

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ANGELO JOAQUIM DA COSTA BORBA FILHO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: vantagens e desvantagens da sua implementação
no Município de Olinda/PE nos casos de tráfico de drogas**

RECIFE
2019

ANGELO JOAQUIM DA COSTA BORBA FILHO

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: vantagens e desvantagens da sua implementação
no Município de Olinda/PE nos casos de tráfico de drogas**

Monografia apresentada à Faculdade Damas
da Instrução Cristã como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão

RECIFE
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Borba Filho, Angelo Joaquim da Costa.
B726a Audiência de custódia: vantagens e desvantagens da sua
implementação no Município de Olinda/PE nos casos de tráfico de drogas
/ Angelo Joaquim da Costa Borba Filho. - Recife, 2019.
43 f. : il.

Orientador: Prof. Dr. André Carneiro Leão.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade
Damas da Instrução Cristã, 2019.
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Audiência de custódia. 3. Tráfico de drogas. 4. Direitos
constitucionais. I. Leão, André Carneiro. II. Faculdade Damas da
Instrução Cristã. III. Título

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019.2-365)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ

CURSO DE DIREITO

ANGELO JOAQUIM DA COSTA BORBA FILHO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: vantagens e desvantagens da sua implementação no Município de Olinda/PE nos casos de tráfico de drogas

Defesa Pública em Recife, _____ de dezembro de 2019

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

1º Examinador:

À minha mãe, Carmélia, por tudo que representa para mim, por sua vida de dedicação aos filhos, pelos seus exemplos de resignação, retidão, dignidade e decência que tem nos feito caminhar com mais segurança, espero que um dia possa trilhar meu caminho com a bondade e humildade que tanto nos ensinas, assim dedico com amor e gratidão esse trabalho a quem sempre tem nos dedicado a vida.

DEDICO

AGRADECIMENTOS

A **Deus**, pai de infinita bondade, que nos permite ter o Dom da inteligência, a força da vontade para superar os obstáculos e nos concedeu a oportunidade de realizar este trabalho amparado pela sua santa e divina paz, a ele agradeço pela minha vida e tudo que tenho recebido de acréscimo de misericórdia.

Ao professor **Ricardo José de Souza Silva**, que aprendi a admirar pela sua simplicidade e competência e pelo seu esforço dedicado aos alunos e ao curso, sobretudo no momento mais difícil de produção monográfica.

Aos professores do curso e funcionários da Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Enfim, a todos que não foram mencionados, mas que contribuíram para a realização desse trabalho o meu “**MUITO OBRIGADO**”.

“É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los. O meio mais seguro, mas ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos inclinados a praticar o mal, é aperfeiçoar a educação.”

CESARE BECCARIA

RESUMO

O Trabalho em tela buscou analisar as vantagens e as desvantagens decorrentes da implementação da audiência de custódia no Município de Olinda/PE nos casos de tráfico de drogas. Com a ratificação pelo Brasil da Conferência Interamericana de Direitos Humanos, o país torna-se signatário do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de Nova York, passando a adotar no país a referida audiência como prática processual criminal. O instituto foi inserido no estado de Pernambuco em 2015 sendo regulamentado pela Resolução nº 380/2015. A referida audiência consiste na apresentação do preso em flagrante ao juiz no período de até 24 horas, possibilitando o controle judicial da legalidade da prisão, como também permite verificar se o preso teve seus direitos constitucionais respeitados, sobretudo no tocante ao direito do contraditório e da ampla defesa e o direito ao respeito a sua integridade física e psicológica. O estudo é de grande importância haja vista que o Brasil apresenta uma das maiores populações carcerárias do planeta sendo o crime de tráfico de drogas um dos que apresentam maior incidência no país. A metodologia utilizada na pesquisa é a descritiva pelo método hipotético-indutivo. Contou também com o levantamento bibliográfico e a observação de 23 audiências de custódia com vistas a retratar as vantagens e desvantagens da sua implementação nos casos que envolvendo o crime de tráfico de drogas. A hipótese da pesquisa não foi confirmada quanto a contribuição da implementação das audiências de custódia como mecanismo de diminuição das prisões provisórias, pelo menos em relação ao tipo penal de tráfico de drogas e no montante das audiências assistidas, mas a pesquisa evidencia que o referido instituto constitui mais um elemento que contribui para melhorar o caótico sistema prisional de encarceramento em massa vivenciados em nosso país.

Palavras-chave: Audiência de Custódia; Tráfico de Drogas; Direitos Constitucionais.

ABSTRACT

The present work sought to analyze the advantages and disadvantages resulting from the implementation of the custody hearing in the city of Olinda / PE in cases of drug trafficking. With the ratification by Brazil of the Inter-American Conference on Human Rights, the country becomes a signatory of the San Jose Covenant of Costa Rica and the International Covenant on Civil and Political Rights of New York, adopting this hearing as a procedural practice in the country. criminal. The institute was inserted from the state of Pernambuco in 2015 and is regulated by Resolution No. 380/2015. This hearing consists of the presentation of the inmate in the act of the judge within 24 hours, enabling the judicial control of the legality of the prison, as well as verifying if the prisoner had his constitutional rights respected, especially regarding the right of the adversary and the broad defense and the right to respect for their physical and psychological integrity. The study is of great importance given that Brazil has one of the largest prison populations on the planet and the crime of drug trafficking is one of the highest incidence in the country. The methodology used in the research is descriptive by the hypothetical-inductive method. It also had a bibliographic survey and the observation of 23 custody hearings with a view to portraying the advantages and disadvantages of its implementation in cases involving the crime of drug trafficking. The research hypothesis was not confirmed as to the contribution of the implementation of custody hearings as a mechanism to reduce provisional arrests, at least in relation to the criminal type of drug trafficking and the amount of assisted hearings, but the research shows that the institute It is another element of contributing to improve the chaotic prison system of mass incarceration experienced in our country.

Keywords: Custody Hearing; Drug trafficking; Constitutional rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

OMS	Organização Mundial da Saúde
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
CADH	Convenção Americana sobre Direitos
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e políticos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNV	Comissão Nacional da Verdade
IDDD	Instituto de Defesa do Direito de Defesa
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

TABELAS

1. Audiência de custódia: tráfico de drogas e outros tipos penais verificados.....32
2. Audiência de custódia: defesa técnica, homologação e informação.....34
3. Audiência de custódia: violência e tortura; exame de corpo de delito.....35
4. Audiência de custódia: reincidência, conversão da prisão e liberdade provisória.36

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	14
2.1	Conceito	14
2.2	Finalidade.....	17
2.3	Inserção no ordenamento jurídico pátrio – ADPF 347.....	21
3	O USUÁRIO E O TRAFICANTE DE DROGAS SEGUNDO A NOVA LEI DE DROGAS, LEI 11.434/06	24
3.1	Nova Lei de Drogas – LEI 11.343/06	24
3.2	O usuário de drogas	26
3.3	O Tráfico de Drogas	28
3.4	Descriminalização do Usuário de Drogas	29
4	ANÁLISE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA	32
4.1	Das Audiências.....	33
4.2	Observações sobre as Audiências.....	38
5	CONCLUSÃO.....	40
	REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

Com uma das maiores populações absolutas do planeta, o Brasil já ultrapassa a soma dos duzentos milhões de habitantes. Em decorrência desse crescimento rápido, emergem uma série de problemas socioeconômicos, retratados pela macrocefalia urbana, pela elevada taxa de desemprego, pela precariedade no sistema de segurança, e, sobretudo pelo aumento da violência em geral.

Para Organização Mundial da Saúde – OMS, o Brasil está entre os países mais violentos do mundo, apresentado o nono maior índice de homicídios do planeta. Para ONU, as mortes no Brasil atingiram 31,1 pessoas a cada 100 mil habitantes, colocando o país como um dos mais violentos do mundo (IPEA).

A intensificação da violência fez com que o país tivesse um aumento acentuado da população carcerária e embora houvesse também um aumento de vagas no sistema carcerário no mesmo período, ainda são insuficientes, fazendo com que o país apresente constante superlotação prisional.

Outro problema que merece atenção, diz respeito ao tratamento dado ao preso no momento da prisão em flagrante, pois há relatos de desrespeito aos seus direitos constitucionais praticados pelos agentes de polícia, como agressão física e psicológica e a prática de tortura.

