



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**PATRICK AUGUSTO SILVA**

**DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE  
TRÁFICO: (IM)POSSIBILIDADE EM TEMPO DE PANDEMIA**

**LAVRAS-MG  
2020**

**PATRICK AUGUSTO SILVA**

**DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE  
TRÁFICO: (IM)POSSIBILIDADE EM TEMPO DE PANDEMIA**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Lavras, como parte das  
exigências do curso de graduação em  
Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Ms. Walkíria de  
Oliveira Castanheira.

**LAVRAS-MG  
2020**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico  
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

S586c Silva, Patrick Augusto.  
Da concessão de liberdade provisória no crime de tráfico:  
(im)possibilidade em tempo de pandemia/ Patrick Augusto  
Silva. – Lavras: Unilavras, 2020.  
47f.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras, Lavras,  
2020.  
Orientador: Prof. Walkiria de Oliveira Castanheira.

1. Liberdade provisória. 2. Tráfico de drogas. 3. Juiz das  
garantias. 4. Pandemia. I. Castanheira, Walkiria de Oliveira  
(Orient.). II. Título.

**PATRICK AUGUSTO SILVA**

**DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA NO CRIME DE  
TRÁFICO: (IM)POSSIBILIDADE EM TEMPO DE PANDEMIA**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Lavras como parte  
das exigências do curso de graduação  
em Direito.

APROVADO EM: 11/11/2020

**ORIENTADOR(A)**

Prof<sup>a</sup>. Ms. Walkíria de Oliveira Castanheira/UNILAVRAS

**MEMBRO DA BANCA**

Prof. Pós Dr. Denilson Victor Machado Teixeira/UNILAVRAS

**LAVRAS-MG  
2020**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus por sempre me guiar, proporcionar sabedoria necessária para alcançar meu objetivo, perseverança nos momentos difíceis e tranquilidade durante minha caminhada nestes anos.

Em especial, a minha noiva, Priscilla, por sonhar meus sonhos e nunca deixar que eu desistisse. Por todo seu apoio, amor e dedicação em todos os momentos, antes e durante a minha graduação, pela compreensão nos momentos em que não estive presente. Obrigado por me incentivar e nunca medir esforços para concretização deste sonho!

Aos meus queridos pais, João Batista e Nazaré, que sempre me motivaram e por serem a base para construção do que hoje sou. Juntos a eles, agradeço também a toda minha família pelo amor, carinho, apoio de sempre.

A família de minha noiva por cada palavra de motivação e suporte.

Aos meus companheiros da PMMG, colegas e amigos, pelo apoio e incentivo.

Aos colegas e amigos de classe, assim como os demais do corpo docente, pelos momentos de aprendizagem, conhecimento e crescimento durante estes anos.

A minha orientadora, Professora Walkiria, por sempre me orientar, guiar, repassar os conhecimentos durante toda essa jornada, todo suporte e auxílio para que eu pudesse concluir este trabalho; nunca faltou incentivo, apoio, dedicação em cada momento em suas explicações, sempre com excelência e profissionalismo, sendo essenciais para minha formação acadêmica.

Obrigado a todos que acreditaram em mim!

*“Há duas formas para viver a vida. Uma é acreditar que não existe milagre. A outra é acreditar que tudo que vivemos já é o milagre”.*

Albert Einstein

## RESUMO

**Introdução:** Devido as constantes mudanças na sociedade, necessárias foram as ações do judiciário para que pudessem controlar as diversas demandas que surgiram, em destaque as manutenções ou não de prisões, principalmente no atual cenário mundial referente a Pandemia, Covid-19. **Objetivo:** Analisar as prisões em tempo de Pandemia, havendo a possibilidade ou não de liberdade provisória, aplicação de medidas cautelares, constitucionalidade ou não de tais medidas, principalmente referente autores de tráfico de drogas, sendo que a problemática do estudo consiste na (im)possibilidade da liberdade provisória, referente ao tráfico de drogas, em tempos de Pandemia.. **Metodologia:** Para o desenvolvimento do presente trabalho, utilizou-se como método a pesquisa bibliográfica, consistente na seleção, análise e utilização de doutrinas, artigos científicos, dissertações e legislação atinentes ao tema proposto. **Resultados:** Os estudos apontaram a necessidade de haver uma harmonia no que tange a aplicação, como regra, da liberdade provisória, principalmente nos casos raros como este de Pandemia. **Conclusão:** o presente trabalho proporcionou e concluiu que, apesar de vários os documentos referente para que possam ou não ser concedida a liberdade provisória, necessário se faz a análise do caso concreto, para que possa estabelecer ou não o benefício, sendo colocado em prática o que preconiza na CF/88, que ninguém será privado de sua liberdade sem que haja o devido processo legal, assim como ninguém será considerado culpado sem o transitado julgado da sentença penal condenatória, respectivamente incisos LIV e LVII, ambos do art. 5º da Constituição Federal brasileira, sendo como regra a manutenção da liberdade, ficando evidente a possibilidade da concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de drogas, nos casos em que forem afastados os elementos que a impossibilite, presentes no CPP e na Recomendação 62/2020 do CNJ.

**Palavras-chave:** Liberdade provisória; tráfico de drogas; juiz das garantias; pandemia.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

APF	Auto de Prisão em Flagrante
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
TJ/MG	Tribunal de Minas Gerais
SARS-COV2	Síndrome Respiratória Aguda Grave do Coronavírus 2
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
CONAD	Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas
INFOPEN	Levantamento Nacional de informações penitenciárias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>2 REVISÃO DA LITERATURA</b> .....	<b>11</b>
2.1 DROGAS.....	11
2.1.1 Definição – Portaria n. 344/98.....	11
2.1.2 SISNAD.....	13
2.2 TRÁFICO DE DROGAS .....	14
2.2.1 Norma Penal em Branco .....	15
2.2.2 Proibição das Drogas – Do Controle e Fiscalização .....	15
2.2.3 Tráfico de Drogas e suas diversas formas de comércio .....	16
2.2.4 Impossibilidade de Concessão de Liberdade Provisória .....	18
2.3 DA PRISÃO EM FLAGRANTE NO TRÁFICO DE DROGAS.....	20
2.3.1 Aspectos Administrativos da prisão em flagrante .....	21
2.3.2 Sistema Prisional Brasileiro na atualidade .....	23
2.4 JUIZ DAS GARANTIAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO .....	26
2.4.1 Audiência de Custódia.....	28
2.4.2 Análise interpretativa do artigo 310 do CPP – Juiz das Garantias x Audiência de Custódia.....	32
2.4.3 Aspectos gerais sobre a influência do COVID-19 no procedimento da audiência de custódia.....	35
<b>3 CONSIDERAÇÕES GERAIS</b> .....	<b>38</b>
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	<b>41</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>43</b>

# 1 INTRODUÇÃO

Devido as constantes mudanças na sociedade, necessárias foram as ações do judiciário para que pudessem controlar as diversas demandas que surgiram, em destaque as manutenções ou não de prisões, principalmente no atual cenário mundial referente a Pandemia, Covid-19.

O presente estudo tem como objetivo a análise das prisões em tempo de Pandemia, havendo a possibilidade ou não de liberdade provisória, aplicação de medidas cautelares, constitucionalidade ou não de tais medidas, principalmente referente a autores de tráfico de drogas, sendo que a problemática do estudo consiste na (im)possibilidade da liberdade provisória, referente ao tráfico de drogas, em tempos de Pandemia.

A justificativa da pesquisa realizada reside na relevância em manter, permitir ou não a liberdade provisória, estabelecendo as medidas cautelares previstas no artigo 319 CPP, para que possa haver um controle de acordo com a concessão daquelas liberdades, visando um proposito maior que é a saúde da sociedade (BRASIL, 1941).

Neste cenário, a Recomendação n. 62/2020 do CNJ propõe que seja analisado cada caso concreto referente as prisões, havendo possibilidade de ocorrer a antecipação da progressão de regime dos que estão cumprindo pena em regime fechado, assim como permite que acontecendo novas prisões, possa verificar sem é cabível a aplicação da liberdade provisória (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Ademais, ainda em consonância com a Recomendação n. 62 do CNJ, observa-se que esta incentiva que os magistrados analisem as prisões de pessoas que fazem parte do grupo de risco, bem como aqueles que estejam próximo do término de suas condenações, com exceção daqueles que foram condenados pela prática de crimes de violência ou grave ameaça ou que faziam parte de organizações criminosas, para que possam ser aplicadas as medidas cabíveis diferentes das prisões, visando a saúde de todos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Todavia, sempre houve a discussão da possibilidade ou não de ser concedida a liberdade provisória em relação aos crimes de tráfico de drogas, devido a previsão do art. 44 da lei 11.343/06 (BRASIL, 2006).

Contudo, já ficou pacificado a inconstitucionalidade deste artigo, uma vez que a regra do ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade, conforme previsão constitucional no inciso LXVI, do artigo 5º da CF/88 e, após o trânsito julgado, poderá ser decretada a prisão daquele que até então é considerado inocente (BRASIL, 1988).

Outrossim, para o desenvolvimento do presente trabalho, utilizou-se como método a pesquisa bibliográfica, consistente na seleção, análise e utilização de doutrinas, artigos científicos, dissertações e legislação atinentes ao tema proposto.

Inicialmente, apresenta-se na revisão de literatura sobre a conceituação de “Drogas”, sendo que tal definição está presente na Portaria n. 344/98, tendo em vista que o disposto no art. 33 da Lei n. 11.343/06 trata-se de uma norma penal em branco e necessita da definição a partir daquela portaria, para ter parâmetros do ilícito ou não, referente ao tráfico de drogas e suas diversas modalidades (BRASIL, 1998).

