria Brito Santos Miranda. DJE 07 abr. de 2018. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/564072629/habeas-corpus-hc-282356920178050000/inteiro-teor-564072639?ref=juris-tabs> Acesso em: 08 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus n. 70006140693**. Impetrante: Cristian Wasem Rosa. Paciente: Felipe Espindola da Silva. Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho. DJ 28 mai. 2003. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs\\_index&getfields=\\*&entsp=a\\_politica-site&wc=200&wc\\_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&client=tjrs\\_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=futurologia+perigosista&as\\_oq=&as\\_eq=&requiredfields=crr%3A21&partialfields=%28s%3Acrime%29&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=futurologia+perigosista&as_oq=&as_eq=&requiredfields=crr%3A21&partialfields=%28s%3Acrime%29&as_q=+#main_res_juris) Acesso em: 01 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Provimento Conjunto nº 03/2015**. Presidência do Tribunal de Justiça e Corregedoria Geral da Justiça. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019.

BUONICORE, Giovana Palmieri; SANTOS, Liziane dos. **Breve análise acerca dos sistemas processuais penais: em busca de um sistema democrático.** Revista Síntese de direito penal e processual penal. n. 77, v. 13, 2013. p. 38-54.

CANCIAN, Natália. **Nova política de drogas exclui redução de danos.** Brasília: Folha de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/04/nova-politica-de-drogas-exclui-reducao-de-danos.shtml> Acesso em: 04 mai. 2019.

CARVALHO, Salo de. **A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 34, v. 9, 2001. p. 129-146 / RBCCRIM Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

\_\_\_\_\_. **Antimanual de criminologia.** São Paulo: Saraiva, 2015. 6. ed. rev. e ampl.

\_\_\_\_\_. **A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial as razões da descriminalização).** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1996. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430> Acesso em: 23 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **A política criminal de drogas no Brasil (Estudo Criminológicos e Dogmático da Lei 11.343/06).** 5ª ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Lola Aniyar. **Crimonologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHOUKER, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 49 de 01/04/2019.** Dispõe sobre a necessidade de observância, pelos magistrados brasileiros, das normas - princípios e regras - do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas (ONU), e, bem assim, do Protocolo Brasileiro de Perícia Forense, em casos de crime de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=1983> Acesso em: 14 abr. 2019.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões.** Cadastro Nacional de Presos. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf> Acesso em: 01 abr. 2019.

CORDEIRO, Néfi. **A audiência de custódia como instrumento de persecução criminal menos abusiva e garantia individual protetiva.** Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. n. 80, v. 14, 2017. p. 22-45.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Sistema acusatório – cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado.** Senado Federal, Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3> Acesso em: 06 mai. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **Defensores debatem em São Paulo aplicação da Audiência de Custódia.** Comunicação. Notícias. Disponível em:

<http://www.defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/defensores-debaterem-em-sao-paulo-aplicacao-da-audiencia-de-custodia> Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Defensoria Pública pede providências ao CNJ para o cumprimento de audiências de custódia em 24h.** Comunicação. Notícias. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/defensoria-publica-pede-providencias-ao-cnj-para-cumprimento-de-audiencias-de-custodia-em-24h> Acesso em: 14 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Fortalecer defensorias e garantir audiências de custódia são recomendações da CNV.** Comunicação. Notícias. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/fortalecer-defensorias-e-garantir-audiencia-de-custodia-sao-recomendacoes-da-cnv> Acesso em: 14 abr. 2019.

DEMO, Pedro. **Metodologia do Conhecimento científico.** São Paulo: Atlas, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Terceira parte, Capítulo IX. 3 ed. ver. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Carolina. **Audiência de custódia - descarcerização ou reafirmação de esteriótipos.** Revista Justiça do Direito, v. 31, n. 2, p. 279-303, maio/ago. 2017.

GCDP, Global Commission on Drugs Policy. **Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas.** 2011. Disponível em: [http://www.globalcommissionondrugs.org/wpcontent/uploads/2017/10/GCDP\\_WaronDrugs\\_PT.pdf](http://www.globalcommissionondrugs.org/wpcontent/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf) Acesso em: 03 mai. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A audiência de custódia e seus impactos no sistema de justiça criminal brasileiro.** Revista de Estudos Criminais. n. 67, v. 16, 2017. p. 155-178 / Revista de Estudos Criminais.