Após a década de 90, o país torna-se signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH, propagada como Pacto de São Jose da Costa Rica, e passa a criar regulamentação para a Audiência de Custódia, trazida no Art. 7º da Convenção que dispõe da necessidade de que toda pessoa presa, detida ou retida seja levada sem tardar, a presença de um magistrado, para que possa ser analisada a legalidade da restrição de liberdade e a sua necessária manutenção, nesse momento o magistrado deve ainda verificar se foram respeitados os direitos constitucionais do preso e se ele não sofreu nenhuma forma de tortura e violência policial.

Ainda não regulamenta no país, a Audiência de Custódia segue no Projeto de Lei nº 554/2011, no Senado Federal que visa modificar a Lei Processual Penal pátria, em seu Art. 306, permitido que a Audiência de Custódia seja regulamentada. Em 2015 o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, criou um projeto com vista a garantir a concretização do instituto no país.

Em 2016 passa a vigorar uma resolução que viabiliza a regulamentação da audiência, exigindo que 90 dias após sua vigência, os Tribunais estaduais e federais do país se adequem ao instituto processual. O Supremo Tribunal Federal – STF, já se posicionou no sentido de ratificar sua legalidade e determinou por meio da ADPF 347, a obrigatoriedade da Audiência, exigindo que todo preso em flagrante seja levado a Audiência, afim de que seja avaliada a condução da prisão, como também, fiscalizado a atuação das forças policiais, coibindo assim, possível tratamento menos digno ao preso.

Destarte, mesmo carecendo ainda de uma Lei, a Audiência de Custódia passa a ser adotada como práxis processual por meio de resoluções nos Tribunais de Justiça do país. No Estado de Pernambuco, passou a ser regulamentada pela resolução nº 380/2015, sendo lançada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco em um projeto piloto do Conselho de Nacional de Justiça – CNJ, que inicialmente funcionou na capital.

A pesquisa se justifica pela situação atual de superlotação do sistema carcerário e pelo tratamento desrespeitoso que em muitos casos é dado ao preso em flagrante. Sendo o instituto da audiência de custódia um elemento minimizador dessa realidade, aja vista que todo presos deve ser levado de imediato ao juiz para que possa analisar a legalidade de sua prisão e a necessidade de sua manutenção, além de fiscalizar o tratamento policial dado ao preso. Nesse sentido acredita-se que a audiência de custódia seja de relevante contribuição a minimização do problema exposto.

Diante da problemática exposta, faz-se necessário a adoção de uma política voltada a minimização da violência social, como também, de outras que viabilizem melhores tratamentos aos presos em situação de flagrante, possibilitando ainda que sejam respeitados os direitos constitucionais do preso.

A pesquisa em tela busca responder o seguinte problema: quais as vantagens e desvantagens decorrentes da implementação da audiência de custódia no município do Olinda, nos casos de tráfico de drogas? A hipótese desta pesquisa consiste em afirmar que a implantação da audiência de custódia no município do Olinda, possibilita a diminuição das prisões provisórias, evitando uma elevada população carcerária e permitindo que os presos em flagrante tenham seus direitos constitucionais respeitados, a partir da análise dos dados obtidos nas audiências de custódia no município do Olinda.

O objetivo geral da pesquisa é analisar o modo como a audiência de custódia funciona no sistema processual pátrio e no município de Olinda e as consequências decorrentes da sua implantação nos casos de tráfico de drogas.

O primeiro objetivo específico, consiste em descrever conceito, finalidade, e a inserção da audiência de custódia no sistema processual pátrio.

O segundo objetivo específico, consiste em analisar a tipificação da conduta do tráfico de drogas a luz da Lei 11.343/06, distinguindo traficante e usuário.

No terceiro objetivo específico, busca analisar casos práticos de audiências de custódia, no município de Olinda, envolvendo casos de tráfico de drogas.

A metodologia utilizada na pesquisa é a descritiva pelo método hipotético-indutivo. Os dados são levantados por meio de pesquisas bibliográficas em livros, artigos jurídicos da área, e teses, bem como, na legislação nacional e específica e em manuais sobre a temática. E também consta da observação e análise de vinte e três audiências de custódia no município de Olinda.

A monografia organiza-se em três capítulos, a saber: o primeiro capítulo aborda a audiência de custódia, especificando o seu processo de evolução histórica, seu conceito, finalidade, e sua inserção no sistema processual pátrio.

O segundo capítulo analisa a tipificação da conduta do tráfico de drogas a luz da lei 11.343/06, verificando como a nova lei, a doutrina e a jurisprudência distingue o tipo penal de tráfico e de usuário de drogas.

Finalizando o trabalho, no terceiro capítulo busca-se analisar casos práticos das audiências de custódia, a partir da observação de 23 audiências de custódia assistidas no Fórum de Olinda, na Vara de Audiências de Custódia, mostrando as vantagens e desvantagens da sua implementação nos casos de tráfico de drogas.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O presente capítulo analisa a audiência de custódia, como um instituto inovador, com recepção recente na prática processual brasileira, e a sua previsão legal a partir das conferências Internacionais de Direitos Humanos, como também, a partir da legislação e doutrina vigente, aborda seu conceito, finalidade e processo de inserção no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 Conceito

A audiência de custódia constitui um instituto inovador inserido recentemente em nosso ordenamento jurídico e que tem seu conceito cunhado nas conferências internacionais de direitos humanos e na própria doutrina.

O termo audiência pode ser conceituado como sendo um momento processual em que as partes, réus, promotores, defensores, advogados e testemunhas, são apresentadas pessoalmente ao juiz, para serem ouvidas, nesse momento o juiz pode fazer inquirições, deferir requerimentos, manifestar suas decisões sobre o processo e torna pública sua sentença (SILVA, 2000).

De acordo com o Dicionário Compacto de Direito o termo custódia, constitui termo originado do latim, que consiste no ato ou efeito de guardar uma pessoa ou coisa, ter cuidado e vigilância (CUNHA, 2008).

Assim sendo, o termo audiência de custódia pode ser entendido de modo que audiência consista no ato de receber alguém para ser escutado enquanto custódia, como sendo o ato ou efeito de ser protegido, guardado, alguém ou algo;

Nos casos das prisões em flagrante, a audiência de custódia pode ser conceituada como sendo o ato em que o preso em flagrante é encaminhado coercitivamente à presença de um juiz para que o mesmo possa escutá-lo, fazendo uma análise sobre a legalidade, adequação e conveniência da prisão, decidindo conforme a situação, pelo relaxamento do auto de prisão em flagrante, caso ilegal, pela conversão em prisão preventiva ou ainda pela liberdade provisória com ou sem fiança, ou pela decretação de medidas cautelares diversa da prisão, depois de pronunciamento do Ministério Público e da defensoria.

A esse mesmo respeito, esclarece Caio Paiva que o instituto da referida Audiência corresponde ao momento em que o preso é encaminhado o mais rápido possível ao juiz ou outra autoridade judicial legalmente constituída que após abertura da audiência e a escuta do envolvidos, promotor e defensor público ou advogado designado a fim de possibilitar o direito de defesa garantido constitucionalmente, iniciará o processo de verificação da legalidade e da indispensabilidade da prisão, como também, poderá verificar se o preso teve seus direitos constitucionais respeitados, sobretudo a integridade física e moral, não sofrendo violência ou tortura por parte da autoridade coatora (PAIVA, 2018).

Nesse momento, o juiz ainda fará uma análise sobre o respeito aos direitos constitucionais do preso, se este sofreu alguma forma de violência, tortura e maus tratos, constituindo assim o primeiro momento de autodefesa do preso.

Para Mauro Fonseca, audiência de custódia se refere ao instrumento de controle e fiscalização da atuação estatal no processo de persecução penal, sobretudo, as instituições responsáveis pelas ações que antecedem o ajuizamento da ação penal, pois através dessa audiência, esquivar-se-ia, da ocorrência de atos de violência e tortura contra as pessoas que fossem presas em flagrante (ANDRADE, 2016).

Já Oliveira, salienta que a audiência de custódia constitui instrumento anterior ao processo, conceituado como um ato voltado a consolidar o direito que tem todo preso, de ser levado, sem demora, a presença de um juiz ou outra autoridade judiciária competente, com o propósito de ter sua prisão em flagrante analisada, no que concerne a sua legalidade e necessidade. Nessa oportunidade, o juiz deverá revogar a prisão, se verificada sua ilegalidade, ou ratificar sua legalidade, decretando a prisão preventiva, ou ainda, promover a substituição da prisão por outra medida cautelar diversa, se entender mais adequada. Nesse momento ainda poderá exercer a fiscalização da autoridade que efetivou a prisão, evitando assim, a prática maléfica e ainda atual de submeter o preso a maus-tratos e tortura (OLIVEIRA, 2015).