Neste derradeiro, inicia-se o estudo da problemática em relação a concessão ou não da liberdade provisória decorrente daquele ilícito, visto que já foi superado o entendimento acerca da inconstitucionalidade do artigo 44 da citada lei, assim como aspectos da prisão em flagrante e aspectos administrativos.

Dando continuidade, verifica-se a forma em que se encontra o sistema prisional, a superlotação e condições precárias para a manutenção dos detentos, não conseguindo ainda alcançar o propósito de reinseri-los na sociedade.

Em seguida adentra-se na análise do Juiz das garantias, seu formato, propósito, aspectos que devam ser analisados para que possa ocorrer de forma correta.

Por fim, será feita uma análise interpretativa do artigo 310 do CPP – Juiz das Garantias x Audiência de Custódia –, os aspectos gerais sobre a influência do Covid-19 no procedimento da audiência de custódia, e nas considerações finais a temática em relação as recomendações 62 do CNJ, juntamente com a possibilidade ou não da concessão da liberdade provisória decorrente do tráfico de drogas, com a aplicação das medidas cautelares diferentes da prisão.

Neste viés, nas considerações gerais, expõe-se uma análise interpretativa crítica das controvérsias e, finalmente, com referências ao conteúdo desta pesquisa, na conclusão busca-se a solução do problema proposto para esta pesquisa.

Por derradeiro, a importância do tema se funda no princípio basilar que é a liberdade, como regra, juntamente com o propósito maior da manutenção/ prevenção

dos diversos aspectos inerentes a saúde, principalmente diante da problemática decorrente da Pandemia, Covid-19.

## 2 REVISÃO DA LITERATURA

### 2.1 Drogas

No que diz respeito ao conceito de drogas, tem-se o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 11.343/06:

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (BRASIL, 2006).

Dessa forma, fica evidente que a Lei de Drogas apresenta uma norma penal em branco, pois, há previsão de sanção, porém não especifica o conteúdo. Nesse caso há necessidade de uma norma para definir o que são drogas, para que seja exequível, dependerá de complemento em outras normas jurídicas, sendo precedente a regulamentação da ANVISA por meio da Portaria n. 344/98 (BRASIL, 1998).

#### 2.1.1 Definição – Portaria n. 344/98

Para a definição de drogas é necessário a análise da Portaria n. 344 de 12 de maio de 1998, que aprova o regulamento técnico em relação as substâncias e também medicamentos, todos sob o controle especial para que possa remeter e configurar ou não o tráfico ilícito de drogas, referente ao Anexo I daquela, pois, há determinações legais para que possa ser autorizada desde a produção até a venda de tais drogas (BRASIL, 1998).

Droga é substância ou matéria-prima, a qual se destina para uso de medicamentos ou até mesmo sanitária. No capítulo II, da Autorização, é apresentado no artigo 2º:

Art. 2º Para extrair, produzir, fabricar, beneficiar, distribuir, transportar, preparar, manipular, fracionar, importar, exportar, transformar, embalar, reembalar, para qualquer fim, as substâncias constantes das listas deste Regulamento Técnico (ANEXO I) e de suas atualizações, ou os medicamentos que as contenham, é obrigatória a obtenção de Autorização Especial concedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Dessa forma, fica evidenciado que somente poderá realizar as atividades referentes a produção, e demais ações, com Autorização Especial, documento que é emitido pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (SVS/MS), fora desses casos responderá pelo crime de tráfico ilícito de drogas conforme a Lei 11.343/06 (BRASIL, 2006).

Há também estabelecido as substâncias e medicamentos que são proibidos, conforme o artigo 4º da Portaria n. 344/98:

Art. 4º Ficam proibidas a produção, fabricação, importação, exportação, comércio e uso de substâncias e medicamentos proscritos.

Parágrafo único. Exceção da proibição de que trata o caput deste artigo, as atividades exercidas por Órgãos e Instituições autorizados pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde com a estrita finalidade de desenvolver pesquisas e trabalhos médicos e científicos (ANVISA, 1988).

As substâncias proibidas no Brasil estão descritas na Lista F da mesma Portaria, sendo importante destacar para o item 12 (doze), o qual refere-se a cocaína (*éster metílico da benzoilecgonina*) uma das drogas que mais se comercializam clandestinamente com diversas apreensões dessa substância (BRASIL, 1998).

Ademais, ao trata-se da finalidade para o desenvolvimento de pesquisa medicinais e até mesmo científica, há necessidade de autorização, emitida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Outra droga que cotidianamente é apreendida por ser comercializada de forma ilícita é a *Cannabis Sativa*, popularmente conhecida como maconha, porém não está na lista F, mas sim na lista E, a qual dispõe sobre as plantas que poderão ser destinadas e originar substâncias entorpecentes, assim como psicotrópica, contendo ainda em seu adendo 1 e 2:

1. Cannabis sativa L..
2. Claviceps paspali Stevens & Hall.
3. Datura suaveolens Willd.
4. Erythroxylum coca Lam.
5. Lophophora williamsii Coult.
6. Papaver Somniferum L..
7. Prestonia amazonica J. F. Macbr.
8. Salvia Divinorum

ADENDO:

- 1) ficam proibidas a importação, a exportação, o comércio, a manipulação e o uso das plantas enumeradas acima.
- 2) ficam também sob controle, todas as substâncias obtidas a partir das plantas elencadas acima, bem como os sais, isômeros, ésteres e éteres destas substâncias (BRASIL, 1998).

Diante do exposto é proibida desde a plantação até o comércio daquela planta, assim como as demais substâncias criadas a partir dela, havendo controle sob tal, caso não siga tais recomendações, ensejará em crime, destaque para o tráfico ilícito de drogas, uma vez que tais drogas poderão originar em substâncias entorpecentes, havendo a dependência física ou psíquica, gerando um problema de saúde pública.

### 2.1.2 SISNAD

Criado pela Lei n. 11.343/06, o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas) apresenta como características, medidas que irão proporcionar a prevenção em relação ao uso de drogas (de forma indevida), como a atenção e também reinserção social dos usuários assim como os dependentes de tais substâncias; no âmbito repressivo apresenta normas em relação a produção ilícita, ou seja, não autorizada, e combate ao tráfico ilícito de drogas (BRASIL, 2006).

Ademais, o artigo 3º da Lei 11.343/06 traz em sua íntegra a respeito da finalidade do SISNAD, veja-se:

Art. 3º O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com:

I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas;

II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

§ 1º Entende-se por Sisnad o conjunto ordenado de princípios, regras, critérios e recursos materiais e humanos que envolvem as políticas, planos, programas, ações e projetos sobre drogas, incluindo-se nele, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

§ 2º O Sisnad atuará em articulação com o Sistema Único de Saúde - SUS, e com o Sistema Único de Assistência Social – SUAS (BRASIL, 2006).

Dessa forma, o SISNAD apresenta como órgão superior o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD), o qual apresenta uma orientação central e a execução descentralizada, que irão nortear as diversas atividades que estarão vinculadas à Política Nacional sobre Drogas, seja no âmbito Federal, Estadual e Municipal, atuando através de políticas públicas apresentadas por aquele Conselho, sendo que o art. 5º da Lei n. 11.343/06 aduz acerca dos objetivos do SISNAD:

Art. 5º O Sisnad tem os seguintes objetivos:

- I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados;
- II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país;
- III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios;
- IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei. (BRASIL, 2006).

Diante o exposto, o SISNAD quer alcançar as prevenções e promoções à saúde, com os devidos cuidados, tratamentos, acolhimentos, dessa forma apoiará para que possa haver uma reinserção social, incluindo também pesquisas para que possa aumentar a ações de diversos órgão envolvidos, assim como alcançar uma formação e capacitação de excelência.

De igual maneira, com os objetivos expostos, o SISNAD colocará em prática ações de segurança pública, em defesa, a regulação de substâncias precursoras, assim como as substâncias controladas e de drogas lícitas, e se houver a necessidade também a repressão da produção não autorizada de tais substancias, para que possa combater o tráfico ilícito de drogas, dentro outros crimes relacionados.

Diversos órgãos contribuem cotidianamente, seja de forma direta ou indireta, para a execução da Política Nacional sobre Drogas integram o SISNAD, sendo os principais componentes do Sistema, no âmbito federal, como o Ministério da Justiça e Segurança Pública, Ministério da Cidade, Ministério da Saúde, Órgãos de Segurança Pública (Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, SENASP), dentre outros. Dessa forma, o SISNAD tem o propósito de colocar em prática as ações que irão vincular as políticas contra as drogas nos diversos sistemas, alcançando o objetivo de prevenção ao combate as drogas.

## 2.2 Tráfico de Drogas

O art. 33 da Lei n. 11.343/06 estabelece pena de reclusão de cinco a quinze anos para o tráfico de drogas, àquele que:

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. (BRASIL, 2006).

Lima (2020, p. 1049) explica que:

A Lei de Drogas (Lei 11.343/06) apresenta o delito de tráfico de drogas no caput e §1º do art. 33, assim como o artigo 34, ensejando no conceito de tráfico de drogas o financiamento a esse crime, conforme o art. 36 da Lei de Drogas.

Deve-se levar em conta a finalidade das drogas, ou seja, o intuito de repassar, de forma genérica, irá recair naquele crime (tráfico de drogas), não sendo para o consumo pessoal, mas sim destinado a terceiros. Leva-se em conta a quantidade da substância apreendida; local e as condições que ocorreu a ação criminosa; quais foram as circunstâncias da prisão e a conduta e antecedentes do agente.