\_\_\_\_\_. **Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

GLOBO, Portal G1. **Bolsonaro diz ao JN que criminoso não é 'ser humano normal' e defende policial que 'matar 10, 15 ou 20'.** Brasília, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/28/bolsonaro-diz-ao-jn-quecriminoso-nao-e-ser-humano-normal-e-defende-policial-que-matar-10-15-ou-20.ghtml> Acesso em: 03 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Superlotação aumenta e o número de presos provisórios volta a crescer no Brasil.** 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml> Acesso em: 06 mai. 2019.

GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.** Coletivo sabotagem, 1963. Trad. Mathias Lambert. Disponível em: <http://www.aberta.senad.gov.br/medias/original/201702/20170214-114707-001.pdf> Acesso em: 21 mai. 2019.

GOMES, Magno Federici. **A compatibilidade entre a presunção da inocência e a prisão preventiva.** Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. n. 53, v. 9, 2009. p. 18-33.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HERNANDES, Camila Ribeiro; ASSUMPCÃO, Vinicius. **Audiência de custódia e audiência de controle de detenção: análise comparada entre as realidades do Brasil e do Chile em matéria de controle de legalidade da prisão.** Desafiando a Inquisição: Ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil Volume II, Cap. 2 Sistema Penal por audiências. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA): Santiago/Chile, 2018.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** Org. E trad. André Luís Callegari, Nereu Jose Giacomolli. 6. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

JESUS, Maria Gorete Marques de; RUOTTI, Caren; ALVES, Renato. **“A gente prende, a audiência de custódia solta”:** narrativas policiais sobre as audiências de custódia e a crença na prisão. Rev. bras. segur. pública São Paulo v. 12, n. 1, 152-172, fev/mar 2018. Disponível em: <http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/833> Acesso em: 14 abr. 2019.

JESUS. Maria Gorete Marques de. **“O que está no mundo não está nos autos”:** a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Tese de Doutorado. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php> Acesso em: 23 abr. 2019.

KARAM, Maria Lúcia. **“Guerra às drogas” e criminalização da pobreza.** Estudos críticos sobre o sistema penal. p. 679-697 / 343.2.01 E85.

KHALED JR, Salah Hassan. **O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?** Porto Alegre: Civitas Revista de Ciência Sociais. V. 10, n. 2, p. 293-308, maio-ago. 2010. ISSN-L: 1519-6089 - e-ISSN: 1984-7289.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEWANDOWSKY, Ricardo. **Audiências de custódia do Conselho Nacional de Justiça – da política à prática.** Conjur, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/lewandowski-audiencias-custodia-cnj-politica-pratica> Acesso em: 14 abr. 2019

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. **A audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: [http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11256/2/Audiencia de custodia e a imediata apresentacao do preso ao juiz Rumo a evolucao civilizatoria do Processo Penal.pdf](http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11256/2/Audiencia%20de%20custodia%20e%20a%20imediate%20apresentacao%20do%20preso%20ao%20juiz%20Rumo%20a%20evolucao%20civilizatoria%20do%20Processo%20Penal.pdf) Acesso em: 14 abr. 2019

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Prisões cautelares.** – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 17.

\_\_\_\_\_. **(Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 21, nº 251, Outubro/2013, ISSN 1676-3661.

MACIEL, José Fabio Rodrigues. **Ordenações filipinas – considerável influencia no direito brasileiro.** São Paulo: Jornal Carta Forense, 2006. Coluna: história do direito. Disponível em: <http://www.cartafortense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484> Acesso em: 01 abr. 2019.

MARINHO, Luciana Patrícia Campos Veras. **Prisão Preventiva e (In)segurança Jurídica: a subjetividade da prisão decretada para a garantia da ordem pública**. 2010. 103 folhas. Trabalho de Conclusão do Curso de Direito – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ucb.br/jspui/handle/10869/2525> Acesso em: 21 mai. 2019.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; VIELA, Leonardo Marques. **A necessária exclusão dos elementos da imputação na audiência de custódia** in SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. Audiência de custódia. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

MASI, Carlo Velho. **A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento**. Revista Doutrina dos Tribunais, 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RTrib\\_n.960.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.960.05.PDF) Acesso em: 14 abr. 2019.

