

JULGANDO A LIBERDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS DECISÕES EM HABEAS CORPUS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS

AYLA DE SOUZA CAMPOS:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade Federal do Amazonas.

Resumo: O presente trabalho se propõe a discutir a prisão preventiva, a partir de uma análise de decisões em *Habeas Corpus* proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Nos capítulos introdutórios, discute-se, em primeiro lugar, o instituto jurídico da prisão preventiva. Para alcançar o objetivo visado, foi utilizado o método dedutivo de pesquisa, pela reunião de referencial teórico atinente ao tema, com a posterior análise das decisões judiciais. Posteriormente, realizou-se a análise do discurso judicial nas decisões que concedem e denegam o *habeas corpus*. Desse estudo, concluiu-se que, ainda que a prisão preventiva seja caracterizada como medida excepcional pelo direito penal, na prática, o que se enxerga é uma verdadeira desconsideração aos direitos e princípios constitucionais, a exemplo da presunção da inocência, justificados pelo caráter punitivista da técnica penal.

Palavras-chave: Prisão preventiva. *Habeas Corpus*. Decisões judiciais.

Abstract: The present work proposes to discuss preventive detention, based on an analysis of decisions in *Habeas Corpus* handed down by the Court of Justice of the State of Amazonas. In the introductory chapters, the legal institute of preventive detention is discussed first. To reach the objective, the deductive method of research was used, by the meeting of the theoretical reference related to the theme, with the subsequent analysis of the judicial decisions. Subsequently, the analysis of the judicial discourse was carried out in the decisions that grant and deny *habeas corpus*. From this study, it was concluded that, although preventive detention is characterized as an exceptional measure by criminal law, in practice, what is seen is a true disregard for constitutional rights and principles, such as the presumption of innocence, justified by the punitive character of penal technique.

Keywords: Preventive detention. *Habeas corpus*. Court decisions.

Sumário: 1. Introdução – 2. Da prisão cautelar; 2.1. Os fundamentos da prisão preventiva – 3. O julgamento de *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça do Amazonas: 3.1. Sistematização dos indicadores coletados; 3.2 - O discurso judicial na decisão denegatória de liberdade; 3.3. O discurso judicial na decisão que concede a liberdade; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas. 6. Relação das decisões pesquisadas.

1 INTRODUÇÃO

As discussões sobre Processo Penal são sempre atiçadoras das mais intensas controvérsias, tanto aos estudiosos da academia quanto aos expectadores dos jornais televisivos. É interessante observar como cada indivíduo reage à notícia de um crime e ao seu respectivo processamento, o ímpeto de vingança faz cada sujeito clamar pela prisão imediata, exposição, difamação, e até a morte do outro.

O que se pode perceber é que a população em geral considera que a prisão dos suspeitos e dos acusados ao longo da investigação e do processo penal deve ser a regra, caso contrário a impunidade continuará reinando solta no país. Além disso, entende-se que o Poder Judiciário solta mais do que manda prender, sob o argumento de que no Brasil há um “*excesso de garantismo*”, razão pela qual fala-se que “*a polícia prende e a justiça solta*”.

Apesar do senso comum acreditar que no Brasil se prende pouco, é notório que o Brasil é um dos países cujo sistema penal transmite as mais deletérias informações. Mais de setecentos mil presos, segundo a contagem que remonta ao ano de 2016, a terceira maior população prisional do mundo em números absolutos, além de um conjunto nada equilibrado, predominantemente jovem, da cor preta ou parda e de baixíssima instrução.

Enquanto o senso comum exige a vingança e resposta imediata, a Constituição Federal vincula o sistema processual a direitos e garantias fundamentais. Entretanto, não é difícil visualizar uma resistência, inclusive do judiciário, no reconhecimento desses direitos como estruturas legítimas e indissociáveis do sistema.

A partir desse cenário que se insere a justificativa da presente pesquisa, na medida em que se busca analisar decisões prolatadas em sede de *Habeas Corpus*, a fim de revelar os discursos judiciais presentes nas decisões que negam ou concedem a liberdade do acusado. Dessa forma, busca-se contrapor o imaginário popular com a *práxis* judicial.

A pesquisa não se restringe apenas ao método quantitativo ou ao método qualitativo, tendo em vista que entendemos que a aplicação de ambos os métodos nos permitiria ter uma série de resultados que se completariam entre si e nos ajudaria a compreender melhor o problema. O trabalho não se pretende puramente descritivo. Ao contrário, o conhecimento tem aqui, um sentido de transformação.

2 DA PRISÃO CAUTELAR

No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal, além de ser considerado um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção protetora do indivíduo, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, pois sem dúvida o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

No entanto, a presunção de inocência não é absoluta e pode ser relativizada pelo uso das prisões cautelares. O que permite a coexistência, além do requisito e fundamento cautelar, são os princípios que regem as medidas cautelares.

É importante compreender desde logo que se pode prender alguém, em qualquer fase ou momento do processo ou da investigação preliminar, inclusive em grau recursal, desde que exista uma necessidade cautelar, isto é, o preenchimento do requisito e fundamento cautelar previsto no art. 312 do Código de Processo Penal.