Os autores ainda mencionam que a audiência de custódia constitui um importante instrumento garantidor do respeito aos direitos constitucionais do preso, ao mesmo tempo em que fortalece a idéia do juiz, como garantidor destes direitos frente a sociedade e as organizações políticas que hoje sofrem da falta de credibilidade pelo elevado índice de maus tratos e torturas praticados pelos agentes

policiais responsáveis no momento da prisão em flagrante. Dessa forma, a referida audiência, constitui um instrumento importante de prevenção aos maus tratos e tortura, pois na visão do ilustre Zafaroni, os processos criminais que ocorrem no cotidiano social, que violam diariamente os direitos humanos, mesmo existindo leis garantidoras dos direitos, mas que habitualmente não são respeitadas por diversos motivos (OLIVEIRA, 2015).

A referida audiência se baseia no transporte de toda pessoa presa em flagrante e sem demora a um juiz, com vistas a interrupção de maus tratos, tortura ou outras formas de violência, como também, verifique e conclua acerca da legalidade e necessidade da prisão (LOPES; PAIVA, 2014).

Destarte, a audiência de custódia estabelece um momento de grande importância para o preso, pois além de ser o primeiro contato dele com o juiz, onde ocorrerá à possível explicação dos fatos que justificaram a prisão, constituindo desse modo sua forma de autodefesa, também se presta com grande eficiência, para inibição por parte dos policiais, da prática de violência ou maus tratos contra o preso. Na audiência, o magistrado perguntará ao preso se sofreu algum tipo de violência por parte da autoridade policial que efetivou sua prisão, analisando assim, se os direitos fundamentais e constitucionais do preso foram respeitados, servindo de fiscalização e controle da atuação policial.

A audiência de custódia, também é prevista legalmente na conferência Internacional de Direitos Humanos, dos quais identificamos seu conceito, a saber: no Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 7.5 menciona que todo preso deve ser encaminhado imediatamente a um magistrado ou outra autoridade judiciária para averiguar a legalidade da prisão.

Já na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), o conceito da referida audiência pode ser extraído no art. 5.3 esclarece que a pessoa presa ou retida nas condições previstas no § 1º, c, do mesmo artigo, deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado legalmente ao exercício das funções judicantes. Já no Pacto Internacional de Direitos Civis e políticos (PIDCP), seguindo a mesma lógica, define no art. 9º. 3 o conceito, ao mencionar que o preso ou confinado decorrente do cometimento de crime, será encaminhado rapidamente ao magistrado para averiguação da prisão.

Ainda temos, ultimamente, o Decreto nº 8.766/2016, que em seu art. XI promulgou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de

Pessoas, que todo preso deve ser mantido em lugares de detenção oficialmente reconhecidos e apresentada, sem demora e conforme a legislação interna respectiva, a autoridade judiciária competente.

Para o (CNJ, 2005), a audiência de custódia constitui a garantia da imediata exposição do preso a um magistrado nas situações de prisões em flagrante. A intenção é que nessa apresentação o preso seja ouvido pelo juiz, pelo representante do ministério público e pelo representante da defensoria pública, ou por seu advogado ou advogado dativo.

Nesse momento, o juiz fará uma análise da legalidade da prisão, como também, da sua necessidade, adequação e possibilidade de conceder a liberdade provisória com a determinação ou não de outra medida cautelar. O magistrado ainda verificará a possível ocorrência de maus-tratos e torturas praticadas pela autoridade que efetivou a prisão.

2.2 Finalidade

A mais importante finalidade do instituto da audiência de custódia é permitir a adequação da Lei Processual Pátria as Conferências Mundiais de Direitos Humanos, sobretudo o conhecido Pacto de São José da Costa Rica, da qual o Brasil tornou-se signatário.

A referida audiência e custódia tem a finalidade de promover o respeito aos direitos constitucionais do preso, visando minimizar os casos de violência e tortura, essa finalidade é prevista no Pacto de São José da Costa Rica, no art. 5º, 2, que prevê que nenhum preso deve ser sujeito a maus tratos e torturas, nem a penalidades impiedosas e humilhantes (PAIVA, 2018).

Segundo o mesmo autor, já é pacificado No Pacto de São José da Costa Rica, que a imediata apresentação ao magistrado “é fundamental para proteger o direito à liberdade e para resguardar outros direitos fundamentais, como a vida e a integridade pessoal”, salientando ainda que é necessário mais que o simples conhecimento por parte de um magistrado que uma pessoa está presa para cumprir essa garantia, pois que o preso deve se apresentar pessoalmente para que possa ser ouvido pelo magistrado , ou outra autoridade judiciária competente.

Em um julgado no Brasil, que envolveu o homicídio de uma criança no Rio de Janeiro no ano de 1992, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), promoveu a censura do país por não ter realizado a audiência de custódia com a vítima, restringindo-a da liberdade de forma ilegal, não apresentando-a imediatamente ao juiz, privando-a dos seus direitos constitucionais, não tendo direito de ter analisada a legalidade e necessidade da prisão, posto ter sido assassinado logo em seguida a sua prisão, demonstrando que a única razão para sua prisão ilegal foi assassiná-lo (CIDH, 2004).

Ainda no tocante a finalidade de garantir o respeito aos direitos constitucionais do preso, quanto ao combate à violência e a tortura, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) aconselha o Brasil, por meio do Decreto nº 40/1991: “Criação da audiência de custódia no sistema processual penal do país, com vistas a viabilizar a apresentação do detido ao juiz ou outra autoridade competente em até 24 horas após o auto da prisão em flagrante, tem-se que o aconselhamento está em conformidade com as exigências trazidas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, especialmente o Pacto de São José da Costa Rica do qual o Brasil é signatário (PAIVA, 2018).

Dessa forma, as audiências visam resguardar os direitos da pessoa acusada ao mesmo tempo em que se apresenta como instrumento fundamental para enfrentar o uso massivo das prisões provisórias, pois permite uma melhor avaliação da necessidade de decretação da prisão do acusado.

Nessa toada, as audiências de custódia também possuem a finalidade de permitir ao juiz ou outra autoridade judiciária responsável, ter um momento de interlocução direta com o preso em flagrante, podendo inquirir o preso sobre os fatos que originaram a prisão, sobre sua vida social, sua condição familiar, financeira. Este momento também constitui ao preso, seu primeiro momento de autodefesa, onde poderá alegar, se quiser, os fatos ou as circunstâncias que motivaram o delito.

Nessa audiência, cumpre-se o previsto no artigo 5º, inciso LXI, da Carta Constitucional que estabelece que “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”, permitido assim, a aplicabilidade do princípio da jurisdicionalidade (RIBEIRO, 2009).

A respeito da autodefesa, Badaró esclarece que ao interrogar o preso e escutar o advogado ou defensor, e após analisar os fatos que postulam a favor e contrários a sua prisão, poderá o mesmo decidir sobre a melhor decisão a tomar, como manter a

prisão convolvendo-a em prisão preventiva, substituindo-a em outra medida alternativa ou revogando somente, desse modo, a audiência de custódia tem uma finalidade de interrogar o preso numa perspectiva de em favor de sua liberdade, possibilitando exercer sua autodefesa (BADARÓ, 2015).

Badaró, menciona ainda que a audiência de custódia tem a finalidade de realizar uma análise complexa da prisão, pois que, de uma lado, deve fazer o controle da prisão já feita, assim voltando-se para o passado, como também, ponderar a necessidade e adequação da manutenção da prisão, voltando-se para o futuro. Desse modo, na audiência o juiz fará essa dupla análise da prisão, para ter melhor condição de avaliar a necessidade e compatibilidade da conservação da prisão, ou sua alteração por outra medida cautelar diversa, ou pela simples anulação da prisão sem exigência de medida cautelar.

E ainda esclarece que a resolução expedida pelo Órgão especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, estabelece em seu artigo 5º, que a finalidade da audiência de custódia esta exclusivamente destinada à apreciação da legalidade da prisão em flagrante, da sua conversão em prisão preventiva ou da concessão de liberdade provisória, com ou sem a imposição de medidas cautelares.