#### 2.2.1 Norma Penal em Branco

A Portaria n. 344/98 da ANVISA é de suma importância para a Lei n. 11.343/06, a qual define as penas para realizar a venda ilícita de tráfico de drogas (e outros crimes relacionados), que apresenta a pena para aquele que realizar a traficância, uma vez que no artigo 33 daquela lei, é considerado norma penal em branco, ou seja, apresenta sanção, porém necessitam de complementação, outra norma para que possa ensejar em crime.

Ademais, conforme é definido por Guilherme de Souza Nucci (2020) que as normas penais em branco apresentam característica indeterminada, que por esse motivo, necessitam de complementação de uma norma extrapenal, para que possa ser aplicada com êxito.

#### 2.2.2 Proibição das Drogas – Do Controle e Fiscalização

O controle e fiscalização, em relação as drogas, é apresentado no artigo 87 e 88 da Portaria 344/98:

Art. 87 As Autoridades Sanitárias do Ministério da Saúde, Estados, Municípios e Distrito Federal inspecionarão periodicamente as empresas ou estabelecimentos que exerçam quaisquer atividades relacionadas as substâncias e medicamentos de que trata este Regulamento Técnico e suas atualizações, para averiguar o cumprimento dos dispositivos legais.

Parágrafo único. O controle e a fiscalização da produção, comércio, manipulação ou uso das substâncias e medicamentos de que trata este Regulamento Técnico e de suas atualizações serão executadas, quando necessário, em conjunto com o órgão competente do Ministério da Fazenda, Ministério da Justiça e seus congêneres nos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Art. 88 As empresas, estabelecimentos, instituições ou entidades que exerçam atividades correlacionadas com substâncias constantes das listas deste Regulamento Técnico e suas atualizações ou seus respectivos medicamentos, quando solicitadas pelas Autoridades Sanitárias competentes, deverão prestar as informações ou proceder a entrega de documentos, nos prazos fixados, a fim de não obstarem a ação de vigilância sanitária e correspondentes medidas que se fizerem necessárias (ANVISA, 1998).

Dessa forma haverá a continuidade do controle e fiscalização nas empresas e estabelecimentos, que estão diretamente ligadas a produção, venda, comercialização, dentre outras atividades relacionadas aquelas substâncias, por parte das Autoridades Sanitárias do Ministério Público da Saúde, sejam no âmbito Estadual, Municipal ou do Distrital, assim como poderão ser acionadas para que possam esclarecer quaisquer fatos, atos, que possam gerar dúvidas ou não estejam claros a luz da legalidade, transparência, para que possa continuar a exercer as atividades inerentes aquelas substâncias previstas na Portaria n. 344/98 (BRASIL 1998).

Fica evidente na Portaria em comento as principais características do que são drogas, quem poderá fabricá-las, autorizações, efeitos, comercialização, armazenamento, controle, balanço, para que possa haver controle dos órgão competentes, para que possa diminuir a venda/consumo de tais substâncias clandestinamente, contra as normas estabelecidas pelo Governo, caso contrário, ensejará em crime, com responsabilidade no âmbito penal, com a possibilidade na esfera cível e administrativa.

### 2.2.3 Tráfico de Drogas e suas diversas formas de comércio

Outro aspecto importante é para que possa ser legalizada a importação para o comércio de tais substâncias, somente com a autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério Público da Saúde, conforme o artigo 11 da Portaria n. 344/98:

Art. 11 A empresa importadora fica obrigada a solicitar à Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, a fixação da Cota Anual de

Importação de substâncias constantes das listas "A1" e "A2" (entorpecentes), "A3", "B1" e "B2" (psicotrópicas), "C3" (imunossupressoras) e "D1" (precursoras) deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, requeridas até 31 (trinta e um) de dezembro de cada ano, para uso no ano seguinte. (Redação dada pela Resolução Nº 229, de 11 de dezembro de 2001)

§ 1º A Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde deverá pronunciar-se sobre a liberação da cota anual até no máximo 30 (trinta) de abril do ano seguinte. (Redação dada pela Resolução Nº 229, de 11 de dezembro de 2001)

§ 2º A cota de importação autorizada poderá ser importada de uma só vez, ou parceladamente. (Redação dada pela Resolução Nº 229, de 11 de dezembro de 2001). (BRASIL, 1998).

Dessa forma fica evidente que, para a importação de tais substâncias, há previamente a solicitação a Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, havendo data específica para o pedido, para que possa ser realizada de forma legal, com o controle do referido órgão, caso contrário, ensejará em crime.

Para que haja o transporte das substâncias prevista na referida Portaria, deverá ser legalizada, conforme o artigo 31:

Art. 31 A transportadora de substâncias constantes das listas deste Regulamento Técnico e de suas atualizações e dos medicamentos que as contenham, deverá estar devidamente legalizada junto aos órgãos competentes (BRASIL, 1998).

Diante do exposto, para que não haja o transporte ilegal, clandestino, será necessária a autorização, previamente cadastrada a transportadora, dessa forma serão legalizadas para o transporte de tais substâncias.

Outro aspecto importante para ser realizado o controle de tais substâncias, apresentadas pela Portaria n. 344/98, será através do balanço anual de cada localidade que realiza o comércio, o qual adquiriu anteriormente, de forma legal, para que pudesse ser comercializada, conforme os artigos 68 e 69 dessa Portaria:

Art. 68 O Balanço de Substâncias Psicoativas e Outras Substâncias Sujeitas a Controle Especial - BSPO (ANEXO XX), será preenchido com a movimentação do estoque das substâncias constantes das listas "A1" e "A2" (entorpecentes), "A3", "B1" e "B2" (psicotrópicas), "C1" (outras substâncias sujeitas a controle especial), "C2" (retinóicas), "C3" (imunossupressoras), "C4" (anti-retrovirais) e "C5" (anabolizantes) e "D1" (precursoras), deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, em 3 (três) vias, e remetido à Autoridade Sanitária pelo farmacêutico/químico responsável trimestralmente até o dia 15 (quinze) dos meses de abril, julho, outubro e janeiro. §1º O Balanço Anual deverá ser entregue até o dia 31 (trinta e um) de janeiro do ano seguinte.

Art. 69 O Balanço de Medicamentos Psicoativos e de outros Sujeitos a Controle Especial - BMPO, destina-se ao registro de vendas de medicamentos a base de substâncias constantes das listas "A1", "A2" (entorpecentes), "A3" e "B2" (psicotrópicos) e "C4" (anti-retrovirais) deste Regulamento Técnico e de suas atualizações, por farmácias e drogarias conforme modelo (ANEXO XXI) , em 2 (duas) vias, e remetido à Autoridade Sanitária pelo Farmacêutico Responsável trimestralmente até o dia 15 (quinze) dos meses de abril, julho, outubro e janeiro. § 1º O Balanço Anual deverá ser entregue até o dia 31 (trinta e um) de janeiro do ano seguinte. (BRASIL, 1988).

A movimentação de todas as medicações, deverão ser criteriosamente controladas e verificadas anualmente, através do balanço de cada estabelecimento, com o registro de entrada e saída e estoque final, para que possa ser analisado pelo órgão competente e após a certificação e legalidade, haverá o visto da Autoridade Sanitária, a qual irá vistoriar e certificar a situação de cada local.

#### 2.2.4 Impossibilidade de Concessão de Liberdade Provisória

Segundo Aury Lopes Júnior (2018) através do artigo 319 do CPP é claro o estabelecimento de sistema polimorfo, ou seja, a liberdade provisória apresenta diversos níveis de vinculação no que tange o processo penal, estabelece níveis gradativos desde a liberdade plena até a restrição da liberdade, dentre os quais destaca-se a liberdade provisória.

Nota-se que a liberdade provisória é estabelecida como uma medida alternativa, sendo esta em substituição a prisão preventiva e, é aplicada nos casos em houver necessidade de garantia da ordem pública e da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou até mesmo para que possa ser aplicada a lei de forma assegurada, nos casos em que existir provas do crime, ou indícios, que sejam suficientes da autoria e pelo perigo que possa ocasionar estando em liberdade o acusado (BRASIL, 2006).

Verifica-se que na Lei n. 11.343/06, em seu artigo 44, não poderá haver liberdade provisória no crime de tráfico de drogas:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos (BRASIL, 2006).

Nota-se que não é possível a liberdade provisória conforme a lei, porém, é contraditório, conforme previsão na CF/88, em destaque no artigo 5, inciso LXVI: “Art. 5º. [...]LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. (BRASIL, 1988).

É cristalino que na Constituição Federal, em relação a presunção de inocência, é admitida a aplicação da liberdade provisória com ou sem fiança. A liberdade deverá ser tratada como regra, e somente nos casos em que houve necessidade, esgotadas todas as demais alternativas, é que será mantida a prisão do acusado.

Alexandre de Moraes (2020) reafirma que a Constituição Federal apresenta que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, dessa forma é claro princípio da presunção de inocência, presente no artigo 5º da CF/88, que é um dos princípios basilares do Estado de Direito, o qual estabelece como regra a liberdade da pessoa, sendo uma garantia processual, a qual deverá sempre ser aplicada nos diversos casos concretos.

Destaca-se que tal direito é inerente aos direitos e garantias constitucionais, não podendo ser afastado por mera interpretação de uma lei especial (Lei n. 11.343/06), visto que a CF/88 é a lei maior e que irá direcionar para que possa ser colocada em prática o princípio da não culpabilidade.