A prisão preventiva e a prisão temporária são as prisões cautelares que foram recepcionadas pela Constituição de 1988. Após a reforma de 2011, não existem mais a prisão decorrente da pronúncia e a prisão decorrente da sentença penal condenatória recorrível. Elas agora, como determinam os respectivos arts. 413, §3º, e 387, §1º, do CPP, passam a ser tratadas como prisão preventiva.

Após o trânsito em julgado, o que temos é uma prisão-pena, ou seja, a execução definitiva da sentença e o cumprimento da pena privativa de liberdade.

No presente estudo, o foco é a prisão preventiva e é no sentido de que se possa compreender quais são as previsões legais para que a prisão preventiva possa ser decretada que este capítulo está estruturado.

2.1 OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é um instituto cautelar destinado à tutela do regular andamento do processo e de seu fim útil, podendo ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. Ademais, mesmo na fase recursal, se houver necessidade real, poderá ser decretada a prisão preventiva.

A prisão preventiva somente pode ser decretada por juiz ou tribunal competente, em decisão fundamentada, a partir de prévio pedido expresso (requerimento) do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Não se pode esquecer do disposto no art. 313, I, ou seja, do não cabimento de prisão preventiva quando a pena for igual ou inferior a 4 anos. Portanto, incompatível com os crimes em que cabe ação penal privada (nos quais o apenamento é inferior ao exigido pelo art. 313, I).

Partindo do art. 312, verifica-se que o *fumus commissi delicti* é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam “prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”. A fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.

Como explica o professor Aury Lopes Jr.¹, o *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.

Além do *fumus commissi delicti*, a prisão preventiva exige uma situação de perigo ao normal desenvolvimento do processo, representada pelo *periculum libertatis*. Pode-se considerar que o *periculum libertatis* é o risco processual decorrente da liberdade do indivíduo. Assim, no processo penal brasileiro, falar em *periculum libertatis* invoca as quatro expressões legais do art. 312: conveniência da instrução criminal, garantia da aplicação da lei penal, ordem pública e ordem econômica.

Um risco à conveniência da instrução criminal pressupõe a necessidade de tutela da prova, ou seja, o imputado deve estar ameaçando a regularidade da instrução probatória. A garantia da aplicação da lei penal remonta o risco de fuga do imputado, ou seja, devem ser demonstrados indícios concretos de frustração de uma futura aplicação de pena.

É possível observar que os dois fundamentos de prisão preventiva supramencionadas possuem uma finalidade eminente cautelar – buscam a tutela do regular andamento do processo e do seu resultado útil. Entretanto, o fundamento da ordem econômica e de ordem pública podem ser considerados fundamentos com efeitos extraprocessuais, ou seja, almejam efeitos para fora dos autos (extra-autos).

A ordem econômica é um fundamento com efeitos “extraprocessuais”. Segundo Aury Lopes Jr.,

¹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ªed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 633-635.

[...] tal fundamento foi inserido no art. 312 do CPP por força da Lei 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 valores².

A expressão “garantia da ordem pública” é extremamente vaga e indeterminada, gerando controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu real significado. A ordem pública pode ser considerado verdadeiro instrumento de encarceramento cautelar do Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Segundo Alexandre Morais da Rosa,

O fundamento da ordem pública é retoricamente manipulável, afinal de contas qual a conduta criminalizada que não alterou a dita “ordem social”? Assim, o art. 312 do CPP utiliza-se de termos claramente ‘vagos’ e ‘ambíguos’ [...] para acomodar matreiramente em seu universo semântico qualquer um, articulando-se singelos requisitos retóricos, valendo, por todos, a anemia semântica do art. 312 do CPP [...]. Entretanto, a maioria dos Tribunais manipula retoricamente as premissas para fazer prevalecer a mentalidade autoritária, com ampla utilização de prisões cautelares. [...]. Mesmo assim, com muito contorcionismo, decisões são baseadas em compreensões que simplesmente ignoram o disposto no art. 282, I, do CPP e o art. 5º da CR/88, decretando-se, sem fundamento legal, a prisão cautelar pela ordem pública³.

A literatura especializada, em parte, manifesta-se pela inconstitucionalidade do fundamento da prisão “para garantia da ordem pública”, mormente em face do amplíssimo caráter normativo que o circunda, eis que, nesse aspecto, cabe ao julgador a definição de ordem pública em dentro dessa definição, identificar o perigo que a liberdade individual pode significar para ela.

3 O JULGAMENTO DE *HABEAS CORPUS* PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS

A pesquisa em Direito é alvo de frequentes críticas que põe em questão sua própria cientificidade. Conhecer os fenômenos jurídicos através das lentes da dogmática, em que pese sua relevância, é insuficiente para compreender a realidade. Para o conhecimento do sistema penal e também para a compreensão dos mecanismos de encarceramento, é claramente insuficiente que a análise se restrinja ao estudo no âmbito legal.

Daí a importância da presente pesquisa, que pretende ir além do estudo do conteúdo de material bibliográfico, por meio da análise crítica e sistemática das decisões proferidas em habeas corpus pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

Considerando os números de presos provisórios no Brasil, a afirmação de Zaffaroni⁴ (2011, p. 70) de que o poder punitivo na América Latina fez uma opção por “*medidas de contenção provisória*”, este trabalho analisou um grupo de decisões proferidas em *habeas corpus* no âmbito do Tribunal de Justiça do Amazonas através de suas câmaras criminais.