Deduz-se assim, que a audiência de custódia é complexa no que concerne as finalidades, pois além de adequar nosso país as exigências decorrentes de sua assinatura e ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos, contribui também como instrumento de inibição contra a prática desumana de maus tratos e tortura contra os presos em flagrante, pois serve como mecanismo de fiscalização da ação policial no momento da prisão, e contribui para minimizar as prisões ilegais e desnecessárias, visto que, na audiência terá melhores condições de analisar a legalidade, adequação e necessidade da prisão ou de outra medida cautelar diversa.

Com a audiência de custódia, vislumbra-se uma nova situação jurídica para a questão carcerária no país, pois nem sempre a prisão se apresenta como melhor tratamento ao infrator, assim, uma escolha mais acertada e justa das medidas cautelares a serem aplicadas ao preso, pode contribuir para a aplicação de medidas mais condizentes com a realidade do país e proporcionar mudanças nos índices de encarceramento e da criminalidade.

Nas audiências de custódia, a fim de se alcançar toda as finalidades inerentes ao instituto, é indispensável à participação ativa de todos os autores envolvidos.

Desse modo, durante a audiência deverá ser verificada a regularidade da prisão em flagrante, nesse momento o representante do Ministério Público na figura do Promotor de Justiça analisará a legalidade da prisão, solicitando ao juiz sua homologação se tiver em conformidade com as exigências legais. Deverá também verificar se no procedimento da prisão foram atendidas as exigências quanto ao cumprimento aos direitos fundamentais do preso trazidos na constituição federal, procurando saber do preso se o mesmo teve respeitado seu direito ao silêncio, a sua integridade física e psicológica, analisando visualmente se o preso apresenta sinais de maus-tratos e tortura, e se o mesmo o preso foi submetido a exame de corpo de delito.

Por fim, o promotor de justiça deve ainda analisar a necessidade de continuidade da prisão, solicitando ao juiz a sua conversão em prisão preventiva ou a concessão da liberdade provisória. No caso de o juiz atender ao promotor de justiça, no sentido de homologar a prisão e autorizar a sua conversão em preventiva, deverá fundamentar expressamente os motivos da sua decisão.

Quanto a atuação do juiz, será determinante para se atingir as finalidades da referida audiência, para tal mister o juiz deverá atender aos seguintes mandamentos, a saber: explicar ao preso o que é e para que serve a audiência, explicado que não se trata de análise do mérito e sim da prisão, assegurando que o preso não esteja algemado durante sua fala, deverá advertir o preso quando o seu direito de ficar calado e que se preferir o silêncio, isso não implicará em prejuízo a sua situação, questionar o preso sobre o respeito aos direitos fundamentais e se foi auxiliado por advogado ou defensor público.

O juiz deverá ainda fazer um questionamento quanto a vida do preso, procurando saber se a sua prisão foi informada a alguma pessoa indicada, se o mesmo tem filhos, se possui algum problema de saúde.

Conclui-se assim que para se obter todas as finalidades da audiência de custódia, faz-se necessário uma participação ativa de todos os atores envolvidos no processo.

2.3 Inserção no ordenamento jurídico pátrio – ADPF 347

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 trouxe à discussão a questão da falência do sistema carcerário brasileiro, retratado em um estado inconstitucional de elementos que traduz o total abandono do sistema penitenciário do país, a saber: a superlotação dos presídios brasileiros, o desrespeito aos direitos constitucionais fundamentais dos presos, o tratamento cruel destinado ao tutelado, os relatos de maus-tratos e tortura contra os presos no momento da prisão ou durante a sua guarda pelo Estado, sem contar que o problema passou a constituir marca registrada de todos os Estados do país, pois o excesso de rebeliões em todos os estados passaram a expor o problema.

Esse conjunto de elementos, mostravam a completa impossibilidade de ressocialização dos presos, a ineficácia e total abandono das políticas públicas voltadas ao sistema penitenciário nacional, a necessidade de mudanças profundas, tudo isso fez com que o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL ajuizasse a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347, requerendo ao Supremo Tribunal Federal reconheça que os direitos fundamentais dos presos estão sendo violados e que sejam adotadas medidas com vistas a melhoria do sistema prisional do país.

Dos elementos de natureza cautelar pleiteados pelos autores, oito foram objeto de análise por parte do relator, ministro Marcos Aurélio de Melo. Dois desses pedidos objetivaram a minimização das prisões provisórias e a conseqüente diminuição da escassez de vagas no sistema prisional. A respeito desse pedido, a parte autora pediu para que nos casos de formalização das prisões provisórias, os juízes fossem obrigados a fundamentarem expressamente a decisão e o porquê da não utilização de outra medida cautelar diversa da prisão prevista no ordenamento jurídico, assim a prisão só seria utilizada de modo excepcional e não de forma massiva como se verifica na atualidade, essa pretensão foi acolhida pelo relator.

Outro pedido voltava-se a audiência de custódia, objetivando sua implementação nos estados da federação e o combate a ideia do encarceramento afim de reverter a terrível situação prisional do país.

Após apreciação da medida cautelar, o relator deferiu a liminar que passou a obrigar magistrados e tribunais a instituírem a audiência de custódia no país em até

90 dias em observância as conferências internacionais de direitos humanos que o Brasil se vinculou após tornar-se signatário.

Outra determinação importante do relator destaca-se a que passou a exigir a motivação expressa de juízes e tribunais nos casos de se determinar ou manter a prisão temporária, e a explicação da não aplicação de outra medida cautelar diversa da prisão.

Dessa forma, percebe-se que a ADPF 347 foi ponto de partida para mudanças significativas no sistema penitenciário do país, visto que ao verificar a incompatibilidade entre a realidade fática existente no sistema prisional e os mandamentos trazidos na constituição federal, permitiram o acolhimento das cautelares e o reconhecimento da completa inconstitucionalidade das questões pleiteadas.

Com a decisão da Suprema Corte que passou a exigir a implementação das audiências de custódia em até 90 dias, ela insere-se no ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto nº 678/1992, em seu artigo 7º que menciona: “Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei ao exercício das funções judiciais”.

As audiências de custódia começam a se instituir na prática processual penal pátria quando o Conselho Nacional de Justiça – CNJ edita a Resolução n. 213 que tem a finalidade de estabelecer a audiência de custódia em todo território nacional. O CNJ e o Governo do Estado de São Paulo iniciam no ano de 2015 um projeto inovador com o objetivo principal de sanar irregularidades na justiça criminal e cumprir as exigências trazidas na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, tratados ratificados pelo Brasil.

A adesão do Brasil ao Tratado Internacional de Direitos Humanos constitui motivo suficiente para que sua aplicação em nosso ordenamento jurídico.

Tentando minimizar o encarceramento em massa no país, o Ministro do STF, Ricardo Lewandowski iniciou um trabalho em conjunto entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), O Ministério da Justiça e os Tribunais de Justiça dos Estados brasileiros.

Segundo o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), relata que no decorrer do ano de 2015, os Tribunais de Justiça e os Governos dos Estados de todo o país assinaram Termos de Adesão ao Termo de Cooperação Técnica, comprometendo-se a implementar o projeto das audiências de custódia. O CNJ por

meio de resolução detalha as regras e procedimentos de apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão ao juiz ou outra autoridade judicial competente, para análise da legalidade e necessidade da prisão, como também, da aplicação de penas alternativas e dos procedimentos para apuração de denúncias de tortura (IDDD, 2015).

A audiência de custódia é prevista em diversos tratados internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), consagra em seu artigo 9º que o preso ou confinado decorrente do cometimento de crime, será encaminhado rapidamente ao magistrado para averiguação da prisão.

Bem assim, o artigo 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, afirma que: “qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1º, alínea c, do presente artigo deve ser apresentado imediatamente ao juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais. (PAIVA, 2015).

Conclui-se que a audiência de custódia é legalmente prevista em vários Tratados Internacionais de Direitos Humanos, mas levando em conta que o Brasil se tornou signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, está passa a ter caráter vinculante no ordenamento jurídico pátrio.

3 O USUÁRIO E O TRAFICANTE DE DROGAS SEGUNDO A NOVA LEI DE DROGAS, LEI 11.434/06

O capítulo em tela distingue a conduta de usuário / consumidor de drogas de conduta do traficante de drogas a luz da nova Lei de Drogas, Lei 11.434/06, para tal mister, analisa as mudanças trazidas na nova lei em relação a antiga Legislação.

