

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO – UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS – CCJE
FACULDADE DE DIREITO – FND**

**IMPACTOS DA LEI ANTIDROGAS NAS PRISÕES PROVISÓRIAS DE PESSOAS
NEGRAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

HEBERT DOS SANTOS PATROCÍNIO

Rio de Janeiro

2023

HEBERT DOS SANTOS PATROCINIO

**IMPACTOS DA LEI ANTIDROGAS NAS PRISÕES PROVISÓRIAS DE PESSOAS
NEGRAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.**

Rio de Janeiro

2023

CIP - Catalogação na Publicação

P314i Patrocínio, Hebert dos Santos
Impactos da Lei Antidrogas nas prisões
provisórias de pessoas negras no estado do Rio de
Janeiro / Hebert dos Santos Patrocínio. -- Rio de
Janeiro, 2023.
60 f.

Orientadora: Junya Rodrigues Barletta.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Lei Antidrogas. 2. Prisões Provisórias. 3.
Racismo . 4. Seletividade Penal . 5. Discriminação
Racial . I. Barletta, Junya Rodrigues, orient. II.
Título.

HEBERT DOS SANTOS PATROCINIO

**IMPACTOS DA LEI ANTIDROGAS NAS PRISÕES PROVISÓRIAS DE PESSOAS
NEGRAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta.**

Data da Aprovação: 27 / 11 / 2023

Banca Examinadora:

Professora Dra. Junya Rodrigues Barletta (Orientadora)

Lucas Guimarães Rocha - Membro da Banca

Tássya Moura - Membro da Banca

PATROCINIO, Hebert dos Santos. IMPACTOS DA LEI ANTIDROGAS NAS PRISÕES PROVISÓRIAS DE PESSOAS NEGRAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

RESUMO

A presente monografia visa refletir sobre os impactos da Lei Antidrogas nas prisões provisórias de pessoas negras no estado do Rio de Janeiro, com a finalidade de identificar relação de causalidade entre o advento da citada legislação e o aumento da população carcerária fluminense, sobretudo o número de presos provisórios autodeclarados pretos e pardos. Assim, o trabalho apresenta dados estatísticos oficiais referentes acerca da população negra presa sem julgamento, em decorrência da prática do crime de tráfico de drogas, além de pesquisas sobre as audiências de custódia realizadas no território carioca e quanto ao perfil do acusado da prática de traficância de entorpecentes, apontando que a falta de critérios objetivos para diferenciar usuários e traficantes, juntamente com a problemática das abordagens policiais discriminatórias fundadas na cor da pele do suspeito e o uso excessivo de prisões provisórias resultaram na intensificação do encarceramento desde a promulgação da citada lei. O estudo destaca que, muito embora a disciplina legal e principiológica das prisões cautelares imponha claros limites para a sua aplicação, a realidade da persecução penal brasileira demonstra o uso indiscriminado das medidas cautelares, em que a prisão provisória aparece como regra, sobretudo quando instrumentalizada no contexto da “guerra às drogas”, apesar da excepcionalidade que a permeia ou deveria permear. Também, o trabalho evidencia a seletividade do sistema criminal, reforçado pelo elevado nível de subjetividade proveniente da legislação antidrogas na distinção dos delitos de posse e tráfico de drogas, cuja repressão recai principalmente e de forma desproporcional sobre a camada mais vulnerável da população. Por fim, a pesquisa ressalta que embora se reconheçam alguns avanços nos temas aqui tratados, materializados no julgamento no STF do RE nº 635.659, em que se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, e do Habeas Corpus nº 208.240, sobre a licitude de provas geradas por abordagem policial motivada pela cor da pele, a evolução ainda é tímida considerando os números de pessoas pretas e pardas presas em decorrência de crimes relacionados à legislação antidrogas, exurgindo a premente necessidade da promoção de políticas públicas mais justas, equitativas e inclusivas neste contexto, além da revisão das práticas policiais, e uma reflexão profunda sobre o papel do sistema criminal na perpetuação da discriminação racial e do racismo estrutural.

Palavras-chave: Lei Antidrogas; Impactos; População Carcerária; Prisões Provisórias; Tráfico de drogas; Seletividade; Discriminação racial; Racismo Estrutural.

PATROCINIO, Hebert dos Santos. IMPACTOS DA LEI ANTIDROGAS NAS PRISÕES PROVISÓRIAS DE PESSOAS NEGRAS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 60 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

ABSTRACT

This monograph aims to reflect on the impact of the Anti-Drug Law on the pre-trial detention of black people in the state of Rio de Janeiro, with the aim of identifying a causal relationship between the advent of the aforementioned legislation and the increase in Rio de Janeiro's prison population, especially the number of pre-trial detainees who declare themselves black and brown. The paper presents official statistics on the black population imprisoned without trial for the crime of drug trafficking, as well as research into custody hearings held in Rio de Janeiro and the profile of those accused of drug trafficking, pointing out that the lack of objective criteria for differentiating between users and traffickers, together with the problem of discriminatory police approaches based on the color of the suspect's skin and the excessive use of pre-trial detention have resulted in an increase in incarceration since the enactment of the aforementioned law. The study highlights that, although the legal and principled discipline of pre-trial detention imposes clear limits on its application, the reality of Brazilian criminal prosecution demonstrates the indiscriminate use of pre-trial detention measures, in which pre-trial detention appears to be the rule, especially when used in the context of the "war on drugs", despite the exceptionality that permeates or should permeate it. The study also highlights the selectivity of the criminal justice system, reinforced by the high level of subjectivity in anti-drug legislation when it comes to distinguishing between the crimes of possession and drug trafficking, the repression of which falls mainly and disproportionately on the most vulnerable section of the population. Finally, the research points out that although some progress has been made on the issues dealt with here, materialized in the STF's judgment of RE nº 635.659, in which the constitutionality of art. 28 of the Drug Law is discussed, and Habeas Corpus nº 208. However, considering the number of black and brown people arrested as a result of crimes related to anti-drug legislation, there is still little progress. There is an urgent need to promote fairer, more equitable and inclusive public policies in this context, as well as a review of police practices and a deep reflection on the role of the criminal justice system in perpetuating racial discrimination and structural racism.

Key-words: Anti-Drug Law; Impacts; Prison Population; Pre-trial detention; Drug Trafficking; Selectivity; Racial Discrimination; Structural Racism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS – CONTEXTO HISTÓRICO-ORGANIZACIONAL ANTERIOR À ATUAL LEI DE DROGAS	12
2. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DE DROGAS SOB O ASPECTO CRIMINOLÓGICO – OBJETIVOS E A (IN)EFICIÊNCIA DA POLÍTICA DE REPRESSÃO	14
3. LEI Nº 11.343/06 NA PRÁTICA – SELETIVIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL ANTIDROGAS	18
3.1 Lei Nº 11.343/06 na Prática – A problemática das abordagens policiais baseadas na cor da pele do “suspeito”	19
3.1.1 A centralidade do fator racial na distinção entre usuário e traficante de drogas decorrente da subjetividade excessiva da Lei 11.343/06	25
4. PRISÕES PROVISÓRIAS E A POLÍTICA DE REPRESSÃO ANTIDROGAS – O SER E O DEVER SER.....	31
4.1 A disciplina legal e principiológica das prisões cautelares – O “dever ser”	33
4.1.1 Banalização da prisão provisória na prática, principalmente no combate às drogas – O “ser”	45
5. PANORAMA QUANTITATIVO DE PESSOAS NEGRAS PRESAS PROVISORIAMENTE NO RIO DE JANEIRO EM DECORRÊNCIA DA IMPUTAÇÃO DE CRIMES DA LEGISLAÇÃO PENAL ANTIDROGAS	51
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

O tema das prisões provisórias é um dos assuntos mais polêmicos e controversos no campo sociojurídico mundial, suscitando amplos debates quanto à sua legitimidade, efetividade, limites e compatibilidade do referido instituto com o direito à liberdade e o Princípio da Presunção de Inocência, garantias fundamentais contempladas tanto em âmbito internacional¹ quanto no ordenamento jurídico interno brasileiro². Aliam-se às discussões sobre o tema, questões concernentes à política criminal antidrogas adotada em diversos países do mundo e seus reflexos no encarceramento provisório de imputados ainda não condenados, sobretudo de indivíduos pertencentes a classes sociais menos favorecidas e historicamente marginalizadas, como a população negra, e em países com alto índice de presos provisórios, como o Brasil (INFOPEN, 2022).

A prisão provisória, na dogmática processual penal brasileira, pode ser assim definida:

Medida processual de natureza cautelar, que incide sobre o indivíduo a quem se imputa o cometimento de delito de especial gravidade, e que deverá ser autorizada pelo juiz, em caráter excepcional, de maneira fundamentada, quando for estritamente necessária para evitar um risco concreto à atividade persecutória do Estado ou ao resultado do processo penal, de maneira a não assumir funções punitivas (Barletta, 2019, p. 17).

Trata-se de modalidade de encarceramento da qual fazem parte as espécies da prisão temporária, regulada pela Lei nº 7.960/89 e que somente pode ser decretada na fase da investigação preliminar; da prisão preventiva, espécie mais recorrente e que pode ser decretada tanto na fase de investigação quanto na fase processual, bem como da prisão em flagrante, medida pré-cautelar e mais precária, sendo a única que dispensa ordem judicial e que, por estes motivos, deve ser submetida a controle judicial no prazo de 24 horas para análise da sua legalidade (Barletta, 2019). Ocorre que, a despeito da excepcionalidade e da natureza processual da prisão provisória, não raramente a medida é autorizada de forma indiscriminada, com base em fundamentos rasos (preservação da ordem pública, salvaguarda do sistema

¹ Art. 7.1 [CADH] - Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais; Art. 8.2 [CADH] - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

² Art. 5º, LIV, CF/88 - Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; Art. 5º, LVII, CF/88 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

judiciário, risco de reiteração delitiva, clamor público) e com o fim de satisfazer aos anseios de uma população caracterizada por uma forte cultura punitivista³ e revanchista.

Por sua vez, a Lei de Drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006), substituta da anterior Lei de Tóxicos - Lei nº 6.368/76, 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. A lei prevê, em seu art. 323, inciso II, que não será concedida fiança nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, em conformidade com a previsão do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988⁴. O artigo 33 da Lei de Drogas define o crime de tráfico de drogas como a conduta de “Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, cominando pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. De outro lado, o art. 28 do mesmo normativo dá tratamento mais brando a quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, cominando penas de advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento ao programa ou curso educativo.

A diferenciação, no caso concreto, da conduta do art. 33 para a conduta do art. 28 da Lei 11.343/06 deverá ser determinada pelo juiz de acordo com o previsto no parágrafo 2º do art. 28, que define parâmetros para se definir se a droga destinava-se a consumo pessoal, devendo o magistrado observar a critérios relacionados à *natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e*

³ Infelizmente, as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. **Conclui-se, portanto, que o problema não é legislativo, mas cultural.** (LOPES JÚNIOR, Aury. Prisões cautelares. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017).

⁴ Art. 5º, XLIII, CF/88 - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

*peçoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente*⁵. Esta previsão revela o caráter discriminatório do sistema de justiça criminal brasileiro ao estabelecer como parâmetros definidores de consumo pessoal “o local e às condições em que se desenvolveu a ação, bem como as circunstâncias sociais e pessoais do agente”. Ademais, a lei ainda concede um elevado grau de discricionariedade ao juiz e à autoridade policial, na prática, na definição se a conduta do agente se enquadra como crime de tráfico de drogas ou como consumo pessoal de entorpecente ao apresentar critérios pouco objetivos para diferenciação de uma ou outra conduta, tais como a natureza e a quantidade da substância apreendida, sem definir com precisão e exatidão os conceitos.

Por consequência da citada legislação antidroga, do desrespeito reiterado em relação à excepcionalidade e à natureza de *ultima ratio* da prisão provisória, bem como da seletividade do sistema de justiça criminal brasileiro, o que vem se observando é um alto número de presos provisórios em presídios no país em decorrência da imputação da prática de crimes de tráfico de entorpecentes, conforme se demonstrará nesta pesquisa. Soma-se a esse fato o elemento racial atrelado a este tipo penal, sobretudo em razão da subjetividade atribuída ao julgador e à autoridade policial para se imputar ao agente o crime de tráfico de drogas ou para definir o agente como consumidor da substância apreendida.

A justificativa para a elaboração do presente trabalho é pautada na necessária investigação sobre os reflexos da Lei de Drogas no encarceramento provisório de pessoas negras no Estado do Rio de Janeiro, haja vista que após a promulgação da referida lei, no ano de 2006, o número absoluto de prisões no estado fluminense aumentou consideravelmente (INFOPEN, 2022), sobretudo em relação a prisões provisórias decretadas em casos relativos à política criminal de repressão às drogas.

Para ilustrar a relevância do tema, pode-se citar o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do o Recurso Extraordinário (RE) 635.659, o qual trata de ação que discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. O caso, que começou a ser analisado pela Corte Suprema em 2015, teve repercussão geral reconhecida e conta com 4 (quatro) votos a favor da

⁵ 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Art. 28, §2º. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 17 nov. 2023.

invalidação do artigo (Ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes), o que pode, na prática, descriminalizar o porte de drogas para consumo próprio no país, mitigando o conhecido problema do superencarceramento nos presídios brasileiros, desde que sejam fixados parâmetros objetivos que permitam a diferenciação de usuário e traficante, a qual atualmente é realizada de forma excessivamente subjetiva, com critérios duvidosos de idade, cor da pele, grau de instrução e condição econômica, favorecendo uma extrema discricionariedade das autoridades policiais, do MP e da Justiça Criminal.

A pesquisa será delimitada a partir do advento da Lei nº 11.343, em 2006, e tratará das prisões provisórias de pessoas negras ou pardas decorrentes da imputação de crimes definidos pelo citado diploma legal. Trata-se, pois, de tema que se mostra relevante pois através de sua abordagem será possível mensurar os resultados da política criminal adotada pelo governo brasileiro com relação às drogas num cenário em que o resto do mundo passa a reavaliar a eficiência da política de repressão, objetivando-se a diminuição do alto número de encarceramento em decorrência dessa postura adotada, que afeta diretamente a população negra, principalmente em países em que a discriminação racial se mostra fortemente ligada às instituições, sobretudo naquelas que compõem o sistema de justiça criminal.

Pretende-se, portanto, entender em que medida a Lei nº 11.343/2006 impactou no número de prisões provisórias de pessoas negras no Estado do Rio de Janeiro desde sua entrada em vigor, com o objetivo de identificar o modo de operação da política criminal de repressão, bem como de verificar a utilização da prisão provisória como instrumento para se alcançar o fim pretendido pela política adotada e seus reflexos no superencarceramento, em especial do povo preto fluminense.

Para alcance dos objetivos apresentados, o presente trabalho será amparado na revisão de literatura existente sobre o tema abordado, acerca da seletividade do sistema penal (CARVALHO, 2007; DORNELLES, PEDRINHA, SOBRINHO, 2018; MARTINI, 2007; WACQUANT, 2008; ZAFFARONI, 2012), da banalização das prisões cautelares (BARLETTA, 2019; LOPES JR., 2021), além da centralidade do fator racial no processo de criminalização (BARATTA, 2002; FLAUZINA, 2006) e sua influência na política criminal antidrogas em prática no Brasil.