² LOPES, JR., Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 638;

³ MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 4ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 585-587.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 70.

A finalidade da pesquisa é compreender se as decisões judiciais têm observado a natureza, a finalidade, os princípios e os fundamentos da prisão preventiva. Diante do expressivo número de presos provisórios no Brasil, propõe-se, por meio do presente trabalho, compreender se as razões que têm sido invocadas em decisões judiciais harmonizam-se com a natureza, a finalidade, os princípios e os fundamentos da medida delineados no plano teórico.

3.1 SISTEMATIZAÇÃO DOS INDICADORES COLETADOS

Concluída a exposição sobre a prisão preventiva, passa-se, agora, à exposição dos resultados obtidos através de pesquisas realizadas no campo de jurisprudência do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

O Tribunal de Justiça do Amazonas é formado por 26 (vinte e seis) desembargadores e possui 2 (duas) câmaras criminais, formadas estas por 4 (quatro) desembargadores.

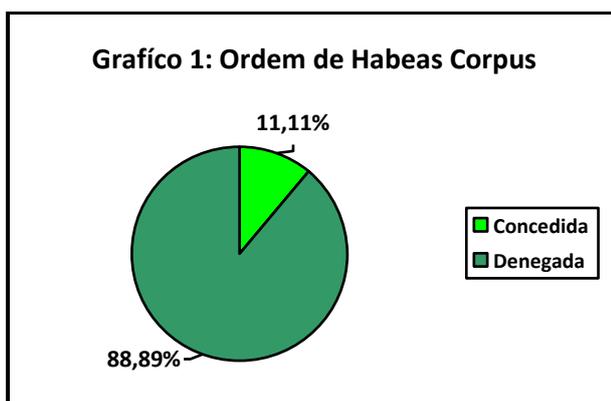
Cumprе ressaltar que neste trabalho foi utilizado o critério da seleção dos acórdãos através da pesquisa dos acórdãos publicados entre 01 de março de 2021 e 01 de abril de 2021, tendo sido obtidos pelo sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. O recorte temporal implementado justifica-se pela escassez de tempo para a realização do presente artigo científico, além da praticidade, de forma a selecionar um número não excessivo de decisões judiciais, que culminasse por prejudicar o bom andamento da pesquisa.

A seleção dos acórdãos através do critério da data de publicação possibilitou que fossem encontrados acórdãos dos quais o objeto da decisão não era acerca da prisão preventiva. Sendo assim, mediante a leitura dos acórdãos, foi feita uma seleção dos *habeas corpus* impetrados perante a 1ª Câmara Criminal e a 2ª Câmara Criminal do TJAM, de forma que apenas os que tinham como objeto a prisão preventiva foram selecionados.

Após a leitura de todos os acórdãos, encontrou-se 90 decisões que apreciavam *habeas corpus* cujo objeto da impetração era a alegação de constrangimento ilegal em razão da prisão cautelar imposta ao acusado.

O Gráfico 1 apresenta uma informação muito relevante para o presente estudo, pois consolida as 90 decisões colegiadas tomadas nos autos dos *habeas corpus* impetrados perante as Câmaras Criminais do TJAM.

Dos 90 *habeas corpus*, o Tribunal denegou em 88,89% (80 decisões) e concedeu a ordem para determinar a soltura em 11,11% (10 decisões).



Já se percebe que a quantidade de ordem concedida é ínfima, razão pela qual é possível afastar a ideia de que os juízes sejam, de alguma forma, lenientes para com a punição e prisão de indivíduos, ou seja, a polícia prende e os juízes também.

De acordo com dados do Infopen, em dezembro de 2019, observa-se que o Brasil contabilizava 748.009 pessoas privadas de liberdade, interligadas ao sistema penitenciário. Destes, 30,4% são presos provisórios⁵.

Com base nas informações obtidas, apurou-se que 76 dos pacientes tinham advogado constituído e apenas 14 eram assistidos pela Defensoria Pública.

Dos 90 *habeas corpus* analisados, 57 foram originários da capital (Manaus) e 33 de comarcas do interior do Amazonas. Dos 14 pacientes que eram assistidos pela Defensoria Pública, 9 foram *habeas corpus* originários da capital e 5 originários de comarcas do interior do Amazonas (Maraã, Manacapuru, Humaitá, Barreirinha e Coari).

Neste ponto, importante destacar que de acordo com o II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil em 2019-2020 (Pesquisa produzida pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos – ANADEP – em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Ipea⁶), o Amazonas teve um movimento positivo de expansão de cargos de defensor público no período analisado (2013 e 2019).

Entretanto, apesar da expansão da Defensoria Pública do Estado do Amazonas, ainda se trata de número aquém das demandas para promover um efetivo acesso a direitos e à justiça, especialmente em municípios de pequeno porte⁷.

Na região Norte, destacavam-se os déficits de defensores(as) nos estados do Pará e Amazonas, em grande parte concentrados em municípios de pequeno porte. De acordo com o relatório, em 2019/2020, das 61 comarcas existentes no Estado do Amazonas, apenas 33 eram atendidas pela Defensoria Pública.

Por fim, para a amostra, mapeamos a relação entre tipos penais e resultado. Das 90 decisões da amostra que continham informações sobre o tipo penal, os mais prevalentes são tráfico de drogas, homicídio e roubo.