3.1 Nova Lei de Drogas – LEI 11.343/06

A Lei 11.343/06 mais conhecida como nova Lei de Drogas substituiu a Lei 6.368/76, constitui produto de discussões e debates marcados pela necessidade de reforma na lei anterior. A emergência da reforma baseava-se no atraso conceitual, e no descompasso entre a lei anterior com as necessidades atuais, dessa forma, buscou-se com a nova lei, uma orientação política criminal descriminalizadora.

A lei 6.368/76, foi resultante de discussões legislativas que orbitaram em torno do Projeto de Lei 1.873/91, mais conhecido como Projeto Murad que foram resultantes da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico de 1991, criado para investigações referentes a participação brasileira no comércio internacional de drogas por meio do *Conexão Rondônia*. Essa discussão marcou a discrepância do modelo de controle do comércio de drogas, elaborando novas condutas associadas a lei de drogas (CARVALHO, 2007).

Concomitantemente as discussões, ocorreu a adequação da política brasileira de drogas para uma concepção menos repressora, adequando os tipos penais e as sanções trazidas na Lei 6.368/76, com vistas a diminuição dos danos.

O mesmo autor menciona ainda que das discussões, foi aprovado no Congresso a Lei 10.409/02, que trazia algumas mudanças legais na lei processual, como a opção pelos mecanismos processuais de menor potencial ofensivo a conduta de porte de drogas para consumo pessoal, estimulando medidas de descarcerização.

Em meio as mudanças ocorridas no direito penal nos anos 90, emergiu uma maior complexidade no combate ao tráfico de drogas ilícitas no Brasil. E a Lei 10.409/02 determinou mudanças em relação a estrutura material nas sanções aplicadas e

processual quanto aos elementos investigativos trazidos na nova lei de drogas (Lei 11.343/06).

Percebe-se que a nova lei de drogas (Lei 11.343/06) permitiu a adequação dos discursos jurídicos e político-sociais no concernente a dura coibição ao tráfico de drogas ilícitas e a questão jurídica, médico-higiênico-sanitário quanto aos usuários, viciados em drogas. Dá nova lei resulta a dualidade entre as duras penas aplicadas aos crimes de tráfico individual de drogas ou por meio de organizações criminosas e a tênue efetivação de padrões alternativos e curativas destinadas aos usuários e viciados em drogas ilícitas.

Mesmo que a antiga lei de drogas, Lei 6.360/76 e a nova Lei de drogas, Lei 11.343/06 estejam baseadas na mesma estrutura ideológica, é provável conceber considerável diferença entre as normas penais, pois na primeira percebe-se relevante dominância da visão jurídico-político ao médico-político pelo discurso de extermínio dos traficantes, pois se trata de um inimigo interno, enquanto na segunda iguala-se a relevância dos tratamentos criminais destinados aos traficantes e aos usuários, elaborando duas normas autônomas com aplicações de sanções diferentes, permitindo elevada repressão ao tráfico de drogas, com rigoroso regime de punição, com previsão de penas privativas de liberdade com margens de 05 e 15 anos e tornando patologia os usuários e viciados com a aplicação de medidas e sanções mais brandas (CARVALHO, 2007).

Em um rápido comparativo entre as Leis, percebe-se as seguintes mudanças, a saber: a antiga Lei 6.368/76 conceituava crimes, em relação ao direito material, como também procedimentos em relação ao direito processual, mas com a Lei 10.409/02 foi proibido o direito material, sendo permitido somente a aplicação da Lei Processual. Atualmente a Nova Lei de Drogas impõe-se tanto ao direito material e ao processual e revoga as duas Leis anteriores.

A Nova Lei de Drogas também substituiu o termo “substâncias entorpecentes” pelo termo “drogas” com base em orientação da OMS e continua sendo norma penal em branco, pois não traz o conceito de drogas, conceito este contido em Portaria do Ministério da Saúde.

Uma das mais importantes mudanças trazidas na Nova Lei consiste em uma melhor proporcionalidade quanto a aplicabilidade da pena aos grandes, médios ou pequenos traficantes de drogas, pois na Lei anterior todos ficavam suscetíveis a mesma pena.

E a mais relevante modificação consiste no tratamento dispensado ao usuário de drogas e ao traficante, visto que a Nova Lei não passou mais a prevê a pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, permitindo a despenalização do crime e não a sua abolição enquanto prevê penas mais duras ao traficante de drogas.

A Nova lei de drogas também promoveu uma grande mudança em relação a legislação anterior, pois instituiu o *Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, SISNAD*, sistema este que prevê o desenvolvimento de ações voltadas a precaução quanto ao uso de drogas, ao cuidado e a reintrodução na sociedade dos usuários e viciados em drogas, como também, prevê leis voltadas a coibir a elaboração de drogas e ao tráfico ilícito de drogas.

A nova Lei de Drogas prevê diferenças consideráveis entre as condutas de usuário e traficante de drogas, sobretudo na questão do tratamento penal dispensado. No que tange a figura do usuário/consumidor de drogas, conduta prevista no artigo 28 da nova lei de drogas, a maior controvérsia diz respeito a descriminalização ou não desta conduta haja vista que dentro das implicações legais previstas na nova lei, não inclui-se a pena privativa de liberdade o que contrária ao conceito legal de crime trazido no artigo primeiro da Lei de introdução a Norma Penal.

Embora a Nova Lei de Drogas preveja um tratamento penal mais benéfico a figura do usuário/consumidor de drogas, o crime de comercialização/ traficância de drogas, começou a ter tratamento penal mais rigoroso, visto que o *caput* do artigo 33 que traz a previsão legal da conduta, prevê pena que varia de 5 há 15 anos de reclusão.

3.2 O usuário de drogas

Com base na Nova lei de Drogas, a conduta de consumo de drogas é abordado no artigo 28 da Nova Lei de Drogas, Lei 11.343/06, que conceitua o usuário como sendo a pessoa que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Já no artigo 28, parágrafo 1º da mesma lei, verifica-se que o mesmo tratamento criminal dado ao usuário também é despendido aquele que, para o seu

aproveitamento pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas dirigidas a elaboração de insignificante porção de matéria ou produto apto a ensejar dependência física ou psíquica.

Com a ausência da previsão da pena prisão ao usuário de drogas, o juiz poderá outra medida diversa prevista no artigo 28, incisos I, II e III, a saber: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Dessa forma, verifica-se que aos usuários a lei em tela optou pelo caráter educativo, bem delineado pela substituição da pena privativa de liberdade prevista na legislação anterior para a opção pela advertência e pela participação de cursos educativos.

Em relação a figura do usuário, um dos grandes problemas consiste na identificação e distinção do usuário e do traficante, visto que para a sua tipificação, resta um teor de subjetividade, conforme deduz-se da leitura do mesmo artigo em seu § 2º, que menciona que para determinar se a droga apreendida destinava-se ao consumo pessoal, o magistrado levará em consideração a natureza e o quantidade de produto apreendido, o local e às condições em que se desencadeou a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta pessoal e os antecedentes do agente.

Nessa questão, percebe-se que tal distinção se liga a uma análise das condições circunstanciais em que ocorreu a prisão, como tipo de droga apreendida, local que ocorreu a prisão e a quantidade de droga apreendida. E analisará também as condições pessoais e sociais do agente.

O problema consiste na distinção do usuário e do traficante baseado nesses aspectos, pois no dia a dia um traficante poderá apresentar características de usuário e o usuário apresentar características de um traficante. Por exemplo, um traficante poderá ser apreendido com uma pequena quantidade de drogas enquanto um usuário ao adquirir uma quantidade maior para consumo em um período maior poderá ao ser preso nessas circunstancias e se enquadrar como traficante. Casos assim são muito verificados no dia a dia e deixam margens para maior subjetividade no enquadramento da conduta do agente.

Embora a legislação mencione que cabe ao magistrado a diferenciação ente o usuário e o traficante, no dia a dia é a autoridade policial que realiza a prisão e o

encaminhamento do preso a delegacia, e na prática caberá ao delegado de polícia o enquadrar o agente nas condutas de usuário ou de traficante.

3.3 O Tráfico de Drogas

O delito de tráfico de drogas tem previsão legal no *caput* do artigo 33 da Lei 11.343/06, e caracteriza-se pelas seguintes atitudes, a saber: 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.