Assim, a metodologia utilizada neste trabalho será baseada em pesquisa de natureza exploratória, através de pesquisa bibliográfica de obras de autores e mestres que abordam os assuntos aqui tratados, tais como Raul Eugênio Zaffaroni, Alessandro Baratta, Salo de Carvalho, Loïc Wacquant, Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho, Ana Luiza Pinheiro Flauzina, Aury Lopes Jr. e Junya Rodrigues Barletta. Ademais, também se lançará mão de pesquisa documental através da análise dos dados divulgados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, do DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL em relação aos estabelecimentos prisionais do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos relatórios e pesquisas produzidos pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro e por outras instituições, como o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD.

A pesquisa será realizada em fases, sendo a primeira fase dedicada à análise do aspecto criminológico da Lei de Drogas, sua eficiência considerando os objetivos da política de repressão e como esta legislação é utilizada na práxis das instituições que compõem o sistema penal brasileiro (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Departamento Penitenciário), além da consulta à doutrina e jurisprudência sobre a referida legislação e aos dados do DEPEN acerca das pessoas negras presas provisoriamente em decorrência de crimes relacionados às drogas.

A segunda fase será destinada ao estudo das prisões provisórias, passando pelos conceitos e definições desta modalidade de aprisionamento, seu uso na prática, fundamentos e finalidades explícitas e implícitas. Nesta fase de pesquisa, também se buscará verificar o quanto a política criminal antidroga influenciou no número de pessoas pretas e pardas presas sem julgamento, na tentativa de correlacionar o uso da prisão cautelar como instrumento do fim pretendido pelo sistema penal brasileiro, marcado pela seletividade e pelo racismo estrutural.

Por fim, a terceira fase da pesquisa abordará a seletividade penal do sistema de justiça criminal brasileiro sob o aspecto racial, sobretudo quanto aos crimes relacionados à legislação penal contra as drogas, e seus impactos sobre a população negra no Estado do Rio de Janeiro, a fim de identificar em que medida a legislação antidroga refletiu no número de encarcerados provisoriamente nos estabelecimentos prisionais fluminenses.

1. A POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS – CONTEXTO HISTÓRICO-ORGANIZACIONAL ANTERIOR À ATUAL LEI DE DROGAS

Antes de adentrar ao tema central deste trabalho, qual seja, o impacto da atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) nas prisões provisórias de pessoas negras no Rio de Janeiro, é necessário entender de forma breve o contexto histórico-organizacional da política de drogas aplicada no território nacional⁶. Nesta toada, verificou-se que a evolução histórica-organizacional da política de drogas no Brasil se entrelaça com os principais eventos sociopolíticos, econômicos e culturais, bem como com as questões raciais profundamente enraizadas no país. Ao longo dos séculos XX e XXI, a abordagem das drogas refletiu não apenas as mudanças sociais, mas também as desigualdades raciais e estruturais que persistem no país.

No início do século 20, o Brasil enfrentava a transição do Império para a República, juntamente com um cenário marcado pela industrialização e urbanização crescentes. A implementação da política de drogas começou com a adoção das disposições extraídas da Convenção Internacional do Ópio (Haia, 1912), em uma época em que as elites buscavam consolidar o poder e modernizar o país. O Decreto-Lei n. 891/1938, primeira norma sobre drogas, foi estabelecido em um contexto em que a marginalização racial já estava enraizada, perpetuando desigualdades na aplicação da lei.

A década de 1970 foi dominada pela ditadura militar, marcada por repressão política e supressão de liberdades civis. A Lei n. 6.368/1976, que tratava do tráfico e uso de drogas, foi promulgada nesse período autoritário. As ações do Estado refletiram as desigualdades raciais existentes, com impactos mais severos sobre as comunidades marginalizadas, frequentemente compostas por pessoas negras.

Nos anos 80, o Brasil vivenciou a abertura política e o movimento pelas Diretas Já, período de mudanças sociais e demandas por igualdade. A criação do Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes e do Conselho Federal de Entorpecentes - CONFEN ocorreu em meio a um contexto de democratização, mas a implementação das políticas continuou a agravar as desigualdades raciais, com comunidades negras frequentemente sendo alvo de repressão.

⁶ Ministério da Justiça e Segurança Pública, Brasília. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/a-politica-nacional-sobre-drogas>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

A década de 1990 trouxe o retorno à democracia e a busca por direitos humanos e inclusão social. A criação da Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD e do Conselho Nacional Antidrogas – CONAD, este último substituto do antigo CONFEN, representou uma reorganização administrativa, mas a aplicação desigual das políticas subsistiu, afetando desproporcionalmente as populações negras e marginalizadas.

No início do novo milênio, o Brasil estava se consolidando como uma potência global emergente. A introdução da Política Nacional Antidrogas (PNAD) através do Decreto nº. 4.345/2002 e a Lei n. 11.343/2006, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, buscaram direcionar o foco para a assistência aos usuários e dependentes. No entanto, as abordagens de repressão não mudaram muito, continuando a ter impactos maiores sobre as comunidades negras e empobrecidas.

Os anos 2010 e além viram a continuação das lutas por justiça social e igualdade, com um maior reconhecimento das desigualdades raciais no Brasil. A trajetória da política de drogas reflete essas tensões e desafios históricos, mas os ajustes e regulamentações, como o Decreto n. 9.761/2019, representam passos em direção a uma abordagem mais equitativa e humana.

Em resumo, a evolução da política de drogas no Brasil, contextualizada pelos principais eventos históricos, sociopolíticos, econômicos e culturais, demonstra como as desigualdades raciais profundamente enraizadas moldaram e continuam a influenciar a abordagem do país em relação às drogas. O caminho em direção a políticas mais justas e inclusivas é um reflexo das lutas contínuas por igualdade no país.

2. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DE DROGAS SOB O ASPECTO CRIMINOLÓGICO – OBJETIVOS E A (IN)EFICIÊNCIA DA POLÍTICA DE REPRESSÃO

No cenário contemporâneo, dentre as temáticas polêmicas frequentemente discutidas na sociedade, as questões relacionadas ao consumo de substâncias entorpecentes ocupam um lugar de destaque. Apesar da complexidade dessas questões, há um aparente consenso baseado em um discurso generalizado de "lei e ordem", que sugere que a abordagem repressiva do sistema penal é a solução para combater o tráfico de drogas e crimes associados. Para entender o aspecto criminológico da legislação de drogas no Brasil, dentro de um contexto relativo à seletividade penal ligada à política de repressão praticada, é essencial examinar a teoria do rótulo/etiquetamento criminal/Labeling Approach.

Representando uma verdadeira revolução da ciência criminológica, a Teoria do Labeling Approach ou do etiquetamento promoveu uma grande mudança paradigmática no estudo do fenômeno criminal. Surgida nos anos de 1960, esta teoria abandonou o enfoque etiológico para dirigir sua preocupação para a própria definição de desvio (e quem tem o poder de definição) e para as consequências sofridas pelo sujeito rotulado como desviante. Para os teóricos desta corrente, não é possível compreender a criminalidade sem o exame da ação do sistema penal, desde a definição de suas regras abstratas até a ação das instâncias oficiais de reação social, as quais são um dos focos de estudo desta teoria.

Um das principais ideias extraídas dos estudos dessa corrente é a de que o desvio é um comportamento rotulado como tal, ou seja, um status social atribuído ao indivíduo. A partir desta ideia, conclui-se que a criminalidade seria uma construção social e não uma realidade objetiva, pré-concebida. Passa-se a indagar, em consequência, por que a algumas pessoas é atribuído esse status de criminoso e a outras, a despeito de praticarem crimes até mais danosos, não. Nesse contexto, essa teoria parte da perspectiva de que estereótipos são formados, delineando quem é considerado um "criminoso" que se encaixa no estereótipo criado, enquanto outros tipos de delinquentes (como os praticantes de crimes de colarinho branco ou infrações de trânsito) são negligenciados (Zaffaroni, 2012 p. 130).

A essa atribuição de comportamento rotulado como desviante dá-se o nome de criminalização, cujo processo se manifesta em pelo menos dois estágios distintos: a criminalização primária e a criminalização secundária. A criminalização primária diz respeito

à criação das normas penais, onde são definidos os comportamentos proibidos, bem como as características e as penalidades associadas. Em muitas situações, essas definições também são influenciadas pelas percepções da sociedade em geral, ou seja, pelo senso comum (Andrade, 2002, p. 208).

Já a criminalização secundária ocorre quando a lei é aplicada na prática, envolvendo a atuação da polícia e outros órgãos que selecionam os indivíduos a serem indiciados e, posteriormente, julgados com sanções penais pelo sistema judicial. A criminalização secundária diz respeito à aplicação das normas penais pelos órgãos de persecução penal, com destaque para a atuação policial nesse processo. É nesse estágio que ocorre a rotulação do indivíduo como desviante, podendo variar desde uma simples rejeição social até o encarceramento em prisões ou internações em instituições de saúde mental (Andrade, 2003a, p. 208). O estigma associado à delinquência pode resultar em uma mudança de identidade, mantendo o indivíduo preso ao papel social imposto pela estigmatização (Baratta, 2002, p. 90). A seletividade nesse processo pode ser quantitativa e/ou qualitativa, envolvendo a escolha dos crimes a serem investigados e das pessoas a serem rotuladas como criminosas (Bissoli Filho, 2002, p. 78-79).

Feitas as considerações acerca do processo de criminalização, baseado na teoria do etiquetamento social, passa-se à análise sob o aspecto criminológico da Lei 11.343/2006, que trata das políticas de drogas no Brasil. A lei, quando analisada sob a perspectiva criminológica da teoria do etiquetamento social, revela aspectos importantes relacionados à criminalização primária e secundária, bem como à seletividade penal, especialmente no que diz respeito à questão racial. Quanto à fase primária da criminalização, nota-se que a lei tem uma abordagem predominantemente repressiva, refletida nas consequências legais das infrações relacionadas às drogas, como a criminalização do consumo de entorpecentes (art. 28) e a pena mínima de cinco anos de reclusão para o tráfico (art. 33), apenas um ano a menos do que a pena mínima para homicídio simples. Além disso, a lei utiliza critérios que enfatizam a responsabilidade individual do autor (art. 42) e limita a aplicação de medidas despenalizadoras e a redução do encarceramento (art. 44), embora o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a inconstitucionalidade de alguns de seus dispositivos.

Ainda sobre o momento da delinquência primária, a análise quanto aos objetivos da lei antidrogas revela os principais fins perseguidos pelo legislador (e em última análise, pela sociedade) são: a) Repressão ao Tráfico e Produção de Drogas - A lei busca reprimir o tráfico

de drogas e a produção de substâncias ilícitas, considerando-os crimes graves. O objetivo é reduzir a oferta de drogas no mercado e combater o crime organizado envolvido nesse comércio, em alinhamento com os tratados internacionais relacionados ao combate ao tráfico de drogas dos quais o Brasil faz parte; e b) Prevenção e Redução do Uso de Drogas - além da repressão, a lei visa à prevenção e à redução do consumo de drogas por meio de medidas de conscientização e tratamento para dependentes químicos. Essa abordagem inclui a perspectiva de saúde pública, que embora tenha avançado, ainda corresponde a uma evolução tímida na prática quando comparada à política de repressão.

Entretanto, é no momento da criminalização secundária que a seletividade penal e o conteúdo predominantemente discriminatório da Lei nº 11.343/06 são evidenciados. A aplicação da Lei de Drogas tem sido marcada pela seletividade penal, na qual determinados grupos sociais, especialmente pessoas pertencentes a minorias étnicas, são mais suscetíveis a serem criminalizados e sofrerem penas mais severas. A população negra e afrodescendente é desproporcionalmente afetada pela aplicação da lei, com taxas de prisão mais altas em comparação com a população branca. Isso reflete uma injustiça racial significativa no sistema de justiça criminal, levantando preocupações sobre discriminação e preconceito racial. E quando se adicionam dados sobre o uso das prisões cautelares para fins não previstos em Lei, tal como quando justificadas sob fundamentos como o clamor público ou gravidade do delito, a seletividade penal atrelada à política de repressão às drogas fica ainda mais latente.

Essa seletividade também tem o potencial de criar um ciclo de criminalização e marginalização, em que aqueles que já têm registros criminais enfrentam maiores obstáculos na busca por emprego, habitação e reintegração social, em clara demonstração dos efeitos da criminalização secundária. A atuação do sistema penal, especialmente no que diz respeito às penas privativas de liberdade e prisões provisórias, determina uma concretização do estigma e pressionam o sujeito no ingresso da carreira criminoso (Baratta, 2002, p. 90).

A Lei nº 11.343/06 completou recentemente quinze anos de vigência, o que justifica a necessidade de uma avaliação abrangente de seu impacto no sistema penal, sobretudo em relação à parte da população mais atingida por essa política, buscando-se alternativas de controle social menos discriminatórias e estigmatizantes no contexto das drogas no país. Os efeitos desse contexto legal, agravados pela mentalidade punitiva dos juízes e tribunais brasileiros, são evidenciados pelas estatísticas do SISDEPEN – Sistema Nacional de

Informações Penais. O último relatório, com dados de janeiro a junho de 2023, revela que 28,29% dos detentos no Brasil foram aprisionados por crimes relacionados às drogas. Além disso, os dados extraídos do SISDEPEN também revelaram que 67,78% das pessoas presas se declararam pardas ou pretas, bem como que do total de presos no país, 27,96% são provisórios.

Em resumo, mais de um quarto da população carcerária do país, conforme relatório do SISDEPEN, estava encarcerada devido à repressão às drogas. As razões para esse fenômeno punitivo são complexas e não podem ser facilmente respondidas. No entanto, este trabalho se concentra na dinâmica das prisões cautelares de pessoas negras, relacionadas aos crimes de drogas, especificamente na coleta de dados divulgados pelos sistemas de informações penitenciárias, para entender como as estratégias de repressão utilizadas contribuem para a realidade do sistema de justiça criminal. A hipótese explorada sugere que os órgãos de segurança pública otimizam a repressão no contexto das drogas, explorando a vulnerabilidade dos suspeitos, que são alvos preferenciais do sistema penal devido à sua posição social e econômica precária, o que limita seu acesso aos recursos necessários para garantir seus direitos fundamentais, principalmente na etapa pré-processual.

Portanto, a aplicação da Lei de Drogas no Brasil, sob a perspectiva do etiquetamento social, evidencia preocupações significativas relacionadas à seletividade penal e às disparidades raciais. Esses fatores podem contribuir para a perpetuação de desigualdades e a estigmatização de comunidades marginalizadas, enfraquecendo os objetivos de prevenção e tratamento da lei. Assim, é essencial considerar esses aspectos criminológicos ao analisar a eficácia e o impacto da legislação de drogas no país.

3. LEI Nº 11.343/06 NA PRÁTICA – SELETIVIDADE NA APLICAÇÃO DA LEI PENAL ANTIDROGAS

A Lei nº 11.343/06, conhecida como a Lei de Drogas, foi um marco na legislação brasileira no que diz respeito ao tratamento legal das drogas e das pessoas envolvidas com seu uso e tráfico. No entanto, ao longo dos anos, tornou-se evidente que essa legislação tem tido efeitos desproporcionais sobre a população negra do Brasil⁷, revelando uma seletividade penal que perpetua desigualdades raciais e sociais.