Tabela 1: Relação de crimes que justificaram a prisão preventiva dentre os *habeas corpus* analisados e a quantidade de ordens concedidas e denegadas.

Tipo penal	Incidência	Concedida	Denegada
Tráfico de drogas e/ou associação para o	41	3	38

⁵ INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>.

⁶ Disponível em:

<https://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/49336/MAPA_RELATORIO_DIGITAL_.pdf>.

⁷ É importante ressaltar que os dados para o II Mapa foram coletados em 2019/2020. Nas tabelas e gráficos que são apresentados no relatório o número de defensoras e defensores públicos apontado é de 6027 cargos providos e 5913 cargos em atuação-fim. Atualmente, em razão de concursos públicos e nomeações ocorridas entre maio de 2020 a maio de 2021, o Brasil já alcançou o número de 6235 defensoras e defensores estaduais e distrital.

tráfico de drogas ilícitas			
Roubo, latrocínio, furto, receptação e estelionato	18	2	16
Homicídio	20	1	19
Posse ou porte ilegais de arma de fogo	3	1	2
Crimes contra a dignidade sexual	4	0	4
Outros ⁸	4	3	3

A tabela em si revela um grupo pequeno de crimes dos quais resultaram prisões. Observa-se que os crimes relacionados ao tráfico de drogas somado aos crimes contra o patrimônio foram responsáveis por 65,5% dos casos de *habeas corpus* analisados.

Os crimes relacionados às drogas ilícitas são responsáveis por 20,28% da população prisional brasileira, os quais ajudam a superlotar o já precário e abandonado sistema penitenciário, sendo causa de rebeliões, mortes e violências de todas as espécies. Os crimes relacionados às drogas ilícitas juntamente com os crimes contra o patrimônio são responsáveis por 71,24% da população prisional do Brasil⁹.

O discurso declarado do sistema penal de proteção é no sentido de proteção de uma quantidade muitíssimo maior de bens jurídicos, mas o que se observa é uma seletividade do sistema penal.

3.2 O DISCURSO JUDICIAL NA DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIBERDADE

Em relação às denegações, analisou-se os principais critérios utilizados para motivar as denegações. Daí, notou-se critérios como a garantia da ordem pública e a aplicação dos enunciados das Súmulas 21 e 52 do Superior Tribunal de Justiça.

No pedido de liberdade por excesso de prazo não se questiona a prisão em si ou os motivos que a ensejaram, mas sim o tempo da prisão. Quando se trata, porém, de ausência de motivos para a prisão cautelar, o questionamento se dá sobre as razões fáticas, mas também legais que autorizam ou não a prisão.

No que se refere ao excesso de prazo e as súmulas 21 e 52 do STJ, os tribunais superiores não seguem um prazo fixo para verificação acerca do excesso de prazo da prisão preventiva, portanto a contagem dos prazos pura e simplesmente não pode ser critério para auferir a ilegalidade da prisão, o contexto do processo de um modo geral, seus sujeitos e a demora necessária, são fatores que aliados à proporcionalidade e razoabilidade, são parâmetros a serem observados ao analisar a ilegalidade da prisão por excesso de prazo.

A súmula 21 tem a seguinte redação: “*Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução*”, portanto a súmula foi elaborada com o objetivo de que no procedimento do tribunal do júri, após a sentença de pronúncia a defesa não poderia mais alegar a existência de excesso de prazo na formação da culpa. Já no que se refere à súmula 52, que tem a seguinte redação:

⁸ Neste item constam crimes com número menos expressivo: embriaguez ao volante, descumprimento de medidas protetivas de urgência, pesca em local proibido, dano.

⁹ INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>.

“Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. De acordo com Luiz Regis Prado:

De mais a mais, tais enunciados sumulares criam uma restrição do texto constitucional para algo como razoável duração da primeira fase do procedimento bifásico de crime doloso contra a vida e razoável duração da fase instrutória, situações não aceitas sequer em sua corte criadora. É bastante claro que a ideia dessas três súmulas vem a ser a de facilitar a vida do julgador e evitar que a defesa exercite seu *munus* ampla ou plenamente, pois embaraça a atuação do advogado a possibilidade de ver sofrer seu cliente por uma prova que foi requerida por ele. Logo, são súmulas que nada têm a ver com o respeito a direitos fundamentais, portanto, eivadas de inconstitucionalidade¹⁰.

Um último recorte de fundamento foi realizado, considerando apenas os denegados sob o fundamento de que a prisão era legal ante a necessidade de garantia da ordem pública. Vejamos os excertos de algumas das decisões judiciais dos *habeas corpus* analisados:

[...] In casu, a prisão cautelar não declina em face de condições favoráveis ao Paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, pois neste caso deve ser levado em consideração a natureza do delito, qual seja, crime de Tráfico de Drogas, tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

III A ordem pública, neste momento processual, deve ser resguardada, motivo que torna necessária a repressão.

[...]

Em obediência ao art. 315 do CPP, cabe consignar que o crime imputado ao paciente é de natureza gravíssima, com notória repercussão negativa na coletividade, tornando manifesta, portanto, a periculosidade do segregado e a consequente necessidade de adequada e pronta resposta do Estado, o que perfaz mais uma vez a manutenção da medida cautelar, em atendimento não somente à ordem pública (art. 312 do CPP), mas também à conveniência da instrução criminal. [...] (HC-12).