Carvalho diz ser primordial firmar mecanismos de constatação do dolo específico para um melhor ajustamento das condutas praticadas, ao tipo penal previsto no artigo 33, sobretudo, para não confundir com o tipo penal trazido no artigo 28 da mesma lei. Na verificação do caso concreto é fundamental o intento comercial, pois este é o que permite a transição do artigo 28 para o artigo 33, distinguindo a conduta do crime de porte de drogas para consumo pessoal para o crime de tráfico de drogas. (CARVALHO, 2007).

Menciona ainda o mesmo autor, que no processo de qualificação da conduta de tráfico de drogas, o elemento diferenciador do verbo que constitui o tipo penal, deve mostrar nitidamente o fim mercatório, rentável.

Já no artigo 34, a legislação assemelha ao tráfico, as ações de fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado a fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Nesse caso, o legislador deu ênfase nos objetos materiais utilizados, sendo o tipo penal formado por verbos como fabricar, utilizar e guardar maquinário destinado a fabricação de drogas, além de equiparar tais condutas como tráfico de drogas (tipo descrito no artigo 33, *caput*) dispensando o mesmo grau de reprovabilidade do agente que produz a droga, visto que tais materiais são destinados ao processo de produção, elaboração ou transformação das drogas. De modo que, tais materiais são

fundamentais para a produção em massa dos variados tipos de drogas comercializados.

No artigo 35 pune-se a associação de duas ou mais pessoas para a prática reiterada ou não dos tipos descritos nos artigos 33, caput e artigo 34 enquanto no artigo 36 a punição recai sobre aquele que financiar ou custear a prática dos crimes tipificados nos artigos 33, caput e § 1º e artigo 34 desta lei.

É facilmente perceptível pela leitura dos dispositivos legais que a lei dispensa tratamento bastante desigual ao usuário de drogas e ao traficante, ao usuário tem a garantia legal de não se sujeitar a pena privativa de liberdade enquanto ao traficante de drogas denegou penas mais duras, como a não utilização de benefícios como o sursis e as penas restritivas de direitos.

3.4 Descriminalização do Usuário de Drogas

A descriminalização consiste no ato ou no exercício por meio do qual, uma conduta pelo qual o ordenamento jurídico criminal tem autoridade para desferir punições é posto para fora desse sistema. Desse modo, para o autor, a descriminalização pode dar-se por ato do poder legislativo ou por ato de interpretação judicial (HUSLMAN, 1973).

Na seara legislativa, descriminalização corresponde a forma mais apropriada de excluir determinadas ações do controle social e ocorre por *abolitio criminis* quando uma conduta considerada ilícita deixa de ser crime; quando a infração transfere-se para outro ramo do ordenamento jurídico e mantém-se o ilícito jurídico, mas extingue-se a punibilidade (CARVALHO, 2007).

Percebe-se que com o passar do tempo determinadas condutas sociais delituosas deixam de ser consideradas prejudiciais e passam a ser permitidas, ao passo que vão se adequando socialmente, dessa forma, a lei penal vai perdendo sua aplicabilidade nestes casos, pois a própria vivência social não mais rechaça a ação, ou as pessoas vitimadas não procuram proteção na seara criminal. Com a percepção legislativa do desuso da lei penal decorrente de sua inconveniência, a mesma acaba sendo removida do ordenamento jurídico decorrente da mudança social.

Na seara jurídica brasileira, um relevante exemplo retrata essa situação, com a entrada em vigor da Lei 11. 106/05, verificou-se a descriminalização de vários tipos penais, a saber: o crime de sedução, artigo 217, crime de adultério, artigo 240 dentre outros tipos foram abolidos da seara jurídica criminal.

Já no caso da Lei 11.343/06, nova lei de drogas, salienta-se que não ocorreu um processo de descriminalização para o crime do artigo 28 da nova lei que prevê as condutas de porte de drogas para consumo pessoal

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo”, , mas a despenalização, quando mantém-se o crime, modificando unicamente a punição prevista, afastando a pena de privação de liberdade, mesmo em caso de reincidência, conforme artigo 28, § 4º, “Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

Dessa forma, com a entrada em vigor da nova lei de drogas tem-se no ordenamento jurídico o processo de despenalização do crime relativo ao porte de drogas para uso pessoal.

No que concerne a jurisprudência sobre o tema, destacamos algumas das principais teses adotadas, a saber:

Com a adoção da Nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, não aconteceu a exclusão da criminalização do ato de portar drogas para utilização pessoal, mas ocorreu a simples exclusão da pena, conforme HC 299988/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 17/09/2015 do STJ.

Após sentença condenatória transitada em julgado de crime previsto no artigo 28 da Nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006, que configura o consumo de drogas, embora seja previsto a exclusão da pena, o crime produz reincidência e maus antecedentes, constituindo motivo jurídico apto a majoração da pena, conforme deduz-se da HC 279716/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015;

Aos crimes configurados pelo transporte de drogas para uso pessoal e pelo tráfico de drogas não se aplica o princípio da insignificância, visto tratar-se de delito de perigo abstrato, ou seja, aqueles que para sua configuração não se exige lesão de

um bem jurídico protegido, segundo RHC 57761/SE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015;

Conforme análise da Nova lei de Drogas, Lei nº 11.343/2006 e da jurisprudência sobre o tema, conclui-se que a mudança mais relevante da nova lei de drogas consiste na despenalização do crime de portar drogas para utilização pessoal e da maior rigorosidade para o crime de tráfico de drogas.

4 ANÁLISE DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

O capítulo em tela consiste na análise de 23 audiências de custódia assistidas no Fórum de Olinda, Região Metropolitana do Recife, na Vara: Polo de Audiências de Custódia 02 – Olinda.

As audiências constam de processos ligados ao tipo penal do Tráfico de Drogas, previsto no Artigo 33 e Seguintes da Lei 11.343/06 e verificou os seguintes elementos, a saber:

Na Tabela 1, é analisada as datas das audiências, a quantidade das audiências assistidas no dia com os respectivos tipos penais verificados.

Na Tabela 2, é analisado o respeito aos direitos constitucionais do preso, com base em três elementos, a saber: 1. Se o preso foi assistido tecnicamente por defensor público ou advogado dativo; 2. Se a prisão ocorreu sob os ditames da estrita legalidade e dessa forma, foi homologada ou relaxada; 3. Se foram prestadas todas as informações pelo juiz ao preso no início da audiência sobre o seu direito de permanecer em silêncio sem que isso lhe traga prejuízo processual e sobre a finalidade da referida audiência.

Na Tabela 3, ainda sob a égide do respeito aos direitos constitucionais do preso, a pesquisa também analisou o tratamento destinado ao preso no tocante a sua integridade física e psicológica, com base no questionamento feito pelo juiz ao preso sobre a ocorrência de violência física e tortura no momento da prisão e durante a guarda do preso pela autoridade policial. E ainda sobre o questionamento do preso sobre a realização do exame de corpo de delito e na constatação de violência, o registro em ata, da violência sofrida para posterior apuração por parte do juiz natural durante a fase processual.

Por fim, na Tabela 4, verificou-se a decisão judicial nos casos analisados, sobre a ocorrência os seguintes elementos, a saber: 1. Reincidência criminal; 2. A necessidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou da concessão da liberdade provisória com ou sem a aplicação de outras medidas cautelares diversas prevista no Código de Processo Penal.

4.1 Das Audiências

As audiências de custódia foram assistidas nas datas: 15 e 22 de março, 10 e 31 de maio, 08 de julho e 17 de setembro, todos de 2019. Em relação aos aspectos iniciais, todas as audiências previstas nos respectivos dias foram assistidas com o propósito de obter uma visão geral dos tipos penais de maior ocorrência, como o percentual estatístico do crime de tráfico de drogas.