MATOS, Icaro Almeida. **A reforma processual penal, o (novo) regime jurídico da prisão preventiva e a tutela do risco da liberdade do indivíduo: estudo de caso do núcleo de prisão em flagrante de Salvador (NPF)**. Dissertação apresentada ao Mestrado da Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do título de Mestre em Segurança Pública. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/19726/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Final%20-%20Icaro%20Almeida%20Matos.pdf> Acesso em: 14 abr. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros: 2008.

MINAGÉ, Thiago Miranda. **A questão político-criminal da audiência de custódia**. Revista Síntese de direito penal e processual penal. n. 93, v. 16, 2015. p. 54-61.

MUNANGA, Kabengele. **A difícil tarefa de definir quem é negro no Brasil**. Entrevista concedida a Estudos Avançados. Estud. av. vol.18 no.50 São Paulo Jan./Apr. 2004. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100005> Acesso em: 22 mai. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: de acordo com a Lei 12.403/2011**. 3. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PAIVA, Caio. **A defensoria, a tortura e as audiências de custódia**. Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-29/tribuna-defensoria-defensoria-tortura-audiencias-custodia> Acesso em: 14 abr. 2019.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

RAMOS, Beatriz Vargas. **O tratamento penal de drogas no Brasil: permanência do proibicionismo e violência do sistema de controle** in IBCCRIM 25 anos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

RESENDE, Glicia Paula. **Direito Penal do Inimigo, Seletividade penal e a relativização de garantias segundo a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli**. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2015. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2015/04.pdf> Acesso em: 20 mai. 2019.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Afinal, o que é droga?** Boletim IBCCRIM. n. 151, v. 13, 2005. p. 10.

RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011, 95p. ISBN 978-85-7982-075-5. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/h53wj/pdf/rodrigues-9788579820755.pdf> Acesso em: 22 mai. 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas**. *Analisi e Diritto* 129, 2012: 129-152.

ROMÃO, Vinicius de Assis. **A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiências de custódia em Salvador**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Fev, 2017.

SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Revista de Estudos Criminais. n. 10, v. 3, 2003. p. 113-119 / *Revista de Estudos Criminais*.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Carlos Eduardo. [Orgs.]. **Audiência de custódia**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS JUNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra: direitos humanos e sistema de justiça criminal periféricos**. 1. ed. - - Florianópolis, SP: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Maurício Cirino dos. **A audiência de custódia e as funções institucionais do Ministério Público**. *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*. n. 4, v. 3, 2016, p. 119-131.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. **A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública**. *Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 67, pp. 213 - 244, jul./dez. 2015.

SOARES, Wanderson Gutemberg. **A adequação da prisão preventiva com a presunção de inocência**. Minas Gerais, 2010. Disponível em:



<file:///C:/Users/WINDOWS/Desktop/TCC/ARTIGOS/1962-14527-1-PB.pdf> Acesso em: 31 mar. 2019.

VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da guerra às drogas**. Boletim IBCCRIM. Ano 24 – nº 286 – Setembro/2016 – ISSN 1676-3661.

VALOIS, Luis Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2ª ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução: André Telles. Coletivo Sabotagem, 2004.

\_\_\_\_\_. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: F. Bastas, 2001.

WEYNE. Bruno Cunha. **A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva**. Direito Público. n. 70, v. 13, 2016. p. 104-132 / Direito Público.

ZACKSESKI, Cristina. **O problema dos presos sem julgamento no Brasil**. Anuário IV. Carcerópolis, 2010. Disponível em: [https://carceropolis.org.br/static/media/publicacoes/Anuario\\_iv\\_o\\_problema\\_dos\\_presos\\_se\\_m\\_julgamento\\_no\\_brasil2.pdf](https://carceropolis.org.br/static/media/publicacoes/Anuario_iv_o_problema_dos_presos_se_m_julgamento_no_brasil2.pdf) Acesso em: 31 mar. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. Tradução: Sergio Lamarão. 3ª ed.

ZILLI, Marcos. **Ainda que tardia, que venha a liberdade: breve panorama sobre prisão cautelar no direito brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 85, v. 18, 2010. p. 447-494 / RBCCRIM Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.