[...] Dessa feita, extrai-se dos Autos que o Paciente encontra-se preso preventivamente, considerando a prática do delito de tráfico de entorpecentes (art. 33, da Lei n.º 11.343/06), cuja prisão fora decretada como garantia da ordem pública, essencial no caso dos Autos, posto que o delito cometido pelo Paciente é concretamente grave e justifica a manutenção de sua prisão até o presente momento, não sendo o caso, portanto, de fixação de medidas cautelares, ante o risco concreto à manutenção da ordem pública, encontrando-se presentes os requisitos da prisão preventiva, nos termos do art. 312, do CPP, o que denota o perigo em concreto em sua liberdade. [...] Imprescindível à defesa da incolumidade pública, não podendo a sociedade permanecer à mercê de pessoas que se revelam perigosas e predispostas à prática de atos de violência. [...] (HC-32).

[...] A despeito das alegações do Impetrante, verifico, da detida análise do feito, a presença dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva, quais sejam: o *fumus comissi delicti*, consubstanciado nos indícios de autoria e na prova da materialidade e o *periculum libertatis*, fundamentado na garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade do delito, consubstanciado na infração ao art. 14, da Lei n.º 10.826/03. [...] (HC-62).

O fato de o conceito da ordem pública ser vago e impreciso possibilita uma vasta construção argumentativa para justificação da prisão. Alguns tipos penais sensibilizam os julgadores de forma mais acentuada para manter a supressão da liberdade do indivíduo,

¹⁰ PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. *Prisão Preventiva: a contramão da modernidade*. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 163.

como é o caso do delito de tráfico de drogas. O alarde e a consideração de que a sociedade está em risco são frequentes:

Os crimes praticados pelo paciente - tráfico de drogas e associação para o tráfico-, são daqueles considerados vis e ignóbeis, causadores de enorme repulsa social, sobretudo por alimentarem toda uma cadeia de infrações penais. As enigmáticas questões que envolvem esses delitos se avultaram com incrível velocidade no meio social. Os informes televisivos, a grande mídia escrita e mais atualmente as notícias digitais, em formato podcast, revelam, nitidamente, que os quatro cantos deste imenso Brasil têm tido um indevido incremento na criminalidade, tendo como eixo comum entre eles a perpetração do crime de tráfico de drogas como causa hegemônica de sua ocorrência. (HC-69).

O julgador incorpora os traços do pânico moral para tratar o tráfico, genericamente, como o destruidor de lares, da moralidade, da família e de qualquer norma de convivência que possa manter a sociedade de pé.

É possível apurar os fundamentos aduzidos para manter a prisão cautelar e perceber que o que está em julgamento, antes do réu, é o próprio crime de tráfico de drogas. A dinâmica dos processos que julgam tráfico de drogas é prender primeiro, perguntar depois. Tanto há excesso na decretação e manutenção de prisões que não resultarão em penas, como há nítido esvaziamento do sentido de cautelaridade.

De acordo com Marcelo Semer:

Há nitidamente uma sensação de que o tráfico de drogas é, efetivamente, um delito de imensa gravidade, mais por seu timbre “equiparado a hediondo”, do que propriamente pelas particularidades do caso concreto. E, com ela, uma aposta desmesurada no encarceramento como forma de solução, naquilo que se constitui, a essa altura, uma espécie de triunfo da esperança sobre a experiência. Acossados pelos reflexos não tão passageiros do pânico moral, suportando o silêncio sobre violências para confiar nos propósitos da polícia, seja na repressão, seja na instrução, os juízes, em grande medida, abonam a tutela da ordem pública que se dá ao crime de tráfico preterindo-se questões sanitárias¹¹.

No mesmo sentido é Luís Carlos Valois:

Criam-se varas especializadas em crimes de tráfico de drogas que, assim como varas de combate, dão ao magistrado, conforme indicam os nomes dessas varas, o simbolismo, a função de combatente que, por certo, tem formado a postura do ser humano juiz. Embora seja básico o conceito de que juiz é juiz e não vingador. De que juiz é juiz e não *Batman*, a percepção dos próprios juízes “como agentes garantidores da segurança pública” tem sido proporcional ao descrédito atribuído ao Direito como instrumento de paz social, levando à tendência de se ver a prática jurisdicional como mais um elemento da política de (in)segurança do Estado¹².

Ainda é possível vislumbrar-se o uso da garantia da ordem pública para fundamentar a necessidade de prisão preventiva para reestabelecer a credibilidade das instituições. Trata-se de uma falácia, porque “*nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção*”. Seria, pois, preocupante “*que a crença da*

¹¹ SEMER, Marcelo. Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/publico/1346596_Tese_Parcial.pdf>.

¹² VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2.ed. – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 431.

*população nas instituições jurídicas dependa da prisão de pessoas*¹³”. Afinal, se o poder público (punitivo) se vale de prisões para se legitimar, cresce em dimensão o estado de polícia.

A violação reiterada ao estado de inocência produzida pela a prisão preventiva para a garantia da ordem pública remonta, em boa parte, à importação de categorias impróprias do processo civil para o processo penal, a exemplo de tratar prisões processuais como tutelas de urgência do processo civil.