Em relação ao crime de Tráfico de Drogas, há muito tempo, havia uma restrição legal à concessão de liberdade provisória, estabelecido tanto no artigo 44 da Lei n. 11.343/06, como também na Lei n. 8072/90, a qual dispõe sobre crime hediondos (BRASIL, 1990).

Com o advento da Lei n. 11464/07, mudou-se a interpretação com a modificação legislativa, sendo que, atualmente, o preso em flagrante delito pelo crime de tráfico de drogas (e outros crimes previsto em lei) poderá obter o benefício da liberdade provisória. (BRASIL, 2007).

Por fim, Aury Lopes Júnior (2018) aduz que isso não significa que não poderá ocorrer prisões preventivas nesse caso, vez que ainda poderá ser decretada bastando que estejam presentes os pressupostos *fumus commissi delicti e periculum libertatis*, com a sua necessidade em cada caso concreto, pois, não havendo motivos para mantê-la, poderá o juiz conceder a liberdade provisória, sem fiança, sendo imputada as medidas cautelares diversas da prisão, as quais estão inseridas no artigo 319 do CPP.

### 2.3 Da Prisão em Flagrante no Tráfico de Drogas

A prisão em flagrante tem função como medida de autodefesa da sociedade, havendo provação da liberdade de locomoção de quem esteja em flagrante, conforme previsão legal no artigo 302 do Código de Processo Penal:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:  
I - está cometendo a infração penal;  
II - acaba de cometê-la;  
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;  
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941).

Tal situação independerá de prévia autorização judicial, podendo ser realizada por qualquer pessoa, sendo que as autoridades policiais (e seus agentes) deverão prender quem esteja em flagrante delito, conforme o artigo 301 do CPP: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. (BRASIL, 1941).

Renato Brasileiro de Lima (2020) leciona que nos casos de crime previstos na Lei de Drogas, para que ocorra a lavratura do auto de prisão em flagrante, estabelecendo a materialidade do crime, é necessário (e somente este) o laudo emitido pelo perito oficial ou pessoa idônea, quando na falta daquele, constatando a natureza e quantidade de drogas. Tal previsão é clara no §1º do art. 50 da Lei 11.343/06:

Art. 50 (...). § 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea. (BRASIL, 2006).

O principal objetivo para tal medida, é atestar, através do laudo de constatação emitido pelo perito ou na falta desse por pessoa idônea, a existência do princípio ativo da droga, não havendo necessidade nesse momento em relação a sua pureza.

Assim, faz-necessário esse procedimento para evitar que se mantenha presa a pessoa que esteja portando uma substância inócua, certificando que se trata de entorpecente.

### 2.3.1 Aspectos Administrativos da prisão em flagrante

Aury Lopes Junior (2018) preceitua que a prisão em flagrante é considerada uma medida precauteladora, que apresenta natureza pessoal, subjetiva, como característica a brevidade, ou seja, deverá ser analisada pelo judiciário em até 24 (vinte e quatro) horas, a qual será analisado aspectos legais para a manutenção da prisão, mas agora como preventiva, ou até mesmo o relaxamento, ou outras medidas cabíveis.

Diante o exposto após ocorrer a prisão, deverá ser apresentado o conduzido a autoridade competente, no caso Delegado de Polícia, sendo verificado todos os aspectos legais; sendo autuado, ratificado o APF, deverá ser encaminhado ao Juiz competente para que possa ser verificado e certificado todos os aspectos legais para ser mantida ou não a prisão.

Poderá ocorrer a prisão em flagrante pelo particular, ou seja, qualquer do povo, e devendo agir aqueles que por lei são obrigados, sendo nítido conforme o artigo 301 do CPP: “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”. (BRASIL, 1941).

Dessa forma fica claro quais as circunstâncias em que será considerado a flagrância, conforme o artigo 302 do CPP:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:  
I - está cometendo a infração penal;  
II - acaba de cometê-la;  
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;  
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (BRASIL, 1941).

No inciso I do artigo 302 do CPP, se quando o autor estiver cometendo o delito, este for surpreendido praticando a conduta do tipo penal, poderá ocorrer o fato tentado, ou seja, impedir a consumação daquele. Já no inciso II o autor já praticou o delito, ou seja, já encerrou a prática do tipo penal, acabou de cometê-lo; é considerado flagrante próprio. (BRASIL, 1941).

Em relação aos incisos III e IV, os quais tratam do flagrante impróprio, Aury Lopes Junior (2018) diz que nesses casos há o afastamento do núcleo imantador, ou seja, a própria realização do tipo penal, nesses casos poderá ser afastado pelo juiz no momento da apreciação. No inciso III, o autor é perseguido, em situação que possa

presumidamente considerar ser ele quem praticou o delito; já no inciso IV o possível autor é encontrado com objetos que possam presumir que ele quem praticou o fato.

Após ser capturado, deverá o detido ser apresentado a autoridade policial, para que possa ser ouvido o conduzido, testemunhas, realização de perícia, dentro outros aspectos formais estabelecidos em lei, conforme o artigo 304 do CPP:

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

Caso seja autuado em flagrante, será entregue ao acusado a nota de culpa, que deverá estar assinado por ele, e caso se recuse ou esteja impossibilitado, será assinado por duas testemunhas desse ato.

Após finalizado o APF e também formalizado, deverá ser enviado ao juiz competente em até 24 (vinte quatro) horas para que possa certificar que a prisão foi legal, assim como a ratificação dessa, para que possa verificar todos os aspectos previstos em lei, principalmente se os direitos e garantias do autuado foram resguardados, realizando a audiência de custódia, conforme o artigo 306 do CPP:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública. § 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. (BRASIL, 1941).

Após o encerramento na Delegacia, sendo ratificado o flagrante, será encaminhado os autos ao Juiz competente para que ocorra a audiência de custódia, conforme previsão legal no artigo 310 do CPP:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (BRASIL, 1941).

O juiz irá analisar os detalhes da prisão, certificando que houve todos os trâmites legais durante a prisão e após com sua ratificação; verificará se houve a preservação da integridade física e psicológica do autuado, em consonância aos direitos e garantias constitucionais.

Dessa forma, poderá se posicionar com a manutenção da prisão, agora como preventiva, ou se houver atos de ilegalidade deverá relaxar a prisão, ou até mesmo conceder a liberdade provisória com ou sem fiança, a depender do caso concreto.

Durante esse ato estará presente o juiz responsável pela audiência de custódia, o membro do Ministério Público (promotor de justiça) e o defensor do autuado, seja particular, defensor público ou dativo.

### 2.3.2 Sistema Prisional Brasileiro na atualidade

Indubitavelmente, inúmeras críticas podem ser elencadas ao trazer à baila a atual crise no sistema prisional brasileiro. Embora guardem exceções, o sistema prisional brasileiro se encontra, na atualidade, em situação precária, impedindo a efetividade na ressocialização do preso, objetivo fundamental inspirado na lei de execução penal.

De acordo com Nucci (2014), a condição do cárcere na maioria das comarcas brasileiras encontra-se em completo desacordo ao estipulado na lei, sendo de conhecimento público e notório a existência de celas imundas, superlotadas e ambientes insalubres. Nesses locais pode-se constatar que inúmeros sentenciados contraem enfermidades graves, além de sofrerem violências de toda ordem.

De acordo com os dados do levantamento nacional de informações penitenciárias - INFOPEN – apresentado pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2015), a realidade estudada aponta dados essenciais para a leitura e a problematização de nosso sistema prisional: crescimento acelerado da população carcerária brasileira, na contramão da trajetória dos demais países de maior contingente prisional do mundo; presença de presos condenados na ampla maioria dos estabelecimentos destinados a presos provisórios (84%) e a alarmante taxa de ocupação dessas unidades (1,9 presos por vaga em média); informação de que a maioria dos presos provisórios está detida por prazo superior à duração razoável do processo (60% estão custodiados há mais de 90 dias); e a situação de extrema superlotação em dezenas de

estabelecimentos prisionais, que abrigam quatro pessoas ou mais por vaga disponível (63 unidades).

A situação denota maior relevo ao analisar o panorama geral da população prisional brasileira. Segundo o mencionado relatório, é possível observar que no primeiro semestre de 2014, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil ultrapassou a marca dos seiscentos mil (607.731).

Atualmente, existem cerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país, o número de presos é consideravelmente superior às quase 377 mil vagas do sistema penitenciário, totalizando um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Exemplificando, em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados. (BRASIL, 2015)

Nesta senda, Nucci (2013, p. 1021) preleciona:

Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização do cumprimento da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto.

Analisando a situação atual do sistema prisional brasileiro, com a maestria que lhe é peculiar, Greco (2012, p. 502) aduz:

O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral (art. 38 do CP). Talvez esse seja um dos artigos mais desrespeitados de nossa legislação penal. A toda hora testemunhamos, pelos meios de comunicação, a humilhação e o sofrimento daqueles que por algum motivo se encontram em nosso sistema carcerário. Não somente os presos provisórios, que ainda aguardam julgamento nas cadeias públicas, como também aqueles que já foram condenados e cumprem pena nas penitenciárias do Estado. Na verdade, temos problemas em toda a federação. Motins, rebeliões, mortes, tráfico de entorpecentes e de armas ocorrem com frequência em nosso sistema carcerário. (...) As leis surgem e desaparecem com a mesma facilidade. Direitos são outorgados, mas não são cumpridos. O Estado faz de conta que cumpre a lei, mas o preso, que sofre as consequências pela má administração, pela corrupção dos poderes públicos, pela ignorância da sociedade, sente-se cada vez mais revoltado, e a única coisa que pode pensar dentro daquele ambiente imundo, fétido, promíscuo, enfim, desumano, é em fugir e voltar a delinquir, já que a sociedade jamais o receberá com o fim de ajudá-lo.