Tabela 01: Audiência de custódia: tráfico de drogas e outros tipos penais verificados

TABELA 1		
Datas	Tráfico de drogas	Outros tipos penais
15/03/2019	4 Audiências	2 Audiências Ameaça – art. 147 CP. Desacato – art. 331 CP. Furto – art. 157 CP.
22/03/2019	5 Audiências	3 Audiências Furto – art. 155 CP. Receptação – art. 180 CP. Lei Desarmamento – 10.826/2003.
10/05/2019	3 Audiências	2 Audiências Furto – art. 155 CP. Dano – art. 163 CP. ECA – art. 244-B.
31/05/2019	6 Audiências	2 Audiências Desobediência – art. 330 CP. Importunação sexual – art. 215-A CP. Crime de trânsito - art. 306 e 309 do CTB
08/07/2019	2 Audiências	3 Audiências Ameaça – art. 147 CP. Homicídio – art.121CP. Lesão corporal – art. 129 CP. Violação de domicílio – art. 150 CP.
17/09/2019	3 Audiências	2 Audiências Lei Maria da Penha – Lei 11.340/06.

Fonte: O autor, 2019.

Na Tabela 1, tem-se as datas das audiências, e o quantitativo das audiências do dia com seus respectivos tipos penais, e embora a pesquisa restrinja-se ao tipo penal do tráfico de drogas, nas respectivas datas foram assistidas todas as audiências do dia com vistas a saber o quanto de percentual representa o tipo penal de tráfico de drogas em relação aos outros tipos penais verificados nas audiências, além de verificar quais os tipos penais de maior incidência nas audiências.

De acordo com a tabela 1, no dia 15/03/2019 ocorreram 6 audiências de custódia, sendo 4 audiências envolvendo o tipo penal de tráfico de drogas e 2 envolvendo os tipos penais de: Furto, previsto no artigo 157 do código penal, Ameaça, previsto no artigo 147 de código penal e Desacato, previsto no artigo 331 do código penal.

No dia 22/03/2019 ocorreram 8 audiências de custódia, sendo 5 audiências envolvendo o tipo penal de tráfico de drogas e 3 envolvendo os tipos penais de: Furto, previsto no artigo 157 do código penal, Receptação, previsto no artigo 180 do código penal e um crime previsto na Lei do Desarmamento – Lei 10.826/2003.

No dia 10/05/2019 ocorreram 5 audiências de custódia, sendo 3 audiências envolvendo o tipo penal de tráfico de drogas e 2 envolvendo os tipos penais de: Furto, previsto no artigo 157 do código penal, Dano, previsto no artigo 163 de código penal e um crime previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei 13. 257/2016.

No dia 31/05/2019 ocorreram 8 audiências de custódia, sendo 6 audiências envolvendo o tipo penal de tráfico de drogas e 2 envolvendo os tipos penais de: Desobediência, previsto no 330 do código penal, Importunação Sexual, previsto no artigo 215-A do código penal e um crime previsto nos artigos 306 e 309 na Lei de Trânsito – Lei 9.503/1997.

No dia 08/07/2019 ocorreram 5 audiências de custódia, sendo 2 audiências envolvendo o tipo penal de tráfico de drogas e 3 envolvendo os tipos penais de: Ameaça, previsto no artigo 147 de código penal, Homicídio, previsto no artigo 121 do código penal, Lesão Corporal, previsto no artigo 129 do código penal e o crime de Violação de Domicílio, previsto no artigo 150 do código penal.

Finalizando a pesquisa com o dia 17/09/2019, que contou com 5 audiências, sendo 3 audiências envolvendo o tipo penal de tráfico de drogas e 2 envolvendo a Lei Maria da Penha – Lei 11.240/2006.

Com base nas audiências assistidas e nos tipos penais verificados tem-se um total de 37 audiências de custódia realizadas em 6 dias, sendo 23 delas relacionadas

ao tipo penal de tráfico de drogas, e 14 referentes a outros tipos penais diversos, sendo o crime de Furto, o tipo penal que apresenta na pesquisa a segunda maior ocorrência, depois do crime de Tráfico de Drogas.

No tocante ao percentual, o crime de Tráfico de Drogas representou aproximadamente 62% dos crimes praticados, enquanto os demais tipos penais praticados corresponderam a aproximadamente 38% dos crimes analisados na pesquisa.

Tabela 2: Audiência de custódia: defesa técnica, homologação e informação

TABELA 2		
Audiências de Custódia		
	Sim	Não
Defesa técnica por defensor público ou advogado dativo	22	1
Homologação das prisões em flagrante	23	0
Informação sobre a finalidade da audiência e sobre o direito de permanecer em silêncio sem prejuízo de sua defesa.	22	1

Fonte: O autor, 2019.

Com base na Tabela 2, percebe-se que dos 23 casos analisados, somente 1 deles ocorreu sem que o preso tivesse assistência técnica jurídica por parte de defensor público ou advogado dativo. Nesse caso, a audiência ocorreu com ausência de defensor e o juiz, solicitou o registro em ata da audiência a respectiva ausência e um comunicado a Defensoria Pública para as devidas providências, bem como para a Coordenação e sede da Promotoria de Olinda com encaminhamento para o Promotor de Justiça em Direitos humanos para a adoção das medidas cabíveis tendo em vista ser recorrente a ausência de Defensor Público nas audiências do Polo das Audiências de Custódia de Olinda.

Já em relação a legalidade da prisão verifica-se que todas as 23 prisões ocorreram sob os ditames da estrita legalidade, motivo pelo qual foram homologadas pelo juiz. Em relação ao dever de informação caracterizado pela prestação das informações pelo juiz ao preso no início da audiência sobre a finalidade da referida audiência e sobre o seu direito de permanecer em silêncio sem que isso lhe traga prejuízo processual, verifica-se que em somente 1 audiência, o juiz não esclareceu inicialmente o preso sobre a finalidade da audiência como também sobre o seu direito constitucional de permanecer em silêncio.

Tabela 03: Audiência de custódia: violência e tortura; exame de corpo de delito

TABELA 3		
Audiências de Custódia		
	Sim	Não
Ocorrência de violência física e tortura no momento da prisão e durante a guarda do preso pela autoridade policial	7	16
Ocorrência do exame de corpo de delito	23	0
Ocorrência de registro em ata, da violência sofrida para posterior apuração por parte do juiz natural	7	16

Fonte: O autor, 2019.

Na Tabela 3, percebe-se que dos 23 casos analisados, 7 deles relataram ter sofrido violência policial ou tortura no momento da prisão ou durante sua guarda pela autoridade policial. Quando se tem relato de violência física ou tortura o juiz sempre verifica se os relatos foram verificados na realização do exame de corpo de delito e registra no início ata da audiência como observação em negrito de forma bem visível, para que o juiz natural do caso possa visualizar com maior facilidade.

No tocante a realização de exame de corpo de delito, todos alegaram que antes da audiência foram submetidos ao referido exame.

Em relação ao registro em ata da violência ou tortura sofrida por parte do preso no momento da prisão ou durante sua guarda para posterior apuração por parte do juiz natural, tem-se que todos os 7 casos relatados de violência e tortura foram registrados em ata e deixados a critério do juiz natural do processo a identificação do suposto agressor.

Tabela 4: Audiência de custódia: reincidência, conversão da prisão e liberdade provisória

TABELA 4		
Audiências de Custódia		
	Sim	Não
Ocorrência de reincidência criminal	5	18
Ocorrência da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva	17	6
Ocorrência da concessão da liberdade provisória com ou sem a aplicação de outras medidas cautelares	6	17

Fonte: O autor, 2019.

Na Tabela 4, percebe-se que em relação a reincidência criminal dos 23 casos analisados, 5 deles apresentavam registro da reincidência criminal enquanto 18 prisões eram primárias, salienta-se que em relação a reincidência, a maior parte se deu no mesmo tipo penal (tráfico de drogas) e a menor parte em outros crimes, a saber: homicídio, porte ilegal de arma de fogo. Já em relação a conversão ou relaxamento das prisões, das 23 prisões, 17 foram convertidas em prisão preventiva pois o juiz interpretava de forma a não haver possibilidade de substituição da prisão preventiva por quaisquer das outras medidas cautelares previstas no artigo 319 do CPP, as quais foram reputadas como inadequadas e insuficientes para fins da

garantia da ordem pública, no momento da análise. E em relação a ocorrência da liberdade provisória com ou sem aplicação de outras medidas cautelares do artigo 319 do CPP, das 23 prisões em flagrante, 6 delas tiveram concedidas a liberdade provisória, todas com a aplicação de medida diversa, das quais salientamos que as principais medidas diversas aplicadas foram as seguintes: 1. Comparecimento a todos os atos e termos do processo e nos 5 primeiros dia úteis, até o seu término, para informar e justificar suas atividades, devendo a secretaria proceder com registro e acompanhamento em livro próprio; 2. Proibição de mudar de endereço sem prévia comunicação ao juízo processante; 3. Não se ausentar por mais de 8 dias da comarca onde reside; 4. Recolhimento domiciliar no período das 22h às 6h.