Apesar do crescimento contínuo de encarceramento em relação aos crimes ligados a drogas, e a pesquisa concluir pelo exagero excessivo de prisão provisória, ainda assim, o conjunto dos juízes avalia uma certa insuficiência na repressão. Pesquisa institucional realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros¹⁴, em 2015 apontou que 67,0% eram a favor da proibição de liberdade provisória, com ou sem fiança, para os mesmos delitos.

Embora já a tenhamos tido, todas as normas que previam alguma espécie de compulsoriedade na prisão provisória estas foram consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, desde a Lei dos Crimes Hediondos. A obrigatoriedade da cautela, aliás, não seria apenas um retorno ao autoritarismo. Nas lúcidas palavras de Herbert Packer: “*Uma sociedade que tolera secretamente a prisão indiscriminada é hipócrita; mas aquela que aprova sua legalidade está no caminho certo para se tornar um totalitarismo.*”¹⁵

3.3 O DISCURSO JUDICIAL NA DECISÃO QUE CONCEDE A LIBERDADE

Os *habeas corpus* que foram providos são aquele grupo de decisões em que se reconhece a procedência do pedido, ou seja, em que resta evidenciada para o tribunal a coação ilegal contra o direito de ir e vir, e por conseguinte, expede-se alvará de soltura.

Dos 90 *habeas corpus* analisados, em apenas 10 houve a concessão da ordem para determinar a soltura do paciente, dentre os quais 6 tinham advogado constituído e 4 eram assistidos da Defensoria Pública.

O excesso de prazo, a decretação de prisão preventiva de ofício, a ausência de proporcionalidade e a manutenção da prisão preventiva tão somente em razão da falta do recolhimento da fiança foram as principais razões veiculadas como justificativa para a existência de manifesta coação ilegal ou abuso de poder nos *habeas corpus* concedidos pelo tribunal.

Entre 3 das ordens concedidas, a tese alegada pelos impetrantes foi o constrangimento ilegal pelo excesso de prazo para a formação da culpa.

Em um dos casos (HC-3), o acusado havia sido preso em 23 de setembro de 2013 em razão da suposta prática do crime de homicídio e a sentença de pronúncia foi proferida no dia 13/08/2018. A impetração foi realizada pela Defensoria Pública em 18 de janeiro de 2021 e cingiu-se à alegação de excesso de prazo, posto que sequer havia data para

¹³ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 114.

¹⁴ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. “Pesquisa AMB 2015 – A AMB quer ouvir você”. **Cadernos de resultados**. Disponível em <http://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Revista_Resultado_Pesquisa_AMB_2015_para_site.pdf>.

¹⁵ PACKER, Herbert. **The Limits of the Criminal Sanction**. Stanford: SUP, 1968, p. 179.

juízo pelo plenário do tribunal do júri, encontrando-se o paciente, então, preso, há mais de 7 anos.

Ao julgar o HC nº 588.172/AM, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o excesso de prazo na prisão do corréu, que havia sido preso na mesma data do paciente. A partir disto, a 1ª Câmara Criminal do TJAM concedeu a ordem, a fim de determinar a liberdade do paciente, tendo sido estendidos os benefícios concedidos ao corréu pelo STJ.

Em um *habeas corpus* (HC-72) impetrado no dia 07 de outubro de 2020, o advogado alegou o excesso de prazo, tendo em vista que o paciente se encontrava preso desde o dia 15 de agosto de 2020, em razão da suposta prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, sem que sequer houvesse sido oferecida a denúncia pelo Ministério Público. O Tribunal concedeu a ordem, além de ter afirmado no teor da decisão que o réu já cumpriu mais da metade da sanção penal abstratamente cominada ao crime.

Já em um caso de prisão pela prática do crime de roubo (HC-20), a Defensoria Pública alegou o excesso de prazo, tendo em vista que o paciente estava preso há mais de 2 anos, sem que sequer houvesse sido designada data de audiência de instrução e julgamento. A 1ª Câmara Criminal reconheceu que o excesso de prazo para a finalização dos atos instrutórios é manifesto, extenso e injustificável. Diante disso, entendeu-se configurado constrangimento ilegal por ofender o princípio da razoabilidade em razão do excesso de prazo para a conclusão da instrução probatória.

Outra tese alegada pelos impetrantes é a impossibilidade de prisão de ofício. No *habeas corpus*-19, o acusado teve a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva em razão da suposta prática do delito de tráfico de drogas e associação para o tráfico. Naquela ocasião, o juiz converteu a prisão em flagrante dos pacientes em prisão preventiva, apesar do representante do Ministério Público ter se manifestado pela liberdade provisória.

Importante destacar que a Lei nº 13.964/2019 promoveu alterações no Código de Processo Penal, houve a supressão da expressão "*de ofício*" dos arts. 282, §2.º e 4.º, e 311, vedando-se, de forma expressa, a decretação da prisão preventiva sem o prévio requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da Autoridade Policial ou mediante requerimento do Ministério Público.

Com base na alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019 e entendimento do STJ, a 1ª Câmara Criminal concedeu a ordem, tendo em vista a impossibilidade de decretação de prisão de ofício.

Um caso peculiar (HC-33) foi o de uma prisão em razão da suposta prática do delito de pesca proibida que é previsto no art. 34 da Lei nº 9605/98 e do uso de papéis falsificados ou alterados. O Tribunal entendeu pela concessão da ordem, uma vez que se está diante de delitos praticados sem violência ou grave ameaça.