A seletividade penal é um fenômeno no qual certos grupos sociais são mais propensos a serem presos e condenados do que outros, mesmo que a taxa de envolvimento com crimes seja similar entre esses grupos. No contexto da Lei de Drogas, essa seletividade é alarmante, especialmente quando analisamos as estatísticas que indicam que pretos e pardos são as principais vítimas, representando cerca de 66% dos réus em processos relacionados à Lei de Drogas na Justiça Estadual.⁸

Confirmando a seletividade relacionada à política de repressão aos crimes relacionados à Lei Antidrogas, a pesquisa “Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas, divulgada pelo SENAD – Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada”, revelou que a maioria dos processados por tráfico de drogas tem baixa escolaridade, é negro e portava pequena quantidade de drogas (IPEA, 2023).

Conforme entrevista divulgada por Beatriz Borges, do canal G1:

Segundo o Ipea, no caso da Justiça Federal, todos os processos ligados à Lei de Drogas foram analisados. Já na Justiça Estadual, foi realizada a chamada pesquisa por amostragem, com análise de mais de 5 mil processos, em um universo de mais de 40 mil réus.

⁷ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Número de réus negros em crimes por tráfico de drogas no Brasil é duas vezes superior ao de brancos.** Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/14107-numero-de-reus-negros-em-crimes-por-trafico-de-drogas-no-brasil-e-duas-vezes-superior-ao-de-brancos>>. Acesso em: 02 nov. 2023.

⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas:** relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12376/1/RI_Perfil_producao_provas.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

A pesquisa pretende fazer um diagnóstico sobre a aplicação da legislação contra o tráfico de drogas no país e, segundo a secretária Nacional Políticas sobre Drogas, Marta Machado, permitiu vislumbrar um perfil comum dos réus.

‘Os casos de tráfico de drogas focam em pequenos traficantes ou pessoas que até mesmo são usuárias. O perfil do processado é de baixa escolaridade, pequena quantidade de droga apreendida, sem porte de arma, a maioria não branco, e mostra esse padrão de atuação do sistema de justiça criminal, especialmente o sistema de Justiça Estadual, em que 84% dos casos não são fruto de investigação’, afirmou Marta.⁹

3.1 Lei Nº 11.343/06 na Prática – A problemática das abordagens policiais baseadas na cor da pele do “suspeito”

Um dos principais problemas é a abordagem policial, que muitas vezes é marcada por estereótipos e preconceitos raciais. Negros são frequentemente alvos de abordagens mais agressivas e baseadas em suspeitas infundadas, aumentando a probabilidade de serem detidos por posse de drogas. Além disso, durante o processo judicial, há uma tendência de que pessoas negras sejam mais severamente penalizadas em comparação com seus pares brancos, resultando em penas mais longas e menos oportunidades de reabilitação.¹⁰

Para ilustrar a questão sobre a abordagem policial, cuja busca pessoal se baseia na maioria das vezes em suspeitas inexistentes ou duvidosas, o presente trabalho remeterá à pesquisa realizada pelo IDDD – Instituto de Defesa do Direito de Defesa e Data_Labe, nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, a qual revelou que 8 (oito) em cada 10 (dez) pessoas negras já foram abordadas pela polícia, enquanto que entre as pessoas brancas, duas em 10 se lembram de ter passado pelo procedimento.

A pesquisa “Por que eu?”¹¹ realizou um levantamento em que foram ouvidas 1.018 pessoas entre maio e junho de 2021, no Rio de Janeiro (510) e em São Paulo (508), e, segundo o relatório, compilado entre junho de 2021 e junho de 2022, nos dois estados pesquisados, a probabilidade de um indivíduo negro ser submetido a uma abordagem policial é 4,5 vezes maior

⁹ Negros são 66% dos réus em processos da Lei de Drogas na Justiça Estadual, diz pesquisa. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2023/09/22/negros-sao-66percent-dos-reus-em-processos-da-lei-de-drogas-na-justica-estadual-diz-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 28 out. 2023.

¹⁰ Em 2014, no relatório do Conectas (Mapa das Prisões), foram apresentados resultados próximos no universo penitenciário brasileiro: “As políticas de encarceramento que inflam tão rapidamente todos esses números atingem uma parcela da população com perfil bem específico: mais de 60% dos detentos são pretos ou pardos, 74% têm menos de 35 anos e 70% não superaram o ensino fundamental”. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/mapa-das-prisoas/>>. Acesso em: 28 out. 2023.

¹¹ Por que eu? Como o racismo faz com que as pessoas negras sejam o perfil alvo das abordagens policiais. Disponível em: <<https://iddd.org.br/por-que-eu-como-o-racismo-faz-com-que-as-pessoas-negras-sejam-o-perfil-alvo-das-abordagens-policiais/>>. Acesso em: 28 out. 2023.

do que para uma pessoa branca. Especificamente entre os negros que afirmaram terem sido abordados mais de 10 vezes, a incidência foi mais do que o dobro em comparação aos entrevistados brancos, com 19,1% dos negros e 8,5% dos brancos nessa categoria.

A pesquisa também revelou que durante essas abordagens, a raça/cor dos indivíduos negros foi mencionada de forma explícita por agentes de segurança pública em uma proporção muito maior do que no caso dos brancos. Enquanto 46% dos negros ouviram referências diretas à sua raça/cor, apenas 7% das pessoas brancas tiveram sua raça/cor mencionada durante as abordagens.

Em trecho da referida pesquisa, destaca-se o seguinte excerto:

“Nesse sentido, para o IDDD, o problema do racismo nas abordagens policiais, além de suas causas estruturais, encontra condição de possibilidade, em sentido estritamente jurídico, no artigo 244 do Código de Processo Penal (CPP). Tal dispositivo autoriza a busca pessoal desde que haja “fundada suspeita” de que o indivíduo esconda armas ou ilícitos. A legislação, entretanto, não especifica quais situações concretas estão sob o guarda-chuva de um conceito tão impreciso, o que faz com que a decisão sobre quem, quando, onde e por que abordar seja, assim, deixada nas mãos dos agentes de segurança pública.

É a noção de “fundada suspeita” que dá verniz legal à possibilidade de que as abordagens sem mandado judicial sejam orientadas pelos mesmos estereótipos presentes no senso comum de uma sociedade profundamente marcada pelo racismo, como é a nossa. O vácuo em termos de critérios legais para o estabelecimento da suspeição criminal conduz à percepção de que há urgência na definição de parâmetros mínimos, bem como necessidade de que o Judiciário passe a exigir justificativas objetivas dos agentes sobre como a suspeita foi construída e consolidada.

Hoje, as abordagens são um terreno fértil para todo tipo de método opaco de identificação de suspeitos, uma vez que os critérios, caso existam efetivamente, não são de conhecimento público. O poder exercido pela polícia, entretanto, lhe foi delegado pela sociedade e esta deveria ter o direito de exercer algum controle sobre as atividades daquela. Sem limites explícitos quanto aos critérios de abordagem, para membros de grupos sociais super vigiados como a juventude negra, as buscas pessoais transformam-se também em portas de entrada para o sistema de justiça criminal que, por sua vez, tende a validar – e, portanto, tornar jurídica e socialmente legítimas – prisões que são, na verdade, ilegais. Além disso, tribunais brasileiros têm conferido peso extra ao testemunho policial, como se este, diferentemente de qualquer outro, não estivesse submetido aos vícios do processo de produção de provas testemunhais, inclusive no que tange à falibilidade das provas dependentes da memória.

Parte das detenções num país com cerca de 800 mil pessoas presas resulta de abordagens que se iniciam sem amparo legal. E, mesmo que sejam encontrados ilícitos, esses objetos jamais poderiam ser admitidos como provas no processo penal, já que são obtidos partindo de suspeitas sem sólida fundamentação ou em decorrência de algo ainda mais grave: a discriminação. Este é o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) que, em 2020, condenou o Estado argentino por duas prisões ilegais ocorridas em 1992 e 1998, em Buenos Aires. O julgamento do caso Fernández Prieto & Tumbeiro vs. Argentina, no qual o IDDD participou como amigo da corte, diz respeito a detenções após abordagens policiais justificadas apenas por “atitude suspeita” (o equivalente de “fundada suspeita” por lá). Nas duas situações, os registros das detenções carecem de detalhamento elementar sobre a motivação das abordagens. No primeiro caso, a falta de justificativas foi total.

Com relação ao segundo, os policiais alegaram que o “estado de nervosismo” do acusado gerou suspeita, além da incompatibilidade entre seus trajes e o local onde tudo aconteceu.

Mesmo que tenham sido encontrados objetos ilícitos com ambos os réus, suas prisões foram consideradas ilegais pela Corte IDH. A condenação da Argentina tem como consequência o estabelecimento de um parâmetro a ser seguido por todos os países submetidos à jurisdição do tribunal internacional – o que inclui o Brasil. Isso quer dizer que essas nações devem delimitar e especificar as situações, em que vale a chamada “fundada suspeita”, como justificativa para fazer buscas a pessoas e veículos. Assim, quando legisladores e o sistema de justiça reiteradamente se recusam a adotar tais balizas, nada mais fazem do que estimular buscas pessoais massivas e discriminatórias por parte da polícia.” (IDDD, 2022).¹²

O levantamento mencionado aborda a permissão legal do Código de Processo Penal para a realização de abordagens e buscas, com fundamento nos artigos 240¹³ e 244¹⁴ do CPP, definindo o procedimento como “*a atividade através da qual os policiais, por meio de ação direta e pessoal, buscam identificar, prender e/ou investigar uma pessoa suspeita de ter cometido ou de vir a cometer uma ação considerada crime*”¹⁵. O artigo continua informando que:

“Embora estes dispositivos legais tragam poucos elementos a respeito de como as abordagens devem ser feitas na prática, o artigo 244 determina que, mesmo sem mandado, o policial pode realizar buscas (pessoais), desde que haja “fundada suspeita”. O termo atribui ampla margem de arbitrariedade ao poder de polícia, de modo que seu sentido real é construído no cotidiano da atuação policial nas ruas, nos becos, nas vielas e também nas áreas rurais. Assim, “[...] mesmo que haja diretrizes legais, referências técnicas ou manuais operacionais, é com base na prática que o policial toma as decisões sobre abordar ou não abordar” (IDDD, 2022).

E segue:

“Do ponto de vista formal, qualquer pessoa estaria sujeita a ser abordada por um policial, independente do gênero, da orientação sexual, do local de moradia ou da identidade racial. No entanto, o que organizações da sociedade civil têm denunciado

¹² Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD. **Por que eu?** Data_labe, 2022. Disponível em: <<https://datalabe.org/relatorio-por-que-eu/>>. Acesso em: 28 out. 2023.

¹³ Art. 240. A busca será domiciliar ou **pessoal**.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando **fundadas razões** a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver **fundada suspeita** de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f* e letra *h* do parágrafo anterior.

¹⁴ Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver **fundada suspeita** de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

¹⁵ Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, *op. cit.*, 2022.

e pesquisas têm revelado há décadas é a persistente seletividade das abordagens policiais que, com frequência, elegem preferencialmente pessoas negras. Esta seção oferece um panorama com diferentes leituras sobre o problema da seletividade nas abordagens policiais no Brasil, país que sofre com os efeitos do racismo, aqui entendido como um sistema de pensamento e um conjunto de práticas que produzem uma distribuição desigual de direitos em função do pertencimento racial dos cidadãos.” (IDDD, 2022).

O estudo mencionado ainda destaca a atuação do Judiciário e do Ministério Público no controle da atividade policial, principalmente quanto a validade e licitude das provas obtidas a partir das abordagens policiais baseadas na “fundada suspeita” em comento, das quais resultaram em prisões de suspeitos ou investigados relacionados a crimes da Lei de Drogas. Nesse sentido, o artigo cita os seguintes casos de controle judicial sobre abordagens abusivas:

“Um desses exemplos é proveniente de um Recurso em Habeas Corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que decidiu pelo trancamento de ação penal. No caso, os acusados haviam sido presos em flagrante e denunciados por tráfico de drogas. Ainda que objetos ilícitos tenham sido encontrados pelos policiais, a conclusão da corte foi de que, por não terem sido apresentadas justificativas palpáveis que fundamentassem a suspeita, as provas materiais do delito (drogas) não poderiam ser consideradas no processo, já que a justificativa apresentada para a abordagem não era razoável. Sendo assim, os acusados não poderiam ser processados criminalmente. Outro exemplo é o julgamento de Recurso em Sentido Estrito, de autoria do Ministério Público (MP) pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O recurso buscava reverter uma decisão que havia relaxado uma prisão em flagrante, também por tráfico. No acórdão (decisão tomada em conjunto por uma turma de desembargadores da corte, após votação), os desembargadores negaram provimento ao recurso do MP, por entenderem que a fundada suspeita não pode ser baseada em argumentos genéricos e não pode ser justificada a posteriori em razão de ter sido encontrado algum objeto ilícito. Segundo a decisão, a fundada suspeita não se configura “apenas com objetivos genéricos de apreender qualquer eventual corpo de delito que venha a ser eventualmente encontrado, de forma aleatória, ao fundamento de realizar a ‘prevenção ao tráfico ilícito de drogas’”. (IDDD, 2022).

Em sequência, o artigo cita um último caso:

“Em abril de 2022, num quarto caso, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu por unanimidade conceder um habeas corpus e trancar uma ação penal por tráfico de drogas por considerar que não houve, nos termos da lei (artigo 244 do CPP), fundada suspeita que motivasse uma abordagem que culminou em processo movido pelo MP. A situação aconteceu em Vitória da Conquista, na Bahia, onde policiais militares revistaram um homem por entenderem que ele apresentava ‘atitude suspeita’, encontrando em sua posse porções de maconha e cocaína, além de uma balança digital. Em seu voto, o ministro Rogério Schietti Cruz afirma que ‘O fato de haverem sido encontrados objetos ilícitos – independentemente da quantidade – após a revista não convalida a ilegalidade prévia, pois é necessário que o elemento “fundada suspeita” seja aferido com base no que se tinha antes da diligência. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida.” (IDDD, 2022).

Após coletar relatos de pessoas selecionadas para a amostra da pesquisa, o estudo conclui que “O conjunto dos relatos nos permite acessar como se dá na prática a filtragem racial na seleção de quem é considerado suspeito pelas polícias, os efeitos das escolhas institucionais da polícia na experiência das pessoas negras e os impactos da política de drogas no dia a dia da população”, política essa que foi considerada a pior do mundo em 2021¹⁶.

O assunto abordado no presente capítulo possui extrema relevância no cenário jurídico nacional, chegando à mais alta Corte do país, na qual encontra-se em julgamento o Habeas Corpus nº 208.240¹⁷, ação em que se discute a licitude de provas geradas por abordagem policial motivada pela cor da pele. O caso concreto que motivou o julgamento envolve um homem negro condenado a quase 8 anos de prisão por tráfico de drogas depois de ser flagrado com 1,53 grama de cocaína. Embora a análise se dê em um habeas corpus, a decisão pode servir como um importante precedente sobre o tema (CONJUR, 2023).

Por enquanto, o placar do julgamento dos ministros está em 3 a 1 em favor da divergência aberta pelo ministro André Mendonça. Para ele, embora provas colhidas em abordagens discriminatórias não devam ser admitidas, não há indicativo de que houve perfilamento racial no caso concreto. O magistrado foi acompanhado por Alexandre de Moraes e Dias Toffoli (CONJUR, 2023).