É evidente o grande problema relacionado ao sistema prisional, em destaque a má gestão em que o Estado é quem dita as regras, porém, não as cumpre, pois, a

grande maioria das penitenciárias estão superlotadas, com condições mínimas para aloca-los, presentes a insalubridade, descaso, apenas presente o confinamento, não se preocupando com a reinserção dos presos, mas sim, em mantê-los de qualquer forma para que possam cumprir a pena imposta, posteriormente desobrigando de qualquer responsabilidade, os liberando novamente na sociedade, a qual os rotula, afastando-os do convívio social, e dessa forma não darão oportunidades para aqueles que as querem, devido ao preconceito criado a partir da não preocupação dos governantes, e devido a isso, não resta senão o cometimento de novos delitos, muita das vezes, para se manter, sobreviver, no mundo afora.

De acordo com Nucci (2014), a alegada falência da pena de prisão alegada por muitos não se trata de questão autenticamente relevante, haja vista a impossibilidade da falência de algo que nem mesmo foi implementado. Para o autor, a questão se funda na derrocada da administração penitenciária, conduzida pelo Poder Executivo, traduzindo-se no descumprimento da lei penal e da lei de execução penal.

É evidente o descaso do poder executivo em não implementar políticas públicas nos diversos presídios e em deixar de acompanhar a evolução e as práticas rotineiras naqueles locais na busca da excelência na inserção dos condenados na sociedade, após cumprirem as penas impostas a eles, não havendo implementação dos projetos de cunho preventivo, profissionalizante e educacional, mas muitas das vezes são apenas tratados de forma desumana, quando colocados dentro de uma penitenciária para que possam aguardar o tempo passar para novamente recoloca-los nas ruas, mas não em convívio com os demais, vez que não houve uma preparação que isso ocorresse, apenas aumentando o preconceito diante as pessoas, não havendo oportunidades em meios trabalhistas, principalmente, haja vista a omissão do Estado em deixá-los por alguns anos em regime fechado, não oportunizando com oficinas de trabalho, cursos profissionalizantes para que pudessem colocar em práticas as teorias que por ventura fossem oferecidas a eles, em busca de espaço como as demais pessoas.

Discorrendo sobre a necessidade da ressocialização dos presos, Rolim (2009, p. 214) aduz que:

A ideia da ressocialização que inspirou a Lei de Execução Penal (LEP) nunca se transformou em política pública, de modo que boas práticas de trabalho prisional são, na experiência brasileira, exceções periféricas dependentes, na maioria das vezes, de esforços extraordinários e da determinação de algumas poucas pessoas.

Por derradeiro, a falência do sistema prisional brasileiro pode ser justificada por um problema que também afeta outras áreas voltadas à implementação de políticas públicas, ou seja, a má gestão pública. Logo, torna-se possível visualizar uma mudança de paradigma a partir da melhoria da gerência pública, através da implementação de mecanismos dotados de eficiência na prestação das políticas públicas.

#### 2.4 Juiz das Garantias e o Sistema acusatório

Visando harmonizar o CPP ao sistema constitucional, no que se refere ao sistema acusatório, onde cada sujeito processual tem uma função bem definida no processo, a um caberá acusar, como regra Ministério Público, a outro defender, no caso dos Advogados e Defensoria Pública e, a um terceiro julgar, no caso o Juiz.

Todavia, é pertinente ressaltar que, segundo Marques (2019), identificou em sua obra as principais características do sistema acusatório, a saber: a) separação entre os órgãos da acusação, defesa e julgamento, de forma a se instaurar um processo de partes; b) liberdade de defesa e igualdade de posição das partes; c) vigência do contraditório; d) livre apresentação das provas pelas partes; e) ativação inicial da causa pelos interessados. A Constituição Federal de 1988 adota esse sistema.

Com o advento da Lei 13.964/2019, esta foi clara: o processo penal terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do Juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação (BRASIL, 2019).

Visando manter essa harmonia entre CF/88 e o CPP, a nova Lei 13.964/2019, chamada vulgarmente de Pacote Anticrime, cria a figura do Juiz das garantias, órgão jurisdicional com a missão de acompanhar as diversas etapas da investigação. (CUNHA, 2020).

O Juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, previsto no artigo 3º-B do CPP. (BRASIL, 1941).

Observa-se que, o Juiz que julgará o caso – juiz de instrução - somente terá contato com o resultado da investigação depois de oferecida e recebida a inicial acusatória. A ideia que permeia a criação do instituto do Juiz das Garantias é a de

distanciar o Juiz da instrução da fase anterior, o que, acredita-se, lhe dará maior imparcialidade.

Como bem explica Fabiano Martins Silveira (2019, p. 89) a separação do Juiz das garantias do Juiz da instrução:

Não tendo emitido juízo sobre a oportunidade e conveniência de diligências que invadem direitos fundamentais do investigado, tampouco sobre pedidos cautelares, o magistrado entra no processo sem o peso de ter decidido a favor ou contra uma das partes. Não leva consigo o passivo da fase pré-processual. Não tem compromisso pessoal com o que se passou. Não colaborou na identificação das fontes de prova. Não manteve o flagrante, nem decretou a preventiva. Não impôs o sequestro de bens, não autorizou interceptação telefônica nem a infiltração de agentes. Quer dizer, em momento algum compartilhou a perspectiva dos órgãos de persecução penal.

O Juiz das garantias não é um Juiz investigador. A inércia do Juiz em relação à persecução penal deve ser absoluta, não sendo possível a adoção de medidas que promovam ou incentivem a decisão de acusar, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade objetiva.

A maioria das críticas não recai sobre o instituto em si, ou seja, a serventia desse Juiz das garantias com competência exclusiva para acompanhar a fase investigativa, mas sim na absoluta incompatibilidade desse sistema diante da realidade da maioria dos Tribunais Federais e Estaduais, sendo questões de ordem prática e orçamentaria.

Segundo Cunha (2020), levantamento efetuado pela Corregedoria Nacional de Justiça revelou que 40% das Varas da Justiça Estadual do Brasil são constituídas comarca única. Nesses locais, sempre que o único magistrado da comarca atuar na fase do inquérito, ficará automaticamente impedido de dizer o direito na fase seguinte, impondo-se o deslocamento de outro magistrado de comarca distinta. Vencer esse obstáculo passa pelo inevitável aumento do quadro de Juízes e servidores, o que de acordo com o artigo 3º-D que trata do sistema de rodízio entre eles, não resolveria.

Cumprir destacar que, o projeto previsto na lei que trata do Juiz das garantias, deveria ter vindo de proposta do judiciário de acordo com o artigo 93, “d”, CF/88. Inclusive, já temos a ADI- Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta, aguardando julgamento, tendo como autores da ação, Associação dos Magistrados do País e a Associação dos Juízes Federais, pois segundo eles, a criação da figura do juiz das garantias representa ofensa ao princípio do Juiz natural. (CUNHA, 2020).

A previsão na Lei 13.964 de 2019, era de que o Juiz das Garantias começasse a valer a partir do dia 23 de janeiro de 2020. Porém, ações chegaram ao SFT para suspensão por prazo indeterminado, como pedido de liminar, sendo acatada pelo Ministro do STF Toffoli.

Ao analisar a questão, o ministro entendeu que o projeto aprovado funciona como uma reforma do Poder Judiciário. Assim, para ele, as mudanças são vedadas a outros poderes, que não o próprio Poder Judiciário. (VALENTE, 2020).

Segundo o artigo 3º-C do CPP, a competência do Juiz das garantias abrange todas as infrações penais, inclusive o artigo 33 da Lei 11.343/2006 que trata de diversas condutas ilícitas envolvendo o tráfico de drogas, exceto as infrações de menor potencial ofensivo e cessará a figura desse magistrado com o recebimento da denúncia ou queixa crime (BRASIL, 1941).

O Juiz das garantias, receberá o preso provisório pela suposta prática de traficância, irá analisar sua situação em audiência de custódia, após toda tramitação do Inquérito policial, sendo causa de denunciar o traficante, esse mesmo Magistrado irá receber a denúncia e dali em diante, ficará na responsabilidade do Juiz da Instrução Criminal, sendo as decisões tomadas pelo Juiz das Garantidas, acauteladas na secretaria no mesmo juízo, as quais ficarão à disposição da defesa e do Ministério Público, não vinculando ao juiz da Instrução e Julgamento.

Mesmo suspenso provisoriamente a figura do Juiz das garantias, o Juiz natural irá acompanhar audiência de custódia, que será realizada por força de lei e de forma obrigatória, sob pena de relaxamento na prisão independente de qualquer infração penal que tenha sido cometido pelo detento provisório.

#### 2.4.1 Audiência de Custódia

O Pacto de San José da Costa Rica - Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em seu art. 7º, item 5, possui previsão legal que toda pessoa que seja presa deve ser levada ao juiz, sem demora. Esse Pacto é de observação obrigatória no país, tendo em vista a existência do Decreto nº 678/92 (BRASIL, 1992).

Art. 7º. Item 5. Toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (BRASIL, 1969).

Aliás, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto 592, de 1992, em que o Brasil também é signatário, também possui a mesma previsão (OLIVEIRA, 2017). Esses dois tratados foram os impulsionadores para que surgisse a audiência de custódia no Brasil.