No caso concreto, o decreto preventivo se mostra desproporcional e, portanto, desprovido de legalidade, pois o paciente se encontrava preso, por mais de 2 (dois) meses, em regime mais rigoroso ao que será submetido caso venha ser condenado, considerando a pena máxima abstrata cominada ao delito em questão.

Por fim, destacaremos um caso (HC-68) no qual houve a decretação da prisão preventiva tão somente em razão do não pagamento da fiança. A Defensoria Pública impetrou o *habeas corpus* em favor de um assistido que teve a liberdade provisória

condicionada ao pagamento de fiança de 02 (dois) salários mínimos, em razão da suposta prática do delito de descumprimento de medida protetiva de urgência, além do art. 21 da lei de contravenções penais.

Mostra-se ilegal a preservação da custódia do acusado apenas em razão do não pagamento da fiança, especialmente considerando que a própria autoridade coatora reconheceu não estarem presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal. O Superior Tribunal de Justiça assegurou ordem de habeas corpus coletiva, com extensão de efeitos a todo o território nacional, aos pacientes que tiveram liberdade provisória condicionada apenas ao pagamento de fiança.

As concessões de ordem são uma afronta, porque, de fato, vão de encontro a lógica da punição antecipada. O voto concessivo causa estranheza em um Tribunal acostumado a denegar, conforme se percebe durante uma entrevista a um desembargador:

A maioria dos juízes acha mesmo que a prisão é o melhor meio tanto que quando você leva um habeas corpus que denega a ordem o pessoal não está nem preocupado em discutir, a não ser que seja uma coisa muito... é... ou então, quando o advogado vai fazer sustentação oral porque aí você terá que justificar de alguma forma mais cuidadosa o...quando o voto é pela concessão aí é muito difícil que não haja uma discussão, às vezes uma discussão boba, mas sempre há uma discussão. Por que? Porque as concessões de ordem é como se fosse uma afronta ao sistema judiciário (desembargador 9)¹⁶.

Desse modo, em meio ao ritmo de denegação de *habeas corpus*, é possível identificar alguns casos que se sobressaem e são olhados mais de perto, considerando-se suas peculiaridades, além do entendimento consolidado nas cortes superiores.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência do processo penal torna viável a aplicação da pena para aqueles que praticaram atos delitivos, na medida em que limita a atividade estatal, no sentido de evitar abusos de poder, além de servir de instrumento efetivo de garantia dos direitos e liberdades individuais.

O exercício do poder punitivo estatal em uma democracia deve ser pautado pela mínima intervenção na vida das pessoas. A restrição da liberdade individual deveria ser exercida com a máxima cautela e apenas excepcionalmente. Em um Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra e todos são considerados inocentes até o trânsito em julgado da sentença condenatória definitiva.

O estudo das 90 decisões judiciais em *habeas corpus* proferidas pelos desembargadores do Tribunal de Justiça do Amazonas possibilitou identificar o volume das concessões e denegações, analisar os argumentos utilizados pelos julgadores, identificar a incidência dos tipos penais.

Como se demonstrou, 88,89% dos *habeas corpus* analisados foram denegados. Vimos, também, que a gravidade do crime e a credibilidade das instituições são responsáveis por grande parte das justificativas do discurso jurídico-penal nas decisões

¹⁶ VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: um estudo etnográfico do julgamento dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10433/1/ManuelaAbath_Julgando%20a%20liberdade%20em%20linha%20de%20montagem.pdf>.

denegatórias. A pesquisa demonstrou não existir um critério válido para se precisar o abalo à ordem pública ao constar que somente determinados crimes são selecionados, em especial o crime de tráfico de drogas.

A caótica e dramática situação que se vivencia no Brasil, com os exorbitantes números de encarceramento provisório se deve, em grande parte, à possibilidade de se determinar a o aprisionamento cautelar com fundamento no vago, impreciso e lacunoso conceito da ordem pública. Dessa forma, se institucionaliza uma prática antidemocrática de punir sem culpa formada, o que faz com que quase metade do sistema prisional seja ocupado por presos provisórios.

Nessa pesquisa, os resultados evidenciaram que o sistema criminal brasileiro produz e convive com vários tipos de excesso quando se trata da realidade da prisão, em especial da prisão anterior ao julgamento. Diante disso, o projeto de implementação de um Estado Democrático de Direito no Brasil encontra um obstáculo considerável no modo de funcionamento do sistema penal.

Surge, então, a necessidade urgente dos julgadores de decidir a partir da Constituição Federal e dos direitos fundamentais. Isso significa realizar um constante crivo de constitucionalidade, afastando proposições jurídicas contrárias a esses marcos hermenêuticos, independentemente das contingências sociais, políticas ou econômicas.