Conforme esclareceu o Ministro Relator Edson Fachin, o Código de Processo Penal impõe que a busca pessoal só deva ser feita quando houver "fundada suspeita", não se admitindo abordagens policiais fundamentadas só em critérios de raça, cor ou aparência física. Nos termos do Voto condutor¹⁸, “o fato de a busca pessoal resultar em objetos ilícitos ou que constituam o

¹⁶ *Ranking* produzido pelo projeto Harm Reduction Consortium do International Drug Policy Consortium, em 2021, com dados de 30 países. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2021/11/global-drug--polcy-index.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

¹⁷ O Habeas Corpus (HC) 208240 foi impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de Francisco Cicero dos Santos Júnior, condenado por tráfico de drogas por portar 1,53 gramas de cocaína. A abordagem policial ocorreu em Bauru (SP), em 30/5/2020, às 11h, quando Francisco estava em pé, parado ao lado de um carro. A Defensoria sustenta que o auto de prisão em flagrante que resultou na condenação é nulo, porque a busca policial foi baseada em filtragem racial, ou seja, fundada essencialmente na cor da pele do suspeito. Esse motivo não poderia configurar elemento concreto de desconfiança do agente de segurança pública. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503355&ori=1>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal - STF. **Voto do Relator no Habeas Corpus (HC) 208240**. São Paulo, 2023, p. 6-7. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/HC208240.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

corpo de delito não torna a revista lícita. O resultado da busca pessoal nesse sentido é irrelevante para a caracterização de sua licitude. O necessário para conferir legitimidade à busca pessoal é a existência de justa causa anteriormente à realização da medida, ainda que essa resulte infrutífera” (STF, 2023, p. 16), disse.

O relator também ressaltou o papel da sociedade, do sistema de Justiça e das forças policiais para impedir comportamentos que, consciente ou inconscientemente, atribuem a pessoas negras sentidos negativos baseados em estereótipos “que os situam como sujeitos supostamente criminosos.” (*Ibid.*, p. 16).¹⁹

Neste sentido, o Relator declara que “O sistema de Justiça ainda não deu mostras de que desativou a rede de estereótipos que atribui aos corpos negros sentidos sociais negativos que legitimam violências, inclusive estatais, como é o caso inequivocamente do encarceramento em massa de pessoas negras. É preciso fazer o registro de que o elemento raça acaba sendo, nesse contexto perverso, utilizado para a distinção dos sujeitos vítimas da letalidade das atividades policiais.” (*Ibid.*, p. 16).²⁰

Assim, o ministro propôs a fixação da seguinte tese:

A busca pessoal, independentemente de mandado judicial, deve estar fundada em elementos concretos e objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização de medida com base na raça, cor da pele ou aparência física; A busca pessoal sem mandado judicial reclama urgência para a qual não se pode aguardar uma ordem judicial; Os requisitos para a busca pessoal devem estar presentes anteriormente à realização do ato e devem ser devidamente justificados pelo executor da medida para ulterior controle do Poder Judiciário (STF, 2023. p. 21).²¹

Quando se direciona o debate da seletividade na aplicação da lei penal antidrogas, a qual inicia com abordagens baseadas em suspeitas infundadas, conforme mencionado no presente tópico, a situação fica ainda pior, isto sem considerar consequências piores para os negros do que o encarceramento, tais como mortes provocadas em razão da política “guerra às drogas” adotada pelo país²², principalmente no estado do Rio de Janeiro, além de outras graves violações de direitos humanos.

¹⁹ *Ibid.*, p. 16.

²⁰ *Ibid.*, p. 16.

²¹ *Ibid.*, p. 21.

²² Segundo o anuário de segurança pública de 2021, em 2020, foram 6.416 mortos em intervenções policiais,

3.1.1 A centralidade do fator racial na distinção entre usuário e traficante de drogas decorrente da subjetividade excessiva da Lei 11.343/06

Aliada às abordagens policiais seletivas e discriminatórias, baseadas em suspeitas infundadas em que o fator racial prevalece, conforme abordado no tópico anterior, surge a subjetividade decorrente da hermenêutica dos dispositivos legais da Lei de Drogas na distinção entre usuários e traficantes, dando margem a uma discricionariedade excessiva das autoridades do sistema penal brasileiro em definir e tipificar a conduta do suspeito como uso pessoal de entorpecente ou como tráfico de drogas.

Sabe-se que a antiga lei de drogas (Lei nº 6.368/76) punia o crime de uso de substâncias entorpecentes ilícitas com pena privativa de liberdade, em total desconexão com os ditames constitucionais. Contudo, a nova lei de 2006, apesar de utilizar critérios mais brandos na penalização do usuário, acaba por ocasionar um processo discriminatório na diferenciação de usuário ou traficante, já que os critérios subjetivos dispostos no § 2º, art. 28²³, da atual Lei de Drogas levam em conta o local e às condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais e pessoais do indivíduo. Ou seja, o preto e pobre de periferia, estigmatizado socialmente, já está em situação de completa desigualdade quando decide, por exemplo, comprar uma substância ilícita e é abordado pela polícia, haja vista que o lugar em que ele reside já é taxado pela sociedade como local de intenso tráfico de drogas (VITORIA, 2022).

Em que pese tenha abrandado o tratamento penal para o usuário de drogas, em contrapartida, a mesma norma endureceu, em seu artigo 33²⁴, as penas atribuídas ao traficante de drogas, aumentando a pena mínima de reclusão de três para cinco anos, além de significativo aumento nos valores mínimos e máximos da pena de multa (MARCELLE, 2020).

precisamente 78,9% eram vítimas identificadas como negras. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/15/no-de-mortos-pela-policia-em-2020-no-brasil-bate-recorde-50-cidades-concentram-mais-da-metade-dos-obitos-revela-anuario.ghtml>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

²³ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...) § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

²⁴ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

A falta de objetividade na qualidade dos quesitos a serem analisados pelo juízo permite a discricionariedade nas abordagens policiais e no julgamento dos casos concretos, implicando em injustiças e na seletividade na incriminação de uma grande massa de vulneráveis, sendo em sua maioria jovens (com menos de 28 anos), pobres, negros ou pardos e de baixa escolaridade, comumente os que vivem nas periferias das grandes cidades (MARCELLE, 2020).

Denota-se, portanto, que a seletividade penal em discussão se faz presente principalmente em razão da falta de um critério objetivo para a distinção de usuário e traficante, ao passo que a subjetividade que emana do § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 abre margem para a arbitrariedade no momento da apreensão feita pela Polícia Militar, que contamina o Inquérito Policial, a denúncia e o julgamento feito pelo Magistrado, afetando em sua maioria os jovens pretos e pobres residentes de bairros periféricos, tidos como locais comumente conhecidos como de intenso tráfico de drogas. (VITORIA, 2022 *apud* Carvalho, 2007).

Vale frisar que o critério (ou a falta dele) utilizado para determinar se o dolo é de uso ou é de tráfico permite todo o tipo de arbitrariedades. Pois está propenso à construção do estereótipo criminal, na medida em que o juiz atentará além da quantidade da droga, para as circunstâncias sociais e pessoais, bem como, para a conduta e os antecedentes criminais. Desse modo, certos indivíduos estarão mais propensos a serem pinçados pelo tipo penal do tráfico, em função de sua condição social (VITORIA, 2022 *apud* Carvalho, 2007, p. 13), em claro efeito da criminalização secundária explorado em tópico antecedente.

Com efeito, a subjetividade da Lei de Drogas para diferenciar usuários de traficantes abre margem para uma maior discriminação no procedimento de persecução penal, em que o fator racial se sobressai. Nesse contexto, considerando que pessoas negras são mais abordadas que pessoas não negras, a atuação policial ganha relevo, ocorrendo uma supervalorização do testemunho do agente de polícia no processo judicial²⁵, testemunho este viciado pela abordagem

²⁵ Num estudo da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, de 2018, no qual foram analisadas 3.735 sentenças em 2.591 processos de tráfico de drogas na Região Metropolitana do estado, concluiu-se que em 94,95% (n=3.546) dos casos houve o depoimento de algum agente de segurança, ainda que acompanhado de demais testemunhas. Em 62,33% (n=2.328) dos casos, o agente de segurança foi o único a prestar depoimento no processo. Em 53,79% (1.979), o depoimento do agente de segurança foi a principal prova valorada pelo juiz para fundamentar a sentença. Em 2019, o IDDD publicou um relatório nacional sobre audiências de custódia no qual foram analisados 2.774 casos de nove estados (Alagoas, Bahia, Distrito Federal, Minas Gerais, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo). Em 55,6% (n=1.542) dos casos, a única versão registrada era dos policiais que efetuaram a detenção. Se considerados apenas os casos de tráfico de drogas, o número sobe para 90%. Disponível em: <<https://datalabe.org/relatorio-por-que-eu/>>. Acesso em: 06 nov. 2023.

seletiva e discriminatória, tendente a atribuir ao suspeito negro a conduta tipificada no art. 33 da Lei de Drogas.

Nesse sentido, “observa-se que há uma ampla liberdade de flagrante conferida aos policiais, que através de critérios subjetivos, crivados de princípios morais, discriminam quem tem o “perfil” de traficante e quem é somente usuário, o que resulta comumente em prisões arbitrárias, flagrantes forjados e detenção sistemática de pessoas com antecedentes criminais.” (MARCELLE, 2020).

Sobre a supervalorização do testemunho policial, Semer (2019, p. 265) ressalta que o fator irrisório da investigação e a centralidade das abordagens motivadas pelo policiamento de rua constroem as condicionantes para a “seletividade do processo penal”, ancorada numa reprodução sobre as características dos suspeitos que são conduzidos às delegacias.

O processo judicial reencontra os mesmos personagens do momento da prisão em flagrante – que é quase absoluta no início do inquérito policial. As inovações desse quadro também não são muito frequentes – seja em relação aos atores, seja às suas explicações. Essas convergências nos ajudam a entender, sobretudo, a seletividade, ou seja, contra quem o direito penal é posto em movimento (Semer, 2019, p. 265).

A subjetividade do critério adotado tem sido alvo de diversas críticas por parte daqueles que operam e estudam o sistema de justiça criminal brasileiro. Uma pesquisa sobre o perfil do condenado por tráfico de drogas, realizada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) em conjunto com a Universidade de Brasília (UnB) em 2008, sob coordenação da professora Luciana Boiteux²⁶, apontou, como uma falha da lei, os amplos poderes concedidos ao policial para optar entre a tipificação do uso e do tráfico, diante da falta de critérios objetivos. Esta subjetividade faz com que, muitas vezes, uma pessoa seja considerada traficante em razão do local onde foi abordada, mesmo estando sozinha e com pequena quantidade de droga.

Assim, considerando os dados que indicam maior incidência de abordagens infundadas sobre negros, a falta de critérios legais objetivos para diferenciação de usuário e traficante, além da supervalorização do testemunho policial nos processos penais que tratam de crimes da Lei de Drogas, é possível afirmar que o fator racial assume um papel central em todas as fases do

²⁶ Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/197/186>>. Acesso em: 06 nov. 2023.

procedimento de persecução penal, desde o momento da abordagem policial, eventual prisão em flagrante e posterior conversão em prisão preventiva, até o julgamento do mérito do processo.

O assunto é tão controverso que a situação, qual seja, a falta de critério objetivo da lei de Drogas que evidencia a preponderância do fator racial na diferenciação de condutas de uso e tráfico de drogas, chamou atenção dos Ministros da Corte Suprema brasileira, em que está em julgamento Recurso Extraordinário paradigmático no mundo jurídico-penal brasileiro, qual seja, o RE nº 635659²⁷, no qual se discute a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, destacando-se o seguinte excerto extraído do voto do Exmo. Ministro Alexandre de Moraes:

“[...] No Brasil, a redação do §2º do artigo 28 da Lei de Drogas concede grande margem de discricionariedade à autoridade policial, ao Ministério Público e, finalmente, à autoridade judicial para a definição de a droga destinava-se a consumo pessoal ou à traficância. Em que pese a legislação referir-se que “para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”, na maioria dos casos, esses critérios são insuficientes para reduzir a discricionariedade do agente público.

Logicamente, não há dúvidas sobre configurar tráfico de entorpecentes, a apreensão de 100 quilos de pasta de cocaína, juntamente com éter e demais substâncias próprias para seu refino, em depósito guardado por pessoas fortemente armadas.

Do mesmo modo, não há dúvidas sobre configurar porte para uso próprio a apreensão de dois cigarros de maconha com um universitário saindo de uma festa da Faculdade.

[...]

Há, portanto, a necessidade de ponderar-se de maneira razoável e equilibrada na utilização de vários critérios objetivos, entre eles a quantidade da droga apreendida, porém não como critério absoluto, mas sim como ponto de partida na análise policial e, principalmente, judicial no momento de manter a prisão em flagrante realizada por tráfico de drogas. Como apontado no citado estudo de jurimetria, “o European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA) e a Global Commission on Drug Policy defendem a elaboração de critérios objetivos (on Drug Policy, 2016; Walsh, 2008).

Os defensores dos critérios objetivos sugerem que o critério pode ser usado como um apoio, não de forma literal”. Analisando as “quantidades medianas dos entorpecentes apreendidos em ocorrências por porte para uso e para tráfico no estado de São Paulo”, à partir, das já citadas 656.408 (seiscentas e cinquenta e seis mil, quatrocentos e oito) ocorrências entre 2003 e 2017, além de 556.613 apreensões distintas e 2.626.802 pessoas envolvidas como suspeitos, testemunhas ou terceiros, o estudo da Associação brasileira de jurimetria apontou que, em média, a caracterização de porte para uso atingia 1,7 gramas de cocaína, 1 grama de crack e 2 gramas de maconha. Isso em média. Para caracterizar o tráfico de entorpecentes, a média foi de 20 gramas de cocaína, 9 gramas de crack e 32,6 gramas de maconha. Mas conforme citado acima,

²⁷ **Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal - RE 635659 - Recurso extraordinário**, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator: Min. Gilmar Mendes.

em diferentes delegacias da Capital de São Paulo a variação de quantidade ocorre de forma discricionária.

Isso demonstra que a fixação de um único critério objetivo – quantidade de droga – para a diferenciação entre usuário e traficante poderia resultar em dois problemas: (1) a inversão do ônus da prova, ou seja, o usuário flagrado com uma quantidade superior à fixada deveria demonstrar que não é traficante, em flagrante contrariedade ao princípio da presunção de inocência; (2) aumento do nível de impunidade e incentivo ao aumento de pequenos traficantes, para que cada um portasse a quantidade definida em lei como caracterizadora de porte para uso próprio.

Não se deve, entretanto, dispensar-se a quantidade de droga apreendida como um importante critério para auxiliar na diferenciação entre o usuário e o traficante, mesmo porque a excessiva discricionabilidade das autoridades públicas na tipificação entre tráfico e porte para uso próprio tem uma outra consequência nefasta consistente em tratamentos diferentes para situações aparentemente iguais, levando-se em conta critérios de grau de instrução, idade e cor da pele.

Conforme o citado estudo da Associação brasileira de Jurimetria, as medianas das quantidades de drogas tipificadas como tráfico por grau de instrução variam consideravelmente no caso da apreensão de maconha.

[...]

No caso da cor da pele, as medianas são semelhantes. Mas é importante ressaltar a insuficiência desse dado em inúmeras ocorrências e a divisão entre “apenas brancos” e “pelo menos um negro”, o que impossibilitou a comparação direta entre “brancos” e “negros”.

Mesmo assim, é possível constatar que os jovens, em especial os negros (pretos e pardos), analfabetos são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas (maconha ou cocaína) do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior.

A necessidade de equalizar uma quantidade média padrão como presunção relativa para caracterizar e diferenciar o traficante do portador para uso próprio vai ao encontro do tratamento igualitário entre os diferentes grupos socioculturais, como medida de Justiça e Segurança Jurídica, diminuindo-se a discricionabilidade das autoridades públicas.