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (BRASIL, 1992).

O conceito e o objetivo da audiência de custódia, nas palavras de Paiva (2015, p. 31) seriam assim definidos:

O conceito de custódia se relaciona com o ato de guardar, de proteger: A audiência de custódia consiste, portanto, na condução do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato de legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar as questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, notadamente a presença de maus tratos ou tortura.

Lima (2016, p. 926) define audiência de custódia como “a realização de uma audiência sem demora após a prisão em flagrante, permitindo contato imediato com o juiz, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público”.

Ademais, Oliveira (2017) entende que um dos seus objetivos é a oportunização do juiz colher elementos para que decida em manter a prisão, relaxá-la ou aplicar outras medidas alternativas, e não a caracterizar como um interrogatório.

Já Lopes Jr (2017, p. 620) defende que a audiência de custódia veio para humanizar o ato da prisão, pois “permite um melhor controle da legalidade do flagrante e, principalmente, cria condições melhores para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar (inclusive temporária ou preventiva)”. Ainda, para o autor, permite que o preso não espere por vários meses para ser ouvido pelo juiz e fique na prisão por prazo indeterminado, sem ao menos ter sido ouvido e julgado.

Conforme se viu acima, os tratados internacionais deram impulso para que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ criasse a Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Oliveira (2017) diz que a Lei n. 12.403/2011 impulsionou a necessidade de mudança antes da Resolução do CNJ, ao introduzir mudanças significativas no Código de Processo Penal, notadamente no Art. 310.

O prazo para a realização da audiência de custódia é de 24 horas, contado a partir da comunicação do flagrante delito à autoridade judicial competente. Porém, a Resolução n. 213/15 do CNJ, em seu art. 13 também prevê a apresentação da pessoa presa a uma audiência de custódia, no mesmo prazo, em função de mandado judicial.

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Parágrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

O art. 1º, parágrafo 4º, da Resolução n. 213/15, prevê que nos casos em que o preso não tenha condições para se apresentar no local designado ou apresentar problemas de saúde, excepcionalmente poderá a audiência ser realizada no local onde se encontre ou caso não seja viável, deverá esperar que se restabeleçam suas condições (BRASIL, 2015).

No que tange aos participantes da audiência de custódia, estabelece a Resolução que ela “será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante”. (BRASIL, 2015). Em relação à presença dos policiais que realizaram a prisão ou a investigação, fica vedado sua permanência na audiência.

Atualmente não há previsão legal no ordenamento jurídico, de forma objetiva, mais precisamente no Código de Processo Penal, em relação a audiência de custódia, diante disso há necessidade de sua previsão legal e expressa, com todos os detalhes para a realiza-la, para que possa direcionar com clareza as várias nuances dessa audiência, orientando todas as instâncias e dirimir as dúvidas dessa nova modalidade que faz parte da persecução penal .

Com o advento da Lei n. 13.964/2019, a audiência de Custódia aparece em diversos dispositivos legais reconhecida como instrumento de controle do excessivo uso do cárcere, dentre eles o 310 e 287, ambos do CPP. (BRASIL, 2019). Essa

audiência também é cabível em favor de quem tenha sido preso temporariamente ou preventivamente, ainda que o artigo 310, “*caput*” do CPP, disciplina mais detidamente a audiência de custódia apenas em caso de flagrante delito.

Segundo Távora (2020), a Audiência de Custódia, não está limitada aos crimes de competência da Justiça comum, seja ela estadual ou federal, abrangendo os delitos da alçada da justiça militar e eleitoral.

Reforçando o descrito acima, Roberto (2020) defende que no artigo 282 do CPP, o Juiz pode decidir sobre a providência cautelar cabível e sua proporcionalidade, notadamente em relação às medidas diversas que implicam certa restrição de liberdade, a exemplo da proibição de se ausentar da comarca ou do recolhimento domiciliar noturno, descritos no artigo 319, IV e V, do CPP.

Imagina-se que um sujeito detido provisoriamente por força da cautelar denominada de prisão temporária, por suposta participação na prática de tráfico de drogas, informa ao Diretor do sistema prisional que se encontra diagnosticado com o COVID-19, o Magistrado ao receber tal informação, poderá de ofício determinar apresentação desse preso em audiência de custódia, por força do artigo 2º, §3º da Lei 7960/1989, para análise de possível ou não de aplicação de medidas alternativas (BRASIL, 1989).

O representante do Ministério Público deverá obrigatoriamente estar presente na audiência de custódia, sob pena de nulidade absoluta do ato, a teor do artigo 564, III, “d”, do CPP. (BRASIL, 1941).

Da mesma forma, o advogado e/ou defensoria pública obrigatoriamente deverá estar presente, também sob pena de nulidade absoluta, segundo a Súmula 523 do STF (BRASIL, 2003).

Atualmente, tem-se em vigência a Portaria do TJ/MG n. 930 de 2020 que determina que no prazo de 24 horas, após a lavratura e o recebimento dos autos da comunicação de prisão, o juiz deverá verificar sua legalidade, com eventual relaxamento da prisão, bem como a possibilidade de concessão de liberdade provisória ou medida alternativa à prisão.

Relaxado o flagrante ou concedida liberdade provisória ou medida alternativa à prisão ao custodiado, a decisão deverá ser comunicada à autoridade competente para cumprimento do alvará de soltura e/ou implementação de eventuais medidas substitutivas. Mantida a prisão, o juiz realizará audiência de custódia, nas 24 horas seguintes à comunicação do flagrante, durante o horário de expediente.

Efetuada a prisão cautelar ou condenatória, deverá a autoridade que a admitir comunicar o fato ao juízo que a ordenou, em até 24 horas, para averiguar a necessidade da manutenção da custódia, sua revogação ou seu relaxamento.

Relaxada ou revogada a prisão, a decisão será comunicada à autoridade competente para cumprimento de alvará de soltura e implementação de eventuais medidas substitutivas. Mantida a prisão, independentemente de qualquer comunicação à autoridade de polícia ou penitenciária, o juiz realizará audiência de custódia nas 24 horas seguintes à comunicação do flagrante, no horário de expediente. Durante o plantão, a audiência de custódia deverá ser realizada no fórum do juiz competente, entre as 12 e as 18 horas, ou em lugar e horário por ele determinado. Excepcionalmente, a audiência de custódia poderá ser realizada por meio eletrônico disponível, devendo essa decisão ser justificada no respectivo termo.

Em conclusão, a audiência de custódia retrata o permeio do princípio da dignidade humana no direito processual penal. Trata-se de um modo de humanização da persecução penal estatal, apta à sua democratização tendente tanto a coibir a tortura, quanto a promover o debate sobre a necessidade da prisão, até mesmo análise de concessão de liberdade provisória com aplicabilidade de medidas cautelares alternativas, face a situação de Pandemia estendida ao sistema prisional.

#### 2.4.2 Análise interpretativa do artigo 310 do CPP – Juiz das Garantias x Audiência de Custódia

Com o advento da Lei n. 13.964/19 que alterou significativamente o Código de Processo Penal, houve a criação do juiz das garantias, o qual terá o dever de controlar a legalidade das investigações criminais, assim como garantir que seja aplicado os direitos fundamentais do investigado (BRASIL, 2019).

Antes das mudanças no código o juiz que tomasse conhecimento do fato, continuaria vinculado ao processo, ou seja, o juiz que estivesse presente na fase de inquérito, seria o mesmo que participaria no processo e daria a sentença. O objetivo atual é afastar o magistrado que teve o primeiro contato, não sendo responsável mais por esse processo criminal, mas tão somente atuar na fase de investigação.

A lei 13.964/2019, a qual está inserida a figura do juiz das garantias, iniciou sua vacância no dia 23 de janeiro de 2020, porém, Dias Toffoli, até então presidente do STF, prorrogou o prazo em 06 (seis) meses, para que pudesse haver uma adaptação

com a nova modalidade, conforme a ADI 6298 (BRASIL, 2020). Porém, está suspenso por tempo indeterminado, até que fosse verificado no plenário da corte, pois, Luiz Fux, ministro do STF, assim determinou enquanto esteve a frente do Supremo Tribunal Federal, no tempo que Dias Toffoli estava em recesso. Os argumentos apresentados pelo Ministro Luiz Fux foram que deveria ter sido originário do judiciário tal proposta e que quando a lei foi aprovada, não foram levados em conta as despesas orçamentárias a partir de tal mudança. Dessa forma os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, do Código de Processo Penal, estão suspensos pela ADI 6299 (BRASIL, 2020).

Conforme apresenta Márcio André Lopes Cavalcante (2019) o juiz das garantidas atua na fase anterior ao processo, ou seja, antes que seja recebida a denúncia ou queixa, havendo dessa forma o controle de legalidades na primeira fase persecução penal e na análise de questões prévias de autorização judicial, certificando a aplicação dos direitos individuais, sendo as duas funções principais do juiz das garantias. Dessa forma abrangerá estará inclusa todas as infrações no âmbito penal, com exceção daquelas de menor potencial ofensiva.

Renato Brasileiro de Lima (2020) descreve que o juiz das garantias irá salvaguardar os direitos individuais fundamentais do preso, assim como ter o controle da legalidade da investigação criminal, primeira fase da persecução penal. Ficará o juiz das garantias impedido de participar da fase processual desse mesmo caso, ficando adstrito a fase investigatória. Previsão legal estabelecida no artigo 3º-B, *caput*, do CPP, o qual foi introduzido pela Lei n. 13.964/2019.