Por fim, sem o respeito aos direitos e garantias fundamentais, conquistados com muita luta e sacrifício para gozarmos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, todos estamos sujeitos a arbitrariedades e ao abuso de poder, ao estado de exceção, que está, aos poucos, se tornando permanente.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. “Pesquisa AMB 2015 – A AMB quer ouvir você”. **Cadernos de resultados**. Disponível em <http://www.amb.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Revista_Resultado_Pesquisa_AMB_2015_para_site.pdf>, acesso em 10 jan. 2022, às 10h13.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS DEFENSORAS E DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) E INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital no Brasil em 2019/2020**. Brasília/Rio de Janeiro, agosto de 2021. Disponível em <https://anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/49336/MAPA_RELATORIO_DIGITAL_.pdf>, acesso em 03 jan. 2022, às 15h14.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>>. Acesso em: 17 jan. 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PACKER, Herbert. **The Limits of the Criminal Sanction**. Stanford: SUP, 1968.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a contramão da modernidade**. 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/publico/1346596_Tese_Parcial.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: um estudo etnográfico do julgamento dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE. Disponível em:

<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/10433/1/ManuelaAbath_Julgando%20a%20liberdade%20em%20linha%20de%20montagem.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2.ed. – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

6 RELAÇÃO DAS DECISÕES PESQUISADAS

- 001-) 4001014-31.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 002-) 4000897-40.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 003-) 4000235-76.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 004-) 4000980-56.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 005-) 4008852-59.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 006-) 4008826-61.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 007-) 4000265-14.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 008-) 4008730-46.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 009-) 4008483-65.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 010-) 4000829-90.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 011-) 4008638-68.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 012-) 4000325-84.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 013-) 4000219-25.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 014-) 4008862-06.2020.8.04.0000 (TJAM) 015-) 4000821-16.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 016-) 4000549-22.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 017-) 4000504-18.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 018-) 4001352-05.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 019-) 4000143-98.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 020-) 4000378-65.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 021-) 4001117-38.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 022-) 4000986-63.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 023-) 4000990-03.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 024-) 4000350-97.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 025-) 4000540-60.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 026-) 4000662-73.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 027-) 4000276-43.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 028-) 4000327-54.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 029-) 4008620-47.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 030-) 4000360-44.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 031-) 4000544-97.2021.8.04.0000 (TJAM) 032-) 4000977-04.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 033-) 4000080-73.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 034-) 4008902-85.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 035-) 4000320-62.2021.8.04.0000 (TJAM) 036-) 4000069-44.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 037-) 4008999-85.2020.8.04.0000 (TJAM) 038-) 4000558-81.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 039-) 4000447-97.2021.8.04.0000 (TJAM) 040-) 4000034-84.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 041-) 4008366-74.2020.8.04.0000 (TJAM) 042-) 4007774-30.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 043-) 4000083-28.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 044-) 4000106-71.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 045-) 4000051-23.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 046-) 4000063-37.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 047-) 4007608-95.2020.8.04.0000 (TJAM)
- 048-) 4000178-58.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 049-) 4000100-64.2021.8.04.0000 (TJAM)
- 050-) 4008488-87.2020.8.04.0000 (TJAM)

051-) 4000734-60.2021.8.04.0000 (TJAM)
052-) 4007968-30.2020.8.04.0000 (TJAM)
053-) 4008998-03.2020.8.04.0000 (TJAM)
054-) 4000526-76.2021.8.04.0000 (TJAM)
055-) 4000132-69.2021.8.04.0000 (TJAM)
056-) 4008692-34.2020.8.04.0000 (TJAM)
057-) 4008649-97.2020.8.04.0000 (TJAM)
058-) 4007768-23.2020.8.04.0000 (TJAM)
059-) 4007506-73.2020.8.04.0000 (TJAM)
060-) 4008484-50.2020.8.04.0000 (TJAM)
061-) 4000175-06.2021.8.04.0000 (TJAM)
062-) 4008773-80.2020.8.04.0000 (TJAM)
063-) 4008558-07.2020.8.04.0000 (TJAM)
064-) 4008550-30.2020.8.04.0000 (TJAM)
065-) 4000333-61.2021.8.04.0000 (TJAM)
066-) 4000303-26.2021.8.04.0000 (TJAM)
067-) 4008864-73.2020.8.04.0000 (TJAM)
068-) 4000379-50.2021.8.04.0000 (TJAM)
069-) 4000326-69.2021.8.04.0000 (TJAM)
070-) 4000410-70.2021.8.04.0000 (TJAM)
071-) 4008816-17.2020.8.04.0000 (TJAM)
072-) 4006819-96.2020.8.04.0000 (TJAM)
073-) 4000138-76.2021.8.04.0000 (TJAM)
074-) 4000418-47.2021.8.04.0000 (TJAM)
075-) 4008947-89.2020.8.04.0000 (TJAM)
076-) 4000324-02.2021.8.04.0000 (TJAM)
077-) 4000409-85.2021.8.04.0000 (TJAM)
078-) 4008453-30.2020.8.04.0000 (TJAM)
079-) 4008846-52.2020.8.04.0000 (TJAM)
080-) 4008897-63.2020.8.04.0000 (TJAM)
081-) 4000262-59.2021.8.04.0000 (TJAM)
082-) 4000150-90.2021.8.04.0000 (TJAM)
083-) 4008629-09.2020.8.04.0000 (TJAM)
084-) 4008107-79.2020.8.04.0000 (TJAM)
085-) 4000256-52.2021.8.04.0000 (TJAM)
086-) 4008519-10.2020.8.04.0000 (TJAM)
087-) 4000090-20.2021.8.04.0000 (TJAM)
088-) 4007442-63.2020.8.04.0000 (TJAM)
089-) 4000078-06.2021.8.04.0000 (TJAM)
090-) 4000161-22.2021.8.04.0000 (TJAM)