A ausência dessa previsão expressa no §2º do artigo 28 da Lei de Drogas, conforme demonstrou esse importante estudo, gerou uma previsão empírica por parte das autoridades policiais, posteriormente referendada pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, com medianas diferentes em virtude de critérios de grau de instrução, idade e cor da pele, sem qualquer razoabilidade.

A própria fixação da quantidade deve levar em conta um ponto de equilíbrio entre inverter o ônus da prova (o usuário precisar comprovar que não é traficante) e evitar a impunidade (o traficante adequar-se à quantidade para não ser preso em flagrante).

[...]²⁸

Portanto, é possível perceber, sem maiores esforços cognitivos, que a falta de critérios objetivos da legislação antidrogas para distinção das condutas de porte de drogas para consumo pessoal e tráfico de drogas, permite a atribuição de um poder discricionário excessivo à autoridade policial para diferenciação das citadas condutas no momento de lavratura do flagrante, viciando todo o procedimento da persecução penal. De tal situação decorrem inúmeros episódios de injustiça e graves distorções, permitindo-se o que o Ministro Alexandre de Moraes definiu como abuso policial seletivo, além de outros sérios problemas como

²⁸ CONJUR. **Voto-Vista Ministro Alexandre de Moraes Recurso Extraordinário 635.659**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

flagrantes nulos gerando prisões ilegais, encarceramento em massa, estigmatização do usuário, principalmente aqueles de pele preta ou parda, e todas as consequências provenientes do fenômeno da criminalização secundária.

4. PRISÕES PROVISÓRIAS E A POLÍTICA DE REPRESSÃO ANTIDROGAS – O SER E O DEVER SER

A prisão provisória é uma medida cautelar amplamente utilizada no sistema jurídico-penal brasileiro. O presente capítulo abordará a dogmática jurídico-penal das prisões provisórias no Brasil, considerando as perspectivas teóricas de destacados juristas, como Aury Lopes Junior, Junya Barletta, entre outros. Serão exploradas as diferenças entre a teoria e a prática penal no uso deste instituto, sobretudo no contexto de sua aplicação no combate às drogas, analisando como as interpretações doutrinárias influenciam, ou deveriam influenciar, a aplicação das prisões provisórias nos tribunais brasileiros.

Aury Lopes Junior, renomado doutrinador brasileiro, critica veementemente o uso excessivo das prisões provisórias. Segundo sua perspectiva, o princípio da presunção de inocência, consagrado na Constituição Federal, deve ser respeitado de forma irrestrita. Ele argumenta que a prisão provisória deve ser uma medida excepcional, utilizada apenas quando estritamente necessária para garantir a efetividade do processo penal. Lopes Junior defende a importância da fundamentação sólida e da presença de indícios concretos de autoria e materialidade do crime para justificar a prisão provisória.

Assim, para Aury Lopes Jr.:

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir. São medidas destinadas à tutela do processo.

[...]

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida 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.²⁹

[...]

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo. Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado (Lopes Jr., 2017, p. 581-600).

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 779.

Junya Barletta, por sua vez, enfoca a necessidade de políticas criminais mais humanizadas e em respeito aos tratados e convenções internacionais sobre o tema. Ela argumenta que a prisão provisória, além de violar a presunção de inocência, contribui para o agravamento da superlotação carcerária e para a perpetuação do ciclo de criminalidade, em evidente violação aos Direitos Humanos consagrados em âmbito internacional. Barletta destaca a importância de alternativas à prisão, como monitoramento eletrônico e medidas cautelares diversas, que podem ser mais eficazes e justas do que a privação da liberdade.

Para a autora (2019, p. 34),

O legislador brasileiro, quando prevê a possibilidade de prisão processual para garantir a ordem pública ou a ordem econômica, confere à mesma “objetivos reconhecidamente extraprocessuais”³⁰, que confrontam explicitamente o princípio constitucional de presunção de inocência. As expressões “garantia da ordem pública” e “garantia da ordem econômica”, de conteúdo vago, aberto, indeterminado, dão margem para que a prisão seja decretada para finalidades político-criminais próprias à pena.³¹ Valendo-se desta possibilidade, autorizada pela lei, a prisão provisória é decretada frequentemente com a finalidade de aplacar o clamor público provocado pelo delito, ou para assegurar a credibilidade das instituições, ameaçada pela prática de crimes, ou ainda para se evitar que o imputado, em liberdade, cometa novas infrações penais. Em geral, tais justificativas vêm acompanhadas da alegação da gravidade do delito e/ou da periculosidade do acusado, e revestem-se de fins preventivos atribuíveis à pena: ou de prevenção geral, para que toda sociedade seja compelida à observância da norma ou se restaure a ordem jurídica violada através de uma resposta imediata ao delito; ou de prevenção especial, para que se evite que o indiciado ou acusado cometa novos delitos em liberdade. Nenhuma delas, todavia, relaciona-se diretamente com a necessidade de se garantir o processo ou sua eficácia (Barletta, 2019, p. 34).

Neste contexto, parece haver consenso na doutrina processualista penal em relação à disciplina das prisões provisórias, no sentido de que o uso do instituto no Brasil aparenta ter sido desviado da sua finalidade, além da preocupação do uso abusivo destas medidas e da dificuldade da coexistência desta modalidade de prisão com o princípio da presunção de inocência.

Na prática, as diferenças entre a teoria e a aplicação das prisões provisórias são evidentes. Muitas vezes, a falta de estrutura do sistema de justiça criminal e a pressão da opinião pública levam à decretação de prisões provisórias de forma precipitada e sem a devida fundamentação.

³⁰ BARLETTA, JUNYA. **Prisão Provisória e Direitos Humanos**: uma Análise Baseada nos Parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019, p. 34 *apud* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e prisão cautelar. São Paulo: 1999.

³¹ Id., 2019, p.34 *apud* SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. Revista de Estudos Criminais, n. 10. Porto Alegre, 2003.

A interpretação subjetiva das leis por parte dos magistrados pode resultar em discrepâncias significativas na aplicação das prisões provisórias, mormente quando relacionadas a casos que envolvem crimes previstos na Lei de Drogas, com alguns réus sendo detidos preventivamente sem justificativa sólida, enquanto outros, em situações similares, são beneficiados com medidas menos gravosas, reforçando a tese sobre a seletividade penal abordada neste trabalho.

4.1 A disciplina legal e principiológica das prisões cautelares – O “dever ser”

As prisões e medidas cautelares admitidas no sistema jurídico-penal brasileiro estão dispostas topograficamente no TÍTULO IX - DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA – do Código de Processo Penal, sendo a prisão prevista no art. 283³² do CPP, o qual impõe a necessidade de fundamentar a ordem de prisão cautelar, que deverá ser escrita, à autoridade judicial prolatora da decisão.

Sobre as espécies de prisão, ensina Junya Barletta:

No Brasil, o termo prisão provisória abrange toda e qualquer forma de privação de liberdade imposta em face de flagrante delito, ou decretada pelo juiz no decorrer da investigação criminal ou do processo penal, antes da sentença penal definitiva de mérito. Como medida coativa que incide sobre o imputado ou acusado da prática de infração penal, que ostenta o status jurídico de inocente, a prisão provisória contrapõe-se juridicamente à prisão como pena, decorrente de uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, imposta após o decurso do devido processo.

O Código de Processo Penal brasileiro, em sua configuração atual, elenca três modalidades ou espécies de prisão provisória: a prisão em flagrante, a prisão temporária, e a prisão preventiva. Pode-se dizer, em caráter preliminar, que a prisão temporária, regulamentada pela Lei 7.960/1989, consiste em espécie de prisão provisória passível de decretação apenas na fase investigativa, ao contrário da prisão preventiva, modalidade de prisão provisória mais frequente, que poderá ser decretada tanto na fase de investigação policial quanto na etapa processual propriamente dita. Por sua vez, a prisão em flagrante consiste na única modalidade de prisão provisória em que se dispensa a ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, e justamente por sua precariedade, deverá ser objeto de um controle judicial posterior (Barletta, 2019, p. 30).

Em consonância com a autora citada, Aury Lopes Jr. também informa que

[...] o sistema cautelar contempla apenas: • a prisão em flagrante como medida precauteladora, preparatória da prisão preventiva ou das medidas cautelares diversas; • a prisão temporária, prevista na Lei n. 7.960/89 e aplicável somente na fase pré-processual, nos termos previstos na lei referida; • a prisão preventiva, que pode ser

³² Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo, até mesmo em sede recursal, mantendo-se assim até a revogação, substituição ou o trânsito em julgado da sentença, quando, se condenatória, dará lugar à execução da pena (Lopes Jr., 2017, p. 84).

O capítulo II do título IX do Código de Processo Penal trata da prisão em flagrante, elencando no art. 302³³ as situações de flagrância, além de outras disposições importantes previstas nos artigos seguintes, destacando-se o art. 304³⁴, o qual prevê as formalidades necessárias quando da lavratura do auto de prisão em flagrante e o art. 306³⁵, que impõe a obrigação de comunicação da prisão ao Ministério Público, à família do preso ou pessoa por ele indicada. Também merece relevo a previsão do artigo 310³⁶, com redação dada pela Lei nº

³³ Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

³⁴ Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja; § 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade; § 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste; § 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005).

³⁵ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

³⁶ Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do **caput** do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 13.964, de 2019 - Vigência); § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019 - Vigência); § 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019 - Vigência); § 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019; Vigência; Vide ADI 6.298; Vide ADI 6.300; Vide ADI 6.305).

13.964/19 (Pacote Anticrime)³⁷, o qual determina a realização de audiência de custódia³⁸ que deverá ser promovida pelo juiz no prazo máximo de 24h após a realização da prisão, além de outras importantes disposições sobre as possibilidades decisórias da autoridade judicial após o recebimento do flagrante, concernentes ao relaxamento da prisão, concessão de liberdade provisória ou conversão da prisão em flagrante pela prisão preventiva.

Acerca das prisões em flagrantes, Aury Lopes Jr discorda da doutrina brasileira, que a classifica como medida cautelar. Para o jurista, “Trata-se de um equívoco, a nosso ver, que vem sendo repetido sem maior reflexão ao longo dos anos e que precisa ser revisado”. O autor explica que

A prisão em flagrante é uma medida precautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, nas quais cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não (Lopes Jr., 2017, p. 33).

Já a prisão temporária é regulamentada pela Lei nº 7.960/1989, tratando-se de prisão cautelar decretável pelo juiz, no interesse do inquérito policial, mediante requerimento do Ministério Público ou representação do Delegado de Polícia (neste caso, ouvido o MP). Sua duração será de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 dias, em caso de extrema e comprovada necessidade. Quando se tratar de crimes hediondos ou equiparados (arts. 1º e 2º da Lei nº 8.072/1990), o prazo será de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias, também em caso de extrema e comprovada necessidade. O art. 1º³⁹ da citada lei elenca os crimes em que a decretação da

³⁷ Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 - Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.

³⁸ A audiência de custódia é um instrumento processual que determina que todo preso capturado em flagrante deve ser levado à presença de uma autoridade judicial em até 24 horas. Nesse encontro, o juiz irá avaliar a legalidade, a necessidade e a adequação da continuidade da prisão ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. Não é julgado, neste momento, o crime em si, apenas o ato da detenção. A ideia central é que seja avaliado se o preso precisa, necessariamente, ser mantido em cárcere, ou pode responder pelo processo em liberdade. CNJ Serviço: o que são as audiências de custódia. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-as-audiencias-de-custodia/>>. Acesso em: 09 nov. 2023.

³⁹ Art. 1º Caberá prisão temporária (Vide ADI 3360 - Vide ADI 4109): I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º); b) sequestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º); e) extorsão mediante sequestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único - Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único - Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940); h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único - Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940); i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal

prisão temporária é cabível, tratando-se de rol taxativo de acordo com a decisão proferida pelo STF no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3360 e 4109⁴⁰.

Sobre a prisão temporária, Lopes Jr entende que a edição de lei própria sobre esta modalidade de medida cautelar seria uma resposta ao que entende por enfraquecimento do poder das polícias frente à Constituição Federal de 1988. Segundo o autor,

A prisão temporária está prevista na Lei n. 7.960/89 e nasce logo após a promulgação da Constituição de 1988, atendendo à imensa pressão da polícia judiciária brasileira, que teria ficado “enfraquecida” no novo contexto constitucional diante da perda de alguns importantes poderes, entre eles o de prender para “averiguações” ou “identificação” dos suspeitos. Há que considerar que a cultura policial vigente naquele momento, em que prisões policiais e até a busca e apreensão eram feitas sem a intervenção jurisdicional, não concebia uma investigação policial sem que o suspeito estivesse completamente à disposição da polícia. A pobreza dos meios de investigação (da época) fazia com que o suspeito fosse o principal “objeto de prova”. Daí por que o que representava um grande avanço democrático foi interpretado pelos policiais como uma castração de suas funções (Lopes Jr., 2017, p. 111).

O autor prossegue em sua crítica afirmando que

Então, não se pode perder de vista que se trata de uma prisão cautelar para satisfazer o interesse da polícia, pois, sob o manto da “imprescindibilidade para as investigações do inquérito”, o que se faz é permitir que a polícia disponha, como bem entender, do imputado. Assim, ao contrário da prisão preventiva, em que o sujeito passivo fica em estabelecimento prisional e, se a polícia quiser conduzi-lo para ser interrogado ou participar de algum ato de investigação, deverá necessariamente solicitar autorização para o juiz, a prisão temporária lhe dá plena autonomia, até mesmo para que o detido fique preso na própria delegacia de polícia. Significa dizer que ele está 24 horas por dia à disposição de todo e qualquer tipo de pressão ou maus-tratos, especialmente das

qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285); l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976); o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016).

⁴⁰ Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) fixou requisitos para a decretação da prisão temporária, que tem previsão na Lei 7.930/1989. A decisão foi tomada no julgamento, na sessão virtual finalizada em 11/2, das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3360 e 4109, em que o Partido Social Liberal (PSL) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), respectivamente, questionavam a validade da norma. Prevaleceu, no julgamento, o voto do ministro Edson Fachin, que julgou parcialmente procedente as ações para dar interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 1º da Lei 7.960/1989 e fixar o entendimento de que a decretação de prisão temporária está autorizada quando forem cumpridos cinco requisitos, cumulativamente: 1) for imprescindível para as investigações do inquérito policial, constatada a partir de elementos concretos, e não meras conjecturas, vedada a sua utilização como prisão para averiguações, em violação ao direito à não autoincriminação, ou quando fundada no mero fato de o representado não ter residência fixa; 2) houver fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes descritos no artigo 1º, inciso III, da Lei 7.960/1989, **vedada a analogia ou a interpretação extensiva do rol previsto**; (g.n) 3) for justificada em fatos novos ou contemporâneos; 4) for adequada à gravidade concreta do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado; 5) não for suficiente a imposição de medidas cautelares diversas, previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal (CPP).

ardilosas promessas do estilo “confessa ou faz uma delação premiada que isso acaba” (Lopes Jr, 2017, p. 112).

Seguindo-se com a disciplina normativa das espécies de prisões cautelares no ordenamento jurídico pátrio, o Capítulo III do Diploma Processual Penal trata da prisão preventiva, modalidade de prisão provisória mais comum no sistema criminal brasileiro. Cumpre salientar que o Código de Processo Penal sofreu importantes alterações decorrentes do Pacote Anticrime (Lei nº. 13.964/2019), sendo parte destas mudanças referentes às prisões preventivas, seus limites e fundamentos, requisitos e hipóteses de cabimento.