Um dos objetivos para que o juiz das garantidas não participe da outra fase processual é para que possa ser preservada a imparcialidade, sendo que o magistrado que for competente a atuar no processo judicial, o conduzirá como um terceiro desinteressado em relação as partes, apreciando as versões das partes envolvidas, isso proporcionara a igualdade de tratamento entre as partes, no sistema acusatório.

A audiência de Custódia, conforme Márcio André Lopes Cavalcante (2019) consiste no direito da pessoa que foi presa em ser apresentada em até 24 (vinte e quatro) horas ao magistrado, que é a autoridade competente, para que possa ser certificado se foram respeitados os direitos fundamentais da pessoa conduzida, decidindo quanto ao relaxamento da prisão, conversão em prisão preventiva,

liberdade provisória (com ou sem fiança) ou medida cautelar diversa da prisão, conforme o artigo 310 do CPP.

A previsão da audiência de custódia já estava prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em que o Brasil faz parte, sendo promulgada em 1992, pelo Decreto de n. 678, tal convenção também é conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (BRASIL, 1992). O Item 5, do artigo 7º da Convenção estabelece que toda pessoa presa, detida ou retida, deverá ser apresentada a autoridade competente (juiz ou autoridade que a lei autoriza a exercer as funções judiciais), sem demora, esta previsão somente foi acrescida ao CPP através da Lei 13.964/2019 (BRASIL, 1992).

Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 292) também descreve a audiência de custódia:

Na sistemática adotada pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), a audiência pode ser conceituada como a realização e uma audiência *sem demora* após a prisão em flagrante (preventiva ou temporária) de alguém, permitindo o contato imediato do custodiado com o juiz das garantias, com um defensor (público, dativo ou constituído) e com o Ministério Público.

Dessa forma é evidente da previsão legal em apresentar o preso ao magistrado, máximo 24 horas, para que possa ser verificadas as condições da prisão, se foram resguardados os direitos constitucionais, decidindo quanto a manutenção ou não da prisão, estando presentes nesse ato o preso, o juiz, um defensor (advogado, defensor público ou defensor dativo).

De acordo com o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2020), a prisão prevista no artigo 310 será referente ao preso em flagrante, sendo que o artigo 287 versará sobre as prisões decorrentes de mandado, decorrente de infrações penais, ou seja, as prisões temporárias e preventivas:

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.

Com a nova redação do artigo 310 do CPP fica clara a apresentação da pessoa presa conforme o prazo estabelecido na lei, ou seja, é eficaz a audiência de custódia, porém, conforme apresentado, devido a ADI 6299 está suspensa a figura do juiz das garantias, ocorrendo o processo conforme antes da promulgação da Lei 13.964/19, dando continuidade no processo, havendo juízes plantonistas que irão analisar todos

os aspectos da prisão, mantendo ou não, conforme cada caso concreto, e após será redistribuído entre as varas criminais, sendo o juiz que ficar a carga de receber tal processo, será o responsável por todo processo, até mesmo na fase de Instrução e julgamento (BRASIL, 2020).

#### 2.4.3 Aspectos gerais sobre a influência do COVID-19 no procedimento da audiência de custódia

No início deste ano, houve a notícia referente a Pandemia, Covid-19, que alastrava rapidamente em todos os continentes. No Brasil não foi diferente, e dessa forma atingiu diversos setores, órgãos, entidades, dentre outros, os quais tiveram que adaptar ao novo modelo de atividades, reduzir ou até mesmo suspender as ações do cotidiano.

Conforme o Ministério da Saúde apresenta o Covid-19 é causado por uma doença por SARS-CoV-2, novo coronavírus, ocorrendo em situações de pessoas que adeririam apresentando sintomas ou permanecendo assintomáticas; é uma família de vírus que anteriormente se apresenta em algumas espécies animais, porém, devido ao novo coronavírus, é transmitido entre as pessoas, sendo as transmissões através de toques de mão, espirro, gotículas de saliva, tosse, catarro, objetos contaminados e etc. (BRASIL, 2020).

Devido a Pandemia (COVID-19) houve a necessidade de o Poder Judiciário amoldar a essa nova situação, com intuito de manter a saúde de todos, mas também não deixando de lado os aspectos legais previsto em lei para que possa manter os tramites de todos os processos.

Insta salienta que houve entendimento através do CNJ – Conselho Nacional de Justiça - de que poderá ocorrer videoconferência nos processos penais e execução penal durante a Pandemia da Covid-19, os quais serão ocorridos em tempo real havendo a interação do magistrado e as partes envolvidas no processo, podendo utilizar a plataforma que está disponível no CNJ assim como também ferramentas similares compatíveis com o propósito, ou seja, dispositivos que tenham acesso a câmera, microfone, estabilidade da internet, gravação dos atos sem interrupção em arquivo único; em se tratando de réu preso, deverá ocorrer sua oitiva em ambiente

compatível, sem algemas, sem que haja intimidações, ameaça ou coação, estando presente um assessor jurídico. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020)

Contudo, em relação a audiência de custódia o entendimento do CNJ é de que não poderá ocorrer a videoconferência, com o argumento de que estaria indo contra o propósito daquele instituto, reafirmando Dias Tofoli, ministro e presidente do CNJ, de que é inadequado a utilizando de recursos por videoconferência nas audiências de custódia, a qual, conforme os artigos 287 e 310 do CPP, orienta para a apresentação do preso em até 24 (vinte e quatro) horas a autoridade judiciária competente, para que possa ser apreciada a prisão, seus aspectos legais, ensejando na manutenção da prisão, agora preventiva, ou não (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Dessa forma a audiência de custódia está temporariamente suspensa, conforme entendimento e determinação do CNJ, descrita na Recomendação nº 62 do CNJ; ocorrendo o APF, ratificado, serão os autos encaminhado para o juiz competente, permanecendo o autuado no estabelecimento prisional até o posicionamento do judiciário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Outro aspecto que está sendo analisado durante esta Pandemia é a (im)possibilidade da concessão de liberdade provisória nos diversos crimes. De acordo com a Recomendação 62 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), a qual foi renovada no dia 12 de junho deste ano, orienta que ao Judiciário no que tange a contaminação em grande escala do COVID-19 tanto no sistema prisional, como também no socioeducativo (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Conforme apresentado pelo CNJ, houve um aumento de 800% das taxas de contaminação naqueles estabelecimentos, com números superiores a 2 mil casos, dessa forma houve o propósito de haver orientações para que fossem revistas todas as prisões as pessoas que são do grupo de risco, assim como aqueles que estejam no final do cumprimento de suas penas que não fazem parte do grupo que tenham sido autores de crimes violentos ou grave ameaça, como: homicídio, latrocínio, estupro, assim também como aqueles que não fazem parte de grupos de organizações criminosas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Dessa forma, através da Recomendação n. 62, em 03 (três) meses houve a retirada de mais de 35 mil (em torno de 4,8% dos presos) pessoas das unidades prisionais, passando para o regime domiciliar ou até mesmo o monitoramento mediante dispositivo eletrônico. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

As audiências de custódia estão suspensas, diante disso estabeleceu as diretrizes para que haja entrevista prévia, reservada, presencial ou videoconferência, com as presenças do defensor (público, constituído ou dativo) e a pessoa que esteja em custódia, manifestando o Ministério Público e posteriormente o Judiciário, para que possa manter ou não prisão.

### 3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Na presente pesquisa observou-se dentre vários aspectos, a necessidade de se verificar as condições das restrições da liberdade, primeiramente se apresenta todos os requisitos objetivos e subjetivos, levando-se em conta o as previsões no art. 5º da Constituição Federal de 1988, verificando-se o quanto é necessário, ou não, a manutenção da prisão durante a segunda fase da persecução penal.

Diante desta análise verifica-se, no art. 5º da CF/88, alguns incisos que deverão ser analisados e respeitados, como o inciso LIV, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, assim como o inciso LVII que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988).

Como regra geral todas as pessoas são consideradas inocentes, até que se prove o contrário, não deixando de lado o transito julgado da sentença para que possa ser aplicada pena correspondente ao ilícito praticado, podendo a qualquer tempo estar em liberdade para que possa ocorrer o devido processo penal, verificando sempre a proporcionalidade entre o fato e a manutenção da prisão (temporária ou preventiva) durante aquela fase, assim como durante a prisão para fins de execução da pena.

Diante das definições das prisões trazidas pelo Código de Processo Penal, sejam elas mediante flagrante delito, por determinação da autoridade competente, verifica-se um padrão a ser seguido, um rito, da mesma forma para se alcançar medidas cautelares diferente da prisão.

No que tange a progressão de regime, a Lei de Execução Penal (Lei n. 7210/84), mais precisamente no artigo 112, é nítido a progressão de um regime mais rigoroso que é o fechado para o semiaberto, desse para o aberto, havendo requisitos objetivos como: reincidência, se o crime foi realizado com violência ou não, se é primário, dentro outros aspectos, assim como requisitos subjetivos, como bom comportamento, não cometimento de falta grave, dentro outros (BRASIL, 1984).

Salienta-se que o atual cenário, decorrente da Pandemia, Covid-19, foi instalado o Estado de Calamidade Pública no país, devido a velocidade com que o Coronavírus se espalhou a nível mundial, dessa forma, outro aspecto de suma importância, assim como a liberdade já descrita anteriormente, ficou-se em evidência em relação a saúde pública.