4.2 Observações sobre as Audiências

As observações são resultados da análise feita in loco, nos momentos das audiências e resultantes das observações pessoais.

A primeira observação diz respeito à vara das audiências de custódia, no Fórum de Olinda existe uma Vara específica destinada somente as audiências de custódia. Essa Vara fica justamente na saída final do respectivo Fórum, como forma de facilitação da entrada dos presos, aja vista que os mesmos são escoltados pela porta traseira do fórum e entram logo nas respectiva vara, sem que precisem se deslocar por dentro do fórum e até atrapalhar a locomoção das outras varas.

As varas das audiências de custódia funcionam diariamente, inclusive em feriados e finais de semana.

Os servidores da respectiva vara são fixos de segunda a sexta enquanto os juízes e promotores de justiça trabalham em revezamento semanal. Nos finais de semana e feriados tanto os juízes quanto os servidores assistentes trabalham em regime de plantão e são de várias áreas distintas o que dificulta e amplia demasiadamente as audiências. Dessa forma, audiências que durante a semana com os servidores próprios da vara demoram em média de 15 a 20 minutos, aos finais de semana duram até 40 minutos, e é perceptível a dificuldade enfrentada tanto pelos juízes quanto pelos assistentes.

Em relação a defesa a situação é mais complicada, pois dificilmente conta com a presença de defensor público, maior parte das vezes ocorre defesa por meio de advogado dativo que fica aguardando antecipadamente na vara pela oportunidade de ser chamado a postular. Particularmente teve uma audiência que ocorreu sem a presença de defensor público e advogado dativo e inclusive foi nessa mesma audiência que o juiz não prestou o dever constitucional de informação, esclarecendo devidamente e inicialmente o preso quanto a finalidade da audiência e sobre o seu direito de permanecer em silêncio se assim o desejar sem que essa atitude lhe traga prejuízo processual.

Isso gera uma certa inconsistência processual, posto que, os juízes operam de forma muito distinta, como exemplo, tem juiz que inicia as audiências às 12h, outro às 13h30 e assim sucessivamente, tem juiz que segue um roteiro quando ao dever de informação, outros cumprem parcialmente, outros até não cumprem.

No tocante ao direito de defesa técnica para o preso, a falta de defensores públicos é visível, pois em todas as audiências, somente em cinco delas contou com defensor público, quatro audiências com advogado constituído, uma audiência sem defesa, e 13 audiências com advogado dativo.

Vale salientar que o advogado dativo parecia ter muito menos experiência e maior dificuldade para defender o preso, enquanto o defensor público demonstrava mais experiência e apresentava maior segurança e desenvoltura na defesa. Um caso que chamou a atenção foi em relação a um advogado dativo que pediu a conversão da prisão em flagrante em preventiva expondo inclusive a conversa pessoal que teve com o preso, apresentando uma postura contraditória como função exercida.

Um elemento que chamou a atenção foi sobre as decisões dos juízes em somente uma das audiências o juiz não homologou os pedidos do promotor de justiça, em todas as outras vinte e duas audiências o juiz homologou os pedidos do promotor de justiça, restando uma sensação de que aquela era uma regra pré-determinada.

5 CONCLUSÃO

A trabalho em tela analisou as vantagens e as desvantagens da implementação da audiência de custódia no município de Olinda nos casos de tráfico de drogas afirmando que essa implementação possibilitou a diminuição das prisões provisórias, evitando uma elevada população carcerária, e ao mesmo tempo, permitindo que os presos em flagrante tenham seus direitos constitucionais respeitados com base nas análises das audiências de custódia assistidas no município de Olinda.

Desse modo, no trabalho fora explicitado o que vem ser o instituto da audiência de custódia, sua finalidade, seu processo de inserção no ordenamento jurídico pátrio e no Tribunal de Justiça de Pernambuco quando passou a vigorar na prática processual da Região Metropolitana do Recife, mais precisamente no município de Olinda, lócus da pesquisa.

Na pesquisa percebeu-se que a referida audiência se apresenta como elemento processual de grande importância, visto que permite ao preso o seu primeiro momento de defesa após a prática do ato que ensejou a prisão. E sem dúvida alguma, a tríade processual formada pelo juiz de direito, pelo promotor de justiça e pelo defensor público ou advogado dativo ou constituído, perfazem o mecanismo mais apropriado para, a partir da análise dos fatos que ensejaram a prisão, verificarem a legalidade da prisão, homologando-a ou relaxando-a conforme o caso analisado.

Com base na análise dos dados obtidos, percebe-se que a audiência de custódia serve como mecanismo proativo de desestímulo por parte dos policiais quanto a prática de violência física e psicológica ou tortura contra os presos no momento da prisão ou durante a guarda do preso pelas autoridades policiais, pois das 23 audiências estudadas, em apenas 7 delas, os presos relataram terem sofrido violência ou tortura, por outro lado, a morosidade na investigação dos possíveis infratores constitui elemento negativo, visto que o juiz que preside a audiência de custódia, somente registra em ata a ocorrência da violência ou tortura, deixando a cargo do juiz natural a apuração da violência ou tortura, e se o mesmo achar conveniente.

Em relação a reincidência criminal e a necessidade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ou da concessão da liberdade provisória com ou sem a aplicação e outras medidas cautelares diversas, em relação as audiências

assistidas, nos crimes de tráfico de drogas, ocorreu reincidência criminal em apenas 6 das 23 audiências, por outro lado, ocorreu a conversão da prisão em flagrante em preventiva em 17 das 23 audiências e em apenas 6 casos ocorreu a concessão de liberdade provisória com a aplicação de outras medidas cautelares. Desse modo, percebe-se que pela elevada reprovabilidade da conduta de tráfico de drogas e das circunstâncias que ensejaram a prisão, tem-se uma intensificação no número de prisões provisórias, visto que os juízes reputam como inadequadas e insuficientes para fins de garantir a ordem pública, quaisquer outras medidas diversas da prisão.

Dessa forma, a hipótese da pesquisa não é confirmada quanto a contribuição da implementação das audiências de custódia como mecanismo de diminuição das prisões provisórias, pelo menos no que concerne ao tipo penal de tráfico de drogas e no montante das audiências assistidas no município de Olinda, mas também é notório que o referido instituto constitui indiscutivelmente mais um elemento que somado a outros, venham a melhorar a caótico sistema prisional de encarceramento em massa vivenciados em nosso país.

Por outro lado, fica evidenciado que a audiência de custódia é um importante instrumento de efetivação dos direitos constitucionais do preso, pois permite uma fiscalização judicial na atuação das autoridades policiais, sobretudo no momento da prisão e da guarda do preso, coibindo a violência em todas as suas feições, como também a tortura, permitindo o tratamento mais humanizado ao preso.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BRASIL. **Lei 11.343/06**, de 23 de Agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Audiência de custódia no Rio de Janeiro tem três aspectos preocupantes. *In: Consultor jurídico*, 2015. Disponível em: <http://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Audi%C3%Aancia-de-cust%C3%B3dia-no-RJ-tem-pontos-preocupantes.pdf>. Acesso em: 14 mai. 2019.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CNJ – **Audiência de Custódia**. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em: 14 mai. 2019.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Jailton Neri da Fonseca vs. Brasil**. (Caso 11.634). Informe de mérito do dia 11.03.2004, § 59, disponível em <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>. Acessado no dia 19 de abril de 2019.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Dicionário Compacto de Direito**. 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2008.

HULSMAN, Louk. Descriminalização. *In: Revista de Direito Penal* (09/10). Rio de Janeiro: Forense, 1973.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de Custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal. *In: Conjur*, 2014. Disponível em: www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal. Acesso em: 03 mai. 2019.

OLIVEIRA, Gisele Souza de; JUNIOR, Samuel Meira Brasil; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, William. **Audiência de Custódia**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o Processo penal Brasileiro**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

_____. _____. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RIBEIRO, Lucas de Matos. A audiência de custódia e sua implementação no estado do Rio Grande do Sul. *In: Âmbito Jurídico*, 2019. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18559&revista_caderno=22. Acesso em: 14 mai. 2019.

SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento, volume I. 5. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2000.