Já a partir da leitura do art. 311 do CPP⁴¹, é possível notar a diferença para a prisão temporária, uma vez que esta só pode ser decretada na fase pré-processual, enquanto que a preventiva pode ser decretada pelo juiz tanto na fase da investigação policial ou no processo penal, desde que a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Os artigos seguintes dispõem sobre os requisitos e fundamentos da prisão preventiva, e conforme art. 312 do CPP⁴², a decretação da medida requer prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, constituindo como o requisito que a doutrina reconhece como *fumus commissi delicti*⁴³. Assim, “a prisão preventiva possui como requisito o “*fumus commissi delicti*”, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito” (Lopes Jr., 2017, p. 63).

Portanto, conforme Lopes Jr (2017), o *fumus commissi delicti* requer a presença de indícios externos com base em fatos reais, obtidos por meio de investigações, nos quais, por meio de um raciocínio lógico, sério e imparcial, seja possível inferir, com maior ou menor

⁴¹ Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

⁴² Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º; Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

⁴³ O *fumus commissi delicti*, como requisito da prisão cautelar, consiste na probabilidade, verificada, objetivamente no caso concreto, de o imputado ter praticado o ilícito penal. (BARLETTA, Junya. Prisão Provisória, 2019, p. 33).

ênfase, a ocorrência de um delito. Esse delito tem como autor um indivíduo específico, e suas ações e consequências podem ser deduzidas a partir desses elementos.

Do mesmo art. 312 decorre outro requisito exigido para o decreto de prisão preventiva, qual seja, o *periculum libertatis*⁴⁴, o que o Código define como “perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”, prevendo, ainda, situações em que a prisão preventiva poderá ser decretada, a saber: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Releva salientar que, de acordo com Lopes Jr (2017), as tais situações de cabimento da prisão preventiva são alternativas e não cumulativas, sendo suficiente a presença de apenas uma delas para fundamentar a medida cautelar.

Por deveras esclarecedores, vale mencionar, na íntegra, os ensinamentos de Lopes Jr. quanto as supracitadas situações previstas no art. 312:

Garantia da ordem pública: 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 quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a 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”⁷⁵ 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.

Quanto à prisão cautelar para garantia da integridade física do imputado, diante do risco de “linchamento”, atualmente predomina o acertado entendimento de que é incabível. Prender alguém para assegurar sua segurança revela um paradoxo insuperável e insustentável. Por fim, há aqueles que justificam a prisão preventiva em nome da “credibilidade da justiça” (pois deixar solto o autor de um delito grave geraria um descrédito das instituições) e, ainda, no risco de reiteração de condutas criminosas. Este último caso se daria quando ao agente fossem imputados diversos crimes, de modo que a prisão impediria que voltasse a delinquir. Com maior ou menor requinte, as definições para “garantia da ordem pública” não fogem muito disso.

b) Garantia da ordem econômica: tal fundamento foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei n. 8.884/94, Lei Antitruste, para o fim de tutelar o risco decorrente daquelas condutas que, levadas a cabo pelo agente, afetam a tranquilidade e harmonia da ordem econômica, seja pelo risco de reiteração de práticas que gerem perdas financeiras vultosas, seja por colocar em perigo a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro ou mesmo o mercado de ações e valores. Tal situação, além da crítica que faremos ao final, teve e tem pouquíssima utilização forense. A “magnitude

⁴⁴ O *periculum libertatis* estará presente quando a conduta do imputado em liberdade oferecer, no caso concreto, perigo ao regular desenvolvimento do processo ou frustração da pretensão punitiva, evidenciando-se a necessidade da prisão como cautela.

da lesão”, prevista no art. 30 da Lei n. 7.492, quando invocada, em geral o é para justificar o abalo social da garantia da ordem pública, vista no item anterior, e não para tutelar a ordem econômica.

c) Conveniência da instrução criminal (tutela da prova): é empregada quando houver risco efetivo para a instrução, ou seja, “conveniência” é um termo aberto e relacionado com ampla discricionariedade, incompatível com o instituto da prisão preventiva, pautada pela excepcionalidade, necessidade e proporcionalidade, sendo, portanto, um último instrumento a ser utilizado.

Feita essa ressalva, a prisão preventiva para tutela da prova é uma medida tipicamente cautelar, instrumental em relação ao (instrumento) processo. Aqui, o estado de liberdade do imputado coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constringendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos.

Também se invoca esse fundamento quando o imputado ameaça ou intimida o juiz ou promotor do feito, tumultuando o regular andamento do processo. Por fim, não se justifica a prisão do imputado em nome da conveniência da instrução quando o que se pretende é prendê-lo para ser interrogado ou forçá-lo a participar de algum ato probatório (acareação, reconhecimento etc.). Isso porque, no primeiro caso (interrogatório), o sujeito passivo não é mais visto como um “objeto de prova”, fazendo com que o interrogatório seja, essencialmente, um momento de defesa pessoal. Logo, absurdo prender-se alguém para assegurar o seu direito de defesa. No segundo caso, a prisão para obrigá-lo a participar de determinado ato probatório é também ilegal, pois viola o direito de silêncio e, principalmente, o *nemo tenetur se detegere*. Daí por que é incabível a prisão preventiva com esses fins, em que pese o emprego por parte de alguns.

d) Assegurar a aplicação da lei penal: em última análise, é a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada. O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo). O risco de fuga não pode ser presumido; tem de estar fundado em circunstâncias concretas.

Não basta invocar a gravidade do delito ou a situação social favorável do réu. É importante o julgador controlar a “projeção” (mecanismo de defesa do ego) para evitar decisões descoladas da realidade fática e atentar para o que realmente está demonstrado nos autos.

Explicamos: é bastante comum que alguém, tomando conhecimento de determinado crime praticado por esse ou aquele agente, decida a partir da projeção, isto é, a partir da atribuição ao agente daquilo que está sentindo quando se coloca em situação similar. Logo, é comum juízes presumirem a fuga, pois, (in)conscientemente, estão se identificando (ficar idem) com o imputado e, a partir disso, pensam da seguinte forma: se eu estivesse no lugar dele, tendo praticado esse crime e com as condições econômicas que tenho (ele tem), eu fugiria! Ora, por mais absurdo que isso pareça, é bastante comum e recorrente. A decisão é tomada a partir de ilações (e projeções) do juiz, sem qualquer vínculo com a realidade fática e probatória (Lopes Jr, 2017, p. 64-66).

Já para Aury Lopes Jr.:

As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir. São medidas destinadas à tutela do processo.

[...]

No processo penal, o requisito para a decretação de uma medida 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.

[...]

O risco no processo penal decorre da situação de liberdade do sujeito passivo. Basta afastar a conceituação puramente civilista para ver que o *periculum in mora* no processo penal assume o caráter de perigo ao normal desenvolvimento do processo (perigo de fuga, destruição da prova) em virtude do estado de liberdade do sujeito passivo.

Logo, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado (Lopes Jr., 2017, p. 17-18).

Na sequência da análise da disciplina da prisão preventiva, os artigos 313⁴⁵ e 314⁴⁶ do CPP tratam dos casos em que se admite ou não a decretação desta espécie de prisão, extraíndo-se já da leitura do primeiro inciso do art. 313 um dos princípios ou critérios orientadores das prisões provisórias, qual seja a proporcionalidade, tendo em vista que o dispositivo estabelece que a prisão preventiva só é cabível para os crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

Já o art. 314 do CPP determina que a prisão preventiva não poderá ser decretada em casos que o “agente tenha praticado o fato ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, tais como estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, não caberá a prisão preventiva, por ausência de fumaça de ilicitude na conduta.” (Lopes Jr., 2017, p. 72). O art. 315⁴⁷, com redação dada pela Lei 13.964/19, impõe a necessidade

⁴⁵ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011): I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV - (revogado).

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019). § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

⁴⁶ Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

⁴⁷ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

de motivação e fundamentação da decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva, devendo o juiz, segundo §1º do mesmo artigo, indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada, decorrendo desta disposição outra importante exigência para decretação de prisões cautelares, qual seja, a contemporaneidade dos fatos que justificam a aplicação da medida. O parágrafo 2º traz exemplos em que a decisão não será considerada fundamentada, tratando-se de relevante ferramenta de controle judicial das prisões.

Por fim, o art. 316⁴⁸, também com redação introduzida pelo pacote anticrime, prevê a possibilidade de revogação da prisão preventiva, a pedido das partes ou de ofício pela autoridade judicial, no caso em que deixarem de existir os motivos da sua manutenção. O parágrafo único trouxe novidade esperada por muitos criminalistas, prevendo a necessidade de revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

Finalizada a exposição da disciplina legal das prisões provisórias, bem como seus fundamentos e requisitos autorizadores, passa-se a explorar a parte principiológica destas medidas. Lopes Jr (2017) elenca os seguintes princípios norteadores do sistema cautelar: Jurisdicionalidade e motivação; Contraditório; Provisionalidade; Provisoriedade; Excepcionalidade e Proporcionalidade.

O princípio da jurisdicionalidade e motivação determina que “toda e qualquer prisão cautelar somente pode ser decretada por ordem judicial fundamentada” (Lopes Jr, 2017), conforme art. 93, IX, da Constituição⁴⁹ e do art. 315 do CPP. Assim, a jurisdicionalidade decorre da norma constitucional disposta no art. 5º, LXI, da CF/88⁵⁰, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de crime militar.

⁴⁸ Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019 - Vigência). Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

⁴⁹ IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁵⁰ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Para Lopes Jr.,

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 instrumental cautelar, 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 (Lopes Jr., 2017, p. 22).

O princípio do contraditório consiste em garantia constitucional (art. 5º, LV, da CF/88⁵¹) e encontra-se consagrada, no contexto cautelar, no art. 282, § 3º, do CPP:

Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo.⁵²

Também, as audiências de custódia constituem expressão do aludido princípio, por se tratar do momento em que o preso é “ouvido por um juiz, que decidirá nessa audiência se o flagrante será homologado ou não e, ato contínuo, se a prisão preventiva é necessária ou se é caso de aplicação das medidas cautelares diversas (art. 319).” (Lopes Jr., 2017, p. 48).

O princípio da provisionalidade informa, como o próprio nome sugere, o caráter provisional ou ocasional da prisão cautelar, encontrando-se consagrado no art. 282, §§ 4º e 5º, do CPP:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem.⁵³

⁵¹ V - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁵² BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 6 dez. 2022.

⁵³ *Ibid.*

Também se verifica relacionado ao princípio em comento o art. 312, §2º, ao exigir situação fática contemporânea e atual como condição para decretação da prisão preventiva: Art. 312 [...] § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Neste sentido, conforme leciona Lopes Jr.,

A provisionalidade é um princípio básico, pois são elas, acima de tudo, situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida e corporificado no *fumus commissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão. O desaparecimento de qualquer uma das “fumaças” impõe a imediata soltura do imputado, uma vez que é exigida a presença concomitante de ambas (requisito e fundamento) para manutenção da prisão (Lopes Jr., 2017, p. 24).

Intimamente relacionado ao princípio da provisionalidade, porém inconfundível com este, pois, conforme Lopes Jr,

a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve(ria) ser temporária, de breve duração. Manifesta-se, assim, na curta duração que deve ter a prisão cautelar, até porque é apenas tutela de uma situação fática (provisionalidade) e não pode assumir contornos de pena antecipada. 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., 2017, p. 25).

O problema denunciado pelo citado autor, relacionado à indeterminação acerca da duração da prisão preventiva, apesar de ainda subsistir, em razão da falta de um prazo máximo de duração, foi mitigado em virtude da disposição inserida pelo pacote anticrime no parágrafo único do art. 316, impondo a obrigatoriedade de revisão quanto à necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias, sob pena de tornar a prisão ilegal⁵⁴.

⁵⁴ Muito embora haja disposição expressa na Lei, acerca da revisão obrigatória da prisão preventiva a cada 90 dias, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6581 e 6582, fixou entendimento de que a ausência da reavaliação da prisão preventiva no prazo de 90 dias não implica a revogação automática da custódia. No caso, o juízo competente sempre deverá ser acionado a rever a legalidade e a atualidade dos fundamentos da medida. O STF aplicou precedente firmado no julgamento da Suspensão de Liminar (SL) 1395, em que se estabeleceu que o dispositivo questionado não estabelece um prazo máximo para a prisão preventiva, mas um dever geral e periódico de fundamentação, pelo magistrado, das razões da sua decretação. STF. **Prisão preventiva após 90 dias não pode ser revogada automaticamente, decide STF**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=483244&ori=1>>. Acesso em: 11 nov. 2023.

Na sequência do estudo da principiologia o sistema cautelar, o princípio da excepcionalidade informa que a prisão, como medida grave e restritiva da liberdade, deve ser a *ultima ratio*, devendo haver juízo quanto a adequação e suficiência das demais medidas cautelares como condição para aplicação da prisão. Encontra-se previsto no art. 282, § 6º⁵⁵: A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Também, verifica-se expressão deste princípio no inciso II, do art. 310 do CPP⁵⁶, o qual impõe a “conversão da prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.”

Sobre este princípio, Lopes Jr. faz importante crítica sobre o uso indiscriminado e banalizado das prisões provisórias no Brasil, situação que será abordado em tópico posterior, afirmando que:

Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que FERRAJOLI denomina ‘crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso’. – grifo do autor⁵⁷
No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* (Lopes Jr., 2017 *apud* Ferrajoli, 1995, p. 549).

Por fim, o princípio da proporcionalidade se trata de importante pilar de sustentação das prisões cautelares. Segundo lições de Lopes Jr. (2017, p. 597),

O princípio da proporcionalidade vai nortear a conduta do juiz diante do caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida, sem perder de vista a densidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*. Deverá valorar se esses elementos justificam a gravidade das consequências

⁵⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 6 dez. 2022.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 597.

do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado. Jamais uma medida cautelar poderá converter-se em uma pena antecipada, expondo-se às consequências de flagrante violação à presunção de inocência.

[...]

Em matéria de prisões cautelares, a proporcionalidade é muito útil, desde que vista como instrumento de proibição de excesso de intervenção, para evitar a banalização do exercício do poder (banalização da prisão cautelar) e limitar a prisão cautelar aos casos excepcionais, em que seja realmente necessária, adequada e idônea para o atingimento de seus fins.

A adequação informa que a medida cautelar deve ser apta aos seus motivos e fins. Logo, se quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema.

Assim, deve o juiz atentar para a necessidade do caso concreto, ponderando sempre gravidade do crime e suas circunstâncias, bem como a situação pessoal do imputado, em cotejo com as diversas medidas cautelares que estão a seu dispor no art. 319 do CPP. Assim, deverá optar por aquela ou aquelas que melhor acautelem a situação, reservando sempre a prisão preventiva para situações extremas (Lopes Jr., 2017, p. 597).

Em que pese a atenção dedicada à proporcionalidade como restrição ao excesso de intervenção, assegurando que a prisão preventiva seja a última alternativa do sistema e aplicada somente em situações excepcionais, essa missão do princípio parece não estar sendo efetivamente cumprida, conforme será demonstrado em tópico seguinte. É relevante destacar que o Princípio da Proporcionalidade torna-se, muitas vezes, uma cláusula genérica, envolvendo juízos de valor e ponderações que resultam em amplo espaço de discricionariedade judicial, permitindo-se a seletividade penal exaustivamente abordada neste trabalho. Isso transforma o princípio em um conceito manipulável, suscetível a interpretações seletivas, permitindo uma abordagem à *la carte* e tornando-se passível de ser utilizado para diversos propósitos, desde que sustentado por uma justificativa argumentativa convincente (Lopes Jr., 2017).