Demonstrou-se o presente estudo que a saúde pública já era uma preocupação ao longo dos anos, destacando-se as condições precárias nos presídios nacionais, devido a superpopulação carcerária, as más condições desses locais, tornando-se insalubres, sendo um potencial para a contaminação e adquirir doenças, e somado ao Novo Vírus, potencializou para que piorasse ainda mais as condições daqueles locais, para o cumprimento da pena.

Dessa forma, houve necessidade de haver várias intervenções pelo governo, não diferente o Poder Judiciário também colocou em prática ações para amenizar o surto e expansão do Coronavírus, sendo que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da orientação 62/2020, estabeleceu ações para que pudessem ser analisadas as manutenções (ou não) de determinadas prisões, sejam referente aquelas em que os acusados já estão presos e que estão próximos a atingir um regime menos gravoso, assim como aqueles que foram presos (decorrente de APF ou determinação judicial) durante a Pandemia (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Com relação ao tema deste estudo, destaca-se a possibilidade da liberdade provisória, conforme o art. 310, inciso III do CPP, mais precisamente referente aos casos em que houve o crime de tráfico de drogas (BRASIL, 1941).

Ora, conforme a previsão legal do art. 5º da CF, incisos LIV e LXII, assim como a recomendação do CNJ de 2020, poderá estabelecer como regra a liberdade até que se conclua todas as fases do processo, até o desfecho final, que é a sentença condenatória (ou não), pois, tal crime não apresenta violência, não irá atrapalhar as diversas etapas da persecução penal, assim como poderá ser aplicadas outras medidas sem prejuízo ao processo, estabelecidas no art. 282 do CPP, as Medidas Cautelares, adequando conforme as circunstâncias do fato, a gravidade do delito, ponderação, proporcionalidade e legalidade.

Todos os fatos, decorrentes de diversos delitos, deverão ser analisados de forma única, ou seja, todos os elementos que compõem tais fatos que ensejaram o crime. Tal posicionamento deverá servir como forma de orientação para todas as fases do processo, assim como todas as instancias, devendo sempre ser analisado que a regra será a liberdade da pessoa julgada, processada, restringindo ao máximo os casos em que de imediato tenha que ser decretada a prisão, pois, são vários os aspectos que estarão resguardados e protegidos pela CRFB/88, como a liberdade, a saúde, direito a um devido processo legal, a ampla defesa e contraditório, para que possa ocorrer todo o processo de maneira transparente, equilibrada, imparcial, sem

que haja violações a integridade física e psicológica daqueles que a princípio são autores do delito, devendo assegurar a dignidade da pessoa humana em todos os casos.

Por fim os estudos apontaram a necessidade de haver uma harmonia no que tange a aplicação, como regra, da liberdade provisória, principalmente nos casos raros como este de Pandemia, em destaque ao crime de tráfico de drogas, pois, tanto a Lei 11343/06, art. 44, assim como a Lei 8072/90, art. 2º, § 1º, tratam como se esse crime não pudesse de imediato haver a liberdade provisória ou o início do cumprimento da pena em regime diferente do fechado, porém, vão contra o que preconiza os incisos LIV e LVII da CF/88, e também a recomendação 62/2020 do CNJ, sendo que a liberdade e a inocência serão os parâmetros para todos os processos correlatos, devendo todas as comarcas, tribunais, estabelecerem ações para que possam harmonizar as condutas, principalmente quando se trata da liberdade de ir e vir de todo cidadão, para que não ocorra pelo Estado a ineficiência em garantir a preservação da integridade física/psicológica do acusado.

## 4 CONCLUSÃO

O presente estudo analisou (im)possibilidade da liberdade provisória em tempos de pandemia, referente ao tráfico ilícito de drogas. Diversos temas foram apresentados correlatos ao tema abordado, com o objetivo de melhor explanar o tema. Através de pesquisas bibliográficas foi elaborado este trabalho, assim como a obtenção de informações por meio de doutrinas, jurisprudências, artigos científicos, artigos de opinião e legislações.

Esta determinada pesquisa apresenta um teor de relevância e importância na sociedade, para que possam estabelecer parâmetros para a concessão apresentada neste trabalho, no que tange a liberdade do acusado em tempo de pandemia, com o propósito maior que é a saúde daquele e, também da sociedade.

A concessão da liberdade provisória está prevista no art. 310, inciso III do CPP, frente aos requisitos estabelecidos para que possa filtrar as pessoas que irão ter aquele benefício, combinada com a Orientação 62/2020 do CNJ, é concebível em maior escala aqueles beneficiados, os quais deverão se enquadrar nos critérios estabelecidos para que se alcance a liberdade provisória.

Diante dos requisitos, houve análise criteriosa para que pudessem estabelecer aqueles que apresentavam risco potencial a saúde caso contraísse o vírus que causa a Covid-19, considerados grupo de risco, e aqueles que estavam próximos da concessão de um regime menos gravoso, que não tenham praticado crime com violência ou grave ameaça, afastando também do benefícios aqueles que fazem parte de organização criminosa, assim como aquelas situações em que houver o APF durante a pandemia, sendo analisado pelos magistrados. Todas as situações mencionadas serão aplicadas medidas cautelares, caso ocorra a liberdade provisória, para que possa haver o controle das ações cotidianas dos beneficiários.

A referida aplicabilidade se deu por conta da Pandemia, Covid-19, que teve a necessidade de estabelecer, modificar e criar condições mais favoráveis aqueles que estão cumprindo pena em estabelecimento fechado, na tentativa de diminuir os impactos provenientes do vírus, no que diz respeito a saúde e a sua transmissão.

Restou estabelecido se haveria a (im)possibilidade da concessão liberdade provisória, referente ao crime de tráfico de drogas, visto que o artigo 44 da Lei n. 11343/06 traz que aqueles que forem enquadrados por aquele delito, não poderá ser

aplicada a liberdade provisória, assim como a previsão legal da Lei 8072/90, em seu art. 2º, § 1º, o qual estabelece que o autor do crime de tráfico de entorpecentes cumprirá inicialmente sua pena em regime fechado.

Após realizar a pesquisa referente a este trabalho, viu-se que há possibilidade de tal benefício, ou seja, liberdade provisória sem fiança, conforme estabelece o art. 310, inciso III do CPP, juntamente com entendimento da Recomendação 62 do CNJ, visto que não há nesse crime violência ou grave ameaça, ou que atrapalhe o perfeito andamento do processo, podendo estabelecer medidas cautelares para seguir e haver o controle durante toda a persecução penal, afastando quaisquer elementos os quais poderiam ser levantados para a impossibilidade e negativa pelo magistrado do benefício ao acusado.

Dessa forma, o presente trabalho proporcionou e concluiu que, apesar de vários os documentos referente para que possam ou não ser concedida a liberdade provisória, necessário se faz a análise do caso concreto, para que possa estabelecer ou não o benefício, sendo colocado em prática o que preconiza na CF/88, que ninguém será privado de sua liberdade sem que haja o devido processo legal, assim como ninguém será considerado culpado sem o transitado julgado da sentença penal condenatória, respectivamente incisos LIV e LVII, ambos do art. 5º da Constituição Federal brasileira, sendo como regra a manutenção da liberdade, ficando evidente a possibilidade da concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de drogas, nos casos em que forem afastados os elementos que a impossibilite, presentes no CPP e na Recomendação 62/2020 do CNJ.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ regula videoconferência na área penal com veto em audiência de custódia. **Notícias CNJ**. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-regula-videoconferencia-na-area-penal-com-veto-em-audiencia-de-custodia/>>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. CNJ renova Recomendação n. 62 por mais 90 dias e divulga novos dados. **Notícias CNJ**. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-renova-recomendacao-n-62-por-mais-90-dias-e-divulga-novos-dados/>>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 62**, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 213**, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.989, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 562, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. **Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm)>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7960.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm)>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.072**, de 25 de julho de 1990. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm)>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.464**, de 28 de março de 2007. Disponível em:  
<[http://planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm#:~:text=LEI%20N%2011.464%2C%20DE%2028,5o%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal](http://planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm#:~:text=LEI%20N%2011.464%2C%20DE%2028,5o%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal)>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Portaria n. 344**, de 12 de maio de 1998. Disponível em:  
<[https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344\\_12\\_05\\_1998\\_rep.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html)>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Sobre a doença. **Ministério da Saúde**. Disponível em:  
<<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação de Inconstitucionalidade 6.298. Distrito Federal. Relator: Min Luiz Fux. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado. **Notícias STF**. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253>>. Acesso em: 15 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 213**, de 13 de outubro de 2003. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>>. Acesso em: 15 out. 2020.

CALVACANTE, Márcio André Lopes. **Anuário de Atualidades Jurídicas**. Salvador: JusPodivm, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Salvador: JusPodivm, 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. vol. único.

\_\_\_\_\_. **Pacote Anticrime**. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Estudo de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Portaria Conjunta da Presidência n. 930**, de 24 de janeiro de 2020. Disponível em: <[https://www.tjmg.jus.br/data/files/77/21/7F/24/549DF610E54CFAF65ECB08A8/SEI\\_0010380\\_50.2020.8.13.0000.pdf.pdf](https://www.tjmg.jus.br/data/files/77/21/7F/24/549DF610E54CFAF65ECB08A8/SEI_0010380_50.2020.8.13.0000.pdf.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2020.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e o processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ROBERTO, Welton. **Paridade de Armas no Processo Penal**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha Vermelha – policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o Juiz das Garantias. **Revista de Informação Legislativa**, n. 183, jul/set. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

VALENTE, Fernanda. **Juiz das Garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-aterferendo-plenario>>. Acesso em: 15 out. 2020.