4.1.1 Banalização da prisão provisória na prática, principalmente no combate às drogas – O “ser”

As políticas de repressão ao comércio ilegal de drogas e de prevenção contra o abuso de substâncias psicoativas geram longos e profundos debates no Brasil e no cenário internacional (não à toa que existem três tratados internacionais⁵⁸ sobre o tema). A abordagem tradicional sugere que o crime de tráfico de drogas deva ser diretamente enfrentado, sem medição de esforços para reprimir a prática, sobretudo nas situações de traficância transnacional,

⁵⁸ Convenção Única sobre Entorpecentes, 1961 (emendada em 1972); Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, 1971 e Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 1988. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

representando o grande alvo de acordos de cooperação internacional que visam coibir e desencorajar tais condutas, inclusive mediante uso de medidas de cunho essencialmente coercitivo e punitivo pelos Estados Nacionais aderentes, diante de tamanha reprovabilidade que o delito ostenta.

Nesse contexto de combate incessante contra o tráfico de entorpecentes, o Brasil se destaca negativamente pela utilização excessiva de prisões provisórias como forma imediata de resposta e repressão ao delito, numa espécie de atendimento ao clamor público ou como resposta ao crime organizado. O uso indiscriminado e ilegítimo das prisões cautelares no combate ao crime, principalmente os relacionados às drogas, se tornou um problema crônico mundial, trazendo consequências desastrosas para a sociedade, sobretudo aquelas mais afetadas pelas políticas de repressão.

O uso excessivo do cárcere antes da condenação tem sido amplamente denunciado como um problema que atinge milhões de pessoas em todo o mundo. A realidade dos sistemas penais concretos mostra que a prisão provisória é uma medida habitual, aplicada com acentuada discricionariedade, ainda que apresente múltiplas e diferenciadas manifestações em relação aos diferentes países. Barletta alerta sobre o problema mundial, afirmando que:

Em vários países ao redor do mundo, especialmente na América Latina e no Continente Africano, o uso excessivo e a duração irrazoável da prisão provisória são causas determinantes da superlotação carcerária, inserindo-se, portanto, na problemática do encarceramento em massa apresentado por sistemas penais disfuncionais e no quadro devastador de violência, condições brutalmente desumanas e sistemática violação de direitos humanos.

Ressalte-se que existe certa dificuldade em se conseguir estatísticas oficiais confiáveis sobre os sistemas prisionais, especialmente sobre prisões provisórias. As diferenças entre os sistemas legais dos diversos países, inclusive a variação na forma de custódia, a falta de transparência dos governos e a dificuldade de obtenção de dados confiáveis sobre os sistemas prisionais dificultam a mensuração e a comparação das práticas sobre prisão provisória ao redor do mundo (Barletta, 2019 apud Anitua, 2010, p.72).

Neste sentido, embora haja dificuldade na busca por dados oficiais confiáveis sobre os sistemas carcerários internacionais, especialmente sobre prisões provisórias, o *Internacional Centre for Prison Studies (ICPS)*, associado à Universidade de Essex, em Londres, possui uma base de dados atualizada e útil sobre os sistemas prisionais de quase todos os países do mundo (*World Prison Brief*). Em publicação realizada em 2020, o Diretor do World Prison Brief, Roy Walmsley, divulgou dados quantitativos sobre presos provisórios de 217 países, mostrando a realidade da prisão provisória nos cinco continentes. Estimou-se que cerca de 3 (três) milhões

de pessoas encontravam-se presas sem julgamento ao redor do mundo em 2020, dentre estes mais de 482.000 nos Estados Unidos, 323.000 na Índia, **253.000 no Brasil**, 141.000 nas Filipinas, 100.000 na Turquia, 96.000 na Rússia, 79.000 no México, 71.000 em Bangladesh, 64.000 na Indonésia, 60.000 na Tailândia, 56.000 no Irã, 51.000 na Nigéria, 49.000 na Etiópia, 48.000 no Paquistão, 47.000 na África do Sul, 43.000 na Argentina, 37.000 na Colômbia, 35.000 no Peru e Venezuela e 32.000 no Marrocos.

Verifica-se, a partir destes números, um percentual de aproximadamente 30% de presos provisórios em relação ao total do número de presos do planeta⁵⁹, e no Brasil, o número de presos provisórios representa 32,8% do total de presos no país – 811.000 mil presos de acordo com a base de dados do *World Prison Brief*⁶⁰. Estes percentuais permitem afirmar, corroborando a tese explorada neste trabalho, que há um uso excessivo e com duração prolongada das prisões provisórias no sistema criminal brasileiro, em desatendimento, portanto, à disciplina legal, principiológica e doutrinária abordada em tópico anterior, refletindo um problema que afeta territórios para além do campo nacional.

Nesse sentido, percebe-se uma instrumentalização das prisões provisórias como forma de repressão ao crime, e, no contexto de combate às drogas, verifica-se que a banalização do uso dessas espécies de encarceramento, de modo que este fenômeno merece uma análise cuidadosa, uma vez que possui sérias consequências para o sistema de justiça criminal e para a sociedade como um todo no Brasil. Embora o combate ao tráfico de drogas seja uma preocupação legítima das autoridades, a utilização indiscriminada das prisões cautelares como ferramenta principal de enfrentamento desse problema tem gerado uma série de impactos negativos.

Em primeiro lugar, é importante entender e respeitar a disciplina das prisões provisórias. Conforme explanado anteriormente, elas são medidas restritivas de liberdade aplicadas antes do julgamento definitivo de um indivíduo, destinadas a garantir a ordem pública, a instrução

⁵⁹ De acordo com os dados divulgados pelo *Internacional Centre for Prison Studies (ICPS)*, extraído da base de dados do *World Prison Brief*, mais de 10,77 milhões pessoas encontravam-se mantidas em instituições penais em todo mundo, seja como presos provisórios/prisioneiros ou condenados, até a data da publicação da 13ª edição da Lista Mundial da População Prisional. WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List (thirteenth edition)*. London: Internacional Centre for Prison Studies (ICPS), University of Essex, 2021, p.2. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 8.

criminal ou a aplicação da lei. No contexto das drogas, muitas vezes são utilizadas para deter suspeitos de tráfico, com base em evidências não conclusivas, muitas vezes bastando apenas o testemunho policial como prova para a aplicação da medida. A banalização desse instrumento significa que, em vez de serem uma exceção, as prisões provisórias tornaram-se a regra⁶¹.

A fim de corroborar o que se tem afirmado neste trabalho, acerca do uso abusivo e excessivo das prisões cautelares, sobretudo nos casos referentes a crimes da Lei de Drogas, recorre-se à pesquisa realizada⁶² pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), relativa ao monitoramento das audiências de custódia em âmbito nacional no ano de 2018. A pesquisa revelou que a decretação de prisão preventiva tem sido a tendência nas audiências de custódia, correspondendo a 57% do total de decisões consultadas no levantamento. Dentre estas, o crime de tráfico de entorpecentes representa 75% dos crimes que geraram prisão preventiva, considerando o concurso de tráfico com associação para o tráfico⁶³.

Com efeito, verifica-se que uma das principais consequências da banalização das prisões provisórias é o aumento da população carcerária. O Brasil já tem uma das maiores taxas de encarceramento do mundo, com cerca de 650 mil presos em unidades prisionais físicas, dentre estes, cerca 30% são presos provisórios⁶⁴. A superlotação das prisões, considerando o total aproximado de 481.000 mil vagas nos estabelecimentos prisionais, gera problemas graves, como a precariedade das condições de detenção, a falta de acesso a serviços básicos, a violência intramuros e a propagação de doenças. Além disso, muitas vezes, indivíduos que são presos provisoriamente acabam cumprindo penas mais longas do que deveriam devido à demora no julgamento de seus casos, o que viola diferentes princípios, sobretudo os da presunção de inocência e da provisoriedade das cautelares.

⁶¹ Segundo relatório da pesquisa **“O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia”**, a partir da análise de 2,5 mil decisões proferidas nas audiências de custódia monitoradas, em 13 cidades de nove estados, no ano de 2018, revelou-se que a liberdade provisória sem determinação de medida cautelar foi concedida em apenas 0,89% dos casos, sendo concedida a liberdade provisória com medida cautelar em 40% dos casos e 2% correspondente a relaxamento de prisões ilegais (IDDD, 2019, p. 85).

⁶² O IDDD realizou, em 2018, o monitoramento das audiências de custódia em 13 cidades de 09 estados brasileiros, consistente no maior levantamento já feito sobre o tema no país, tendo sido analisadas audiências de 2.774 pessoas. O relatório nacional **“O fim da liberdade: a urgência de recuperar o sentido e a efetividade das audiências de custódia”** encontra-se disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf>.

⁶³ Isoladamente, o crime de tráfico de drogas representa 67% dos crimes que geraram prisão preventiva (IDDD, 2019, p. 106).

⁶⁴ Os dados sobre o número total de presos referentes ao **14º ciclo de coleta** (dados obtidos entre janeiro e junho de 2023) considerando as diferentes espécies de prisão. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

Outra situação preocupante é a seletividade do sistema de justiça criminal. A banalização das prisões provisórias tende a atingir de forma desproporcional a população mais vulnerável, incluindo jovens, negros e moradores de comunidades carentes. Isso resulta em um ciclo vicioso de encarceramento, pois a prisão, sobretudo antes do julgamento, não resolve o problema das drogas, mas sim contribui para a marginalização desses grupos e a perpetuação do ciclo criminal, em mais uma amostra do problema do etiquetamento social mencionado em tópicos anteriores.

O levantamento de dados retrocitado, realizado pelo IDDD, revelou que, em relação à raça, negros/as representam 64,1% contra 35,7% brancos/as, 0,15% amarelos/as e 0,05% vermelhos/as ou indígenas dentre o total de audiências monitoradas. Além disso, verificou-se que a combinação dos crimes decorrentes da lei de drogas, tráfico em concurso com associação para o tráfico, apresenta uma proporção de 84,6% negros/as para 15,4% brancos/as, reforçando o caráter seletivo da legislação antidrogas e das abordagens policiais⁶⁵. Por fim, o levantamento também revelou que, a maioria das pessoas presas após a audiência de custódia é do sexo masculino (93,6%) e negra (64,5%). “A raça, portanto, também se manifesta como marcador de desigualdade nos resultados das audiências de custódia.” (IDDD, 2019).

Diante dos números apresentados, o estudo concluiu que “O tráfico de drogas é o primeiro crime não violento com maior índice de decretação de prisão preventiva, ficando à frente, inclusive, de crimes como feminicídio e lesão corporal grave ou gravíssima (inclusive em concurso com violência contra a mulher)”.

Ademais, a banalização das prisões provisórias também sobrecarrega o sistema de justiça, contribuindo para a morosidade e a ineficiência da persecução penal, uma vez que nulidades observadas no início do procedimento, desde a abordagem infundadas até a denúncia, podem contaminar todo o processo, gerando anulações e conseqüentemente prejuízos para todo o sistema criminal e para a sociedade. Assim, esta situação impede que casos de tráfico de drogas mais graves sejam julgados com a devida celeridade, prejudicando a justiça como um todo.

⁶⁵ Nesses casos, a percepção de quem é o/a criminoso/a e, assim, a decisão sobre a necessidade de efetuação da abordagem criminal, é o mecanismo que provoca tamanha discrepância, que acaba por evidenciar que a força repressora do Estado afeta de maneira mais acentuada as pessoas negras (IDDD, 2019).

Com efeito, é possível afirmar, com certa segurança, que a banalização das prisões provisórias, especialmente no combate às drogas no Brasil, traz consequências profundas e prejudiciais para a sociedade. É fundamental repensar as políticas de enfrentamento às drogas, buscando um equilíbrio entre a repressão ao tráfico e o respeito aos direitos individuais, sobretudo quanto aos limites das prisões provisórias.

5. PANORAMA QUANTITATIVO DE PESSOAS NEGRAS PRESAS PROVISORIAMENTE NO RIO DE JANEIRO EM DECORRÊNCIA DA IMPUTAÇÃO DE CRIMES DA LEGISLAÇÃO PENAL ANTIDROGAS

O presente capítulo tratará, com dados numéricos e percentuais, do impacto do uso indiscriminado de prisões cautelares como política de repressão aos crimes previstos na legislação antidrogas nacional. Pretende-se demonstrar que a aplicação seletiva da lei 11.343/06, considerando a discricionariedade excessiva atribuída às autoridades do sistema criminal na diferenciação de usuário/traficante abordada no capítulo, aliada ao desvirtuamento da finalidade das provisões provisórias, atinge sobremaneira a população negra no estado do Rio de Janeiro.

Para o alcance do objetivo citado, serão utilizados os dados oficiais do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN, ferramenta de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro, que concentra informações sobre os estabelecimentos penais e a população carcerária no país. Também serão utilizados relatórios de pesquisas realizadas pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, acerca do perfil dos entrevistados pela em audiências de custódia realizadas no estado, além do relatório da pesquisa “Prisão Como Regra: Ilegalidades e desafios das audiências de custódia no Rio de Janeiro” realizada em parceria entre o Observatório das Audiências de Custódia da FND/UFRJ e a Justiça Global, como parte do monitoramento nacional realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, além do relatório produzido em pesquisa do IPEA sobre o perfil dos réus nas ações criminais por tráfico de drogas.

Conforme dados divulgados em relatório produzido pelo INFOPEN⁶⁶, contendo informações penitenciárias referentes ao estado do Rio de Janeiro, em dezembro de 2006, ano de promulgação da atual Lei de Drogas, a população carcerária total do estado era de 28.189 mil pessoas presas em celas físicas, sendo 18.616 mil em regime fechado e 6.373 mil presos provisórios. Do total de pessoas inseridas no sistema penitenciário, cerca de 15% tinha relação com crimes relacionados às drogas. Em relação ao perfil do preso, verificou-se que cerca de

⁶⁶ Os relatórios contendo informações penitenciárias referentes ao estado do Rio de Janeiro podem ser acessados em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/RJ>>. Já os painéis dinâmicos podem ser acessados em <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/paineis-antiores>>.

62% dos presos eram pretos e pardos, perfazendo um total de 11.601 mil pessoas negras (considerando pretos e pardos) presas àquela época.

Já no último relatório divulgado, referente à dez/2022, a população carcerária total do estado era de 48.196 mil pessoas presas em celas físicas⁶⁷, sendo 15.724 mil em regime fechado e 17.557 mil presos provisórios. Do total de pessoas inseridas no sistema penitenciário, cerca de 30% tinha relação com crimes relacionados às drogas. Em relação ao perfil do preso, verificou-se que cerca de 74% dos presos eram pretos e pardos, considerando-se, perfazendo um total de 23.592 mil pessoas negras (considerando pretos e pardos) presas no período.

Nota-se, portanto, desconsiderando possíveis distorções no levantamento dos dados, em virtude da dificuldade de obtenção de informações fidedignas, que desde o advento da Lei nº 11.343/06:

- o número total de pessoas inseridas no sistema penitenciário fluminense aumentou em cerca de 70% (de 28.189 mil presos em dez/2006 para 48.196 mil presos em dez/2022);
- o número de presos provisórios no sistema penitenciário fluminense aumento em cerca de 175% (de 6.373 mil presos provisórios em dez/2006 para 17.557 mil presos provisórios em dez/2022);
- o percentual de presos relacionados aos crimes relativos às drogas dobrou (de 15% em dez/2006 para 30% em dez/2022);
- o número de pessoas negras presas no sistema penitenciário fluminense aumentou em cerca de 100% (de 11.601 mil pessoas negras presas em dez/2006 para 23.592 mil pessoas negras presas em dez/2022).

Somam-se às estatísticas acima relatadas, os dados divulgados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro – DPE/RJ na pesquisa sobre o perfil dos entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro nas audiências de custódia entre setembro de 2017 e setembro de 2019⁶⁸. Do total de casos analisados (22.052), considerando as situações de concessão da liberdade provisória (6.432) e relaxamento da prisão em flagrante (203), é possível afirmar que 30% dos casos resultaram em liberdade e, portanto, 70% redundaram em conversão da prisão em

⁶⁷ Não foram considerados os presos em prisão domiciliar.

⁶⁸ Entre os dias 18 de setembro de 2017 e 30 de setembro de 2019, 23.497 custodiados foram entrevistados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Pesquisa disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/0b6d8d161c1b41739e7fc20cca0c1e39.pdf>>.

flagrante em preventiva. (DPE/RJ, 2020). Segundo o relatório, do total de casos analisados, verificou-se que 37% dos custodiados respondem por crimes da Lei de Drogas, a maior incidência entre os tipos penais observados. Dos casos relacionados à Lei de drogas, constatou-se que a liberdade é concedida em 19,5%, ou seja, praticamente 80% dos casos resultaram em prisão. Em relação à cor da pele do imputado, observou-se que os acusados de cor preta/parda representam 77,4% dos que foram atendidos na audiência de custódia e declararam sua cor, enquanto os de cor branca representam 22%. Por fim, notou-se que do total de 16.364 negros acusados 4.491 passaram a responder ao processo em liberdade, o que corresponde a 27,4%.

Os dados acima são corroborados pelo relatório produzido pelo relatório da pesquisa “Prisão Como Regra”, a qual identificou que da amostra de 337 casos, os crimes relacionados às drogas foram os mais frequentes após os crimes contra o patrimônio, respondendo a aproximadamente 17% das imputações. Segundo a pesquisa⁶⁹:

Foi possível observar que, em muitos casos, esses delitos estavam relacionados ao contexto de prisões em flagrante realizadas em comunidades vulneráveis e de operações da polícia.

Destaque-se que foi comum, nas audiências observadas, a apresentação de pessoas presas em flagrante por furtos de alimentos, como chocolates, biscoitos, e, inclusive, de brinquedos. Também era recorrente a apresentação de pessoas presas por tráfico de entorpecentes em razão da apreensão de ínfimas quantidades de droga, e que, ainda assim, permaneciam presas por não serem primárias, ou porque, em razão de seu domicílio ou do local onde foram presas, foi presumido o seu vínculo com organização criminosa, em flagrante afronta às garantias constitucionais e convencionais e aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Ressalte-se ainda que 102 dos 337 casos com informação sobre o crime envolveram tráfico ou associação para o tráfico (considerando tanto casos com concurso quanto casos sem concurso), o que significa que 30% do total de prisões em flagrante foram por crimes relacionados à Lei de Drogas (IDDD, 2019, p. 25).

Já em relação à cor da pele do custodiado, a pesquisa identificou que:

O perfil das pessoas apresentadas nas audiências de custódia em Benfica reflete o perfil identificado nas unidades prisionais em todo Brasil: são, em sua maioria, pessoas negras, jovens (entre 18 e 35 anos), pobres (com baixa ou nenhuma renda), presas nas ruas.

(...)

No que diz respeito à informação sobre a raça/cor das pessoas custodiadas, foi possível a identificação em 77 dos 100 autos consultados. Neste universo, 74,0% foram identificadas como negras e 26,0% como brancas (IDDD, 2019, p. 24).

⁶⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Prisão como regra: ilegalidades e desafios das audiências de custódia no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: IDDD, 2019. Disponível em: <<https://www.global.org.br/wp-content/uploads/2020/11/Prisa%CC%83o-Como-Regra.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2023.

Quanto à decisão proferida na audiência de custódia, verificou-se que:

Com relação ao resultado das audiências, observou-se uma alta porcentagem de decretação de prisões preventivas, em contrapartida às opções que os/as juízes/as possuem, à luz dos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade das medidas cautelares pessoais. Com efeito, em 62,5% dos casos, o/a juiz/a decretou a prisão preventiva. Em 36,5%, foi autorizada a liberdade provisória com imposição de medida(s) cautelar(es) alternativas à prisão. Por sua vez, no tocante às decisões de relaxamento de prisão em flagrante, substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, e liberdade provisória desvinculada de cautelares, os índices foram baixíssimos (...)

O que se percebe claramente, através da pesquisa, é que a decretação da prisão provisória – não obstante sua configuração legal como medida cautelar excepcional e subsidiária em relação às demais medidas previstas em lei – segue, na prática, como a primeira opção nas audiências de custódia. O índice de decretação de prisão preventiva, inclusive, é consideravelmente alto se se leva em conta determinadas infrações penais imputadas aos custodiados/as. Homicídio, lesão corporal, receptação em concurso com porte de armas ou com roubo, tráfico de drogas em concurso com associação ao tráfico e/ou porte ilegal de armas são imputações que ensejaram prisão preventiva em 100% dos casos nos quais apareceram. Especificamente a combinação de tráfico de drogas com associação ao tráfico resultou em prisão preventiva em 96,4% das vezes (IDDD, 2019, p. 40, grifo nosso).

Por fim, enriquecendo os dados já relatados, a pesquisa do IPEA⁷⁰ sobre o perfil dos réus nas ações criminais por tráfico de drogas demonstra que:

(...)

Entre a data do “fato-crime” e a sentença, pelo menos 84% dos processados por tráfico nos TRFs e 92% nos TJs ficaram presos por algum período, sendo majoritária a decretação de prisão preventiva.

(...)

A prisão em flagrante é o tipo de prisão que mais ocorre nos crimes de drogas, correspondendo ao alto patamar de 85,6% (tabela 20). A prisão em flagrante, como o próprio nome indica, é aquela que depende de atualidade e visibilidade, isto é, proximidade fática e temporal com o crime e a ação da autoridade. A prisão em flagrante reflete a forma como os delitos de drogas acabam sendo alcançados pelas autoridades, ou seja, reflexo mais do resultado do policiamento preventivo/ostensivo do que propriamente do policiamento judiciário, de matriz investigativa. Embora seja comum a ocorrência de prisão em flagrante também como resultado de atividade investigativa da Polícia Civil, quando do cumprimento de mandados de busca e apreensão, por exemplo, o quadro probatório – centralizado em diligências policiais referentes a autos de prisão em flagrante na fase policial e em depoimento dos policiais na fase judicial, com menor incidência de diligências de matriz investigativa (como interceptação telefônica, quebra de sigilos e imagens/fotos de câmeras) – permite-nos concluir que o modelo de policiamento de tipo ostensivo/preventivo é amplamente dominante no combate ao tráfico de drogas.

A segunda categoria de prisão mais comum foi a prisão preventiva, abrangendo 73,3% dos réus.

(...)

⁷⁰ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas**: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12376/1/RI_Perfil_producao_provas.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

Para os casos constatados de réus que sofreram prisão em flagrante nos processos por tráfico de drogas analisados na pesquisa, tem-se como resultado preponderante sobre as decisões dos juízes (tabela 32) a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (71,8%). A segunda maior proporção de registros foi a concessão de liberdade provisória conciliada às medidas diversas da prisão (13,8%). Sendo assim, as medidas resultantes das audiências de custódia quase sempre redundam na manutenção de encarceramento dos acusados e na continuidade do andamento do processo judicial. Em apenas 2,3% dos autos processuais analisados, houve o relaxamento do flagrante e a expedição do alvará de soltura.

(...)

Sobre o perfil que se mostrou predominante nos processos criminais de drogas, considerando-se apenas os casos em que foi encontrada informação no processo, tem-se que: 86% são homens (gráfico 2); 71,26% têm 30 anos ou menos (tabela 2); 65,7% são pessoas negras (tabela 4); e 68,4% não chegaram a cursar o ensino médio (tabela 6).

Um outro aspecto que se soma ao processo penal “cilíndrico” é a manutenção da prisão dos réus durante o processo. Nos crimes de drogas, a prisão preventiva é regra, e a liberdade provisória, exceção. Entre os casos de prisão em flagrante, houve conversão em preventiva em 71,8% (tabela 32). Cerca de 73,3% de todos os réus processados estiveram, em algum momento, presos preventivamente (tabela 20). Cabe mencionar ainda que a metade dos réus que estiveram presos em algum momento durante o processo foram mantidos no cárcere até a sentença (51%, gráfico 14). (IPEA, 2023, p. 10-101, grifos nossos).

Assim, em que pese não haver dado oficial que contenha com exatidão o número de pessoas negras presas provisoriamente após e em decorrência do advento da Lei 11.343/06, as pesquisas citadas permitem estabelecer ao menos correlação entre a entrada em vigência da legislação antidrogas e o aumento dos presos provisórios no estado do Rio de Janeiro, destacando-se o percentual de negros inseridos no sistema penitenciário fluminense.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise sobre os impactos da Lei Antidrogas nas prisões provisórias de pessoas negras no Estado do Rio de Janeiro, torna-se evidente a presença de uma complexa rede de fatores que contribuem para o aumento de pessoas pretas e pardas encarceradas provisoriamente em virtude da imputação de crimes relacionados à Lei de Drogas. A subjetividade inerente à Lei 11.343/06, com critérios abertos de distinção entre usuário e traficante, as abordagens policiais discriminatórias baseadas na cor da pele do suspeito e o uso abusivo de prisões provisórias convergem para uma realidade preocupante, que afeta de forma desproporcional a população negra no contexto fluminense.

A seletividade do sistema penal é notória, refletindo não apenas nas estatísticas, mas nas vidas humanas que são impactadas de maneira desigual, sem contar com as consequências mais gravosas, como mortes, tortura e todo tipo de violência praticada contra a comunidade afro-brasileira, a pretexto e em nome da “guerra às drogas”. A Lei Antidrogas, em muitos casos, tem sido aplicada de maneira extremamente subjetiva, com alto nível de discricionariedade, desde a abordagem policial à decisão judicial, resultando em prisões preventivas injustificadas, principalmente entre a população negra. A criminalização das drogas, aliada a preconceitos arraigados, contribui para a perpetuação de estereótipos que, por sua vez, alimentam a seletividade do sistema criminal.

As abordagens policiais discriminatórias emergem como uma peça central na engrenagem desigual do sistema criminal. A subjetividade na interpretação da suspeição para o envolvimento com drogas resulta em revistas e detenções frequentemente baseadas em estereótipos raciais, aprofundando a marginalização de pessoas negras e exacerbando a seletividade do sistema. Essas ações, além de afrontarem os direitos fundamentais, contribuem para a perpetuação de um ciclo de desigualdade e injustiça.

O emprego excessivo e abusivo das prisões provisórias no âmbito da Lei Antidrogas contribui significativamente para a superlotação carcerária e para o agravamento dos problemas estruturais do sistema penitenciário. A subjetividade na interpretação das circunstâncias que justificam a prisão provisória muitas vezes resulta em decisões que desconsideram princípios fundamentais, como a presunção de inocência, atingindo de maneira desproporcional a população negra.

Alfim, o presente estudo destaca a urgência de uma revisão crítica das políticas criminais e da legislação vigente. Embora se reconheça uma evolução no debate em relação à política criminal de repressão às drogas, por meio do (RE) 635.659, em que se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, bem como a definição de critérios objetivos para distinção usuário/traficante, o avanço ainda é tímido considerando os números destacados no tópico anterior. É imperativo, portanto, que se promova uma abordagem mais justa, equitativa e inclusiva, além da revisão das práticas policiais, e uma reflexão profunda sobre o papel do sistema criminal na perpetuação da discriminação racial, visando à superação das desigualdades estruturais que intensificam a seletividade do sistema criminal. Somente por meio de uma transformação profunda, tanto legislativa quanto sociocultural, poderá se alcançar um sistema penal que efetivamente promova a justiça e respeite os direitos de toda a população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003(a).

_____. **Verso e Reverso do Controle Penal: (des)aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. ANDRADE, Vera Regina de (Org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARLETTA, J. **Prisão Provisória e Direitos Humanos: uma Análise Baseada nos Parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BISSOLI FILHO, Francisco. Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do aparthaide social. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.). **Verso e Reverso do Controle Penal: (des)aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 2.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989**. Dispõe sobre prisão temporária. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 6 dez. 2022.

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. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal [2023]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 12 nov. 2023.

BOITEUX, L. **Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas**. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/197/186>>. Acesso em: 06 nov. 2023.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

CONJUR. **Julgamento do STF está 3 a 1 contra reconhecer racismo em abordagem policial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-mar-02/julgamento-stf-reconhecer-racismo-policial>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

CONJUR. **Voto-Vista Ministro Alexandre de Moraes Recurso Extraordinário 635.659**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-alexandre-moraes5.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

COSTA RICA. [CADH (1969)]. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969**. San José: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, [2022]. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 6 dez. 2022.

DORNELLES, J.R.; PEDRINHA, R.D.; SOBRINHO, S.F.C.G. **Seletividade do Sistema Penal: o Caso Rafael Braga**. Brasil: Revan, 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO – DPE/RJ. **Artigos e estudos da Defensoria Pública do Rio de Janeiro**. [Rio de Janeiro: DPE/RJ], 2022. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/Documento/Institucional-pesquisas>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL – DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**. Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/depem/pt-br/servicos/sisdepem>>. Acesso em: 6 dez. 2022.

FLAUZINA, A. L. P. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Brasília: Brado, 2019.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **O fim da liberdade**. São Paulo: IDDD, 2019. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/07/OFimDaLiberdade_completo.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum**. Brasília, DF: Ipea, 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12376/1/RI_Perfil_producao_provas.pdf>. Acesso em: 28 out. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____. **Prisões cautelares**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Processual Penal**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCELLE, Aline. **A seletividade penal na distinção entre traficante e usuário na Lei Nº 11.343/2006**. Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-seletividade-penal-na-distincao-entre-trafficante-e-usuario-na-lei-n-11343-2006/1150192245>>. Acesso em: 02 nov. 2023.

MARTINI, M. **A seletividade punitiva como instrumento de controle das classes.** Revista MPMG Jurídico, ano 3, n.11, p. 45-47, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, Brasília. 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/a-politica-nacional-sobre-drogas>>. Acesso em: 12 nov. 2023

PODER 360, The Global Drug Policy Index, 2021. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2021/11/global-drug-polcy-index.pdf>>. Acesso em 27 out. 2023

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico:** pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Supremo Tribunal Federal - STF. **Pesquisa Avançada.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>>. Acesso em: 08 nov. 2023.

VITORIA, Wander Freitas Da. **A Seletividade Penal na Aplicação da Lei de Drogas.** Espírito Santo, 2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-seletividade-penal-na-aplicacao-da-lei-de-drogas/1565011673>>. Acesso em: 22 out. 2023.

WACQUANT, L. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZACONNE, O. **O sistema penal e seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas.** Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, v.14, 2004.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas.** 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.