



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: **0700123-96.2020.8.05.0112**
 Classe – Assunto: **Auto de Prisão Em Flagrante - Tráfico de Drogas e Condutas Afins**
 Tipo Completo da Parte Ativa Principal **Nome da Parte Ativa Principal << Nenhuma informação disponível >>**
 Parte Ativa Principal << Nenhuma informação disponível >>:
 Flagranteado: [REDACTED]

1 - RELATÓRIO

Cuida-se de auto de prisão em flagrante lavrado em desfavor de [REDACTED] devidamente qualificado nos autos, preso em flagrante no dia 29 de julho de 2020, por suposta prática de crime previsto no art. 33, *caput*, Lei nº 11.343/06, tendo sido apreendidas 47 (quarenta e sete) trouxinhos e 07 (sete) tabletes de "maconha" – auto de apreensão de fls. 10.

Manifestações do Ministério Público e da Defensoria Pública apresentadas nas fls. 35/39 e 43/49, respectivamente, sendo que as da DPE foram apresentadas depois deste MM. Juízo determinar que os autos seguissem com vista ao Defensor Público (fls. 40).

É o relatório. Passo a decidir.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

Para fins de dotar o presente ato decisório de maior carga de logicidade, os aspectos centrais a se abordar serão enfrentados nos tópicos seguintes, cumprindo-se com o dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, CF/88).

Embora se trate de auto de prisão em flagrante, em que normalmente não se exigiria a emissão de uma decisão por demais alongada, ressalto que a



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

extensão da presente se dá em razão da relevância dos pontos que serão abordados logo abaixo. Sobre isso já escrevemos no artigo cujo título é “Juiz Garantista?”, publicado na coluna *Cláusula Pétreia*, portal Justificando, cujo link é o seguinte: <https://www.justificando.com/2020/03/04/juiz-garantista/>.

Passo a emitir as minhas razões de decidir.

A – ANÁLISE QUANTO A REGULARIDADE DA AUTUAÇÃO

A.1 - QUANTO A TESE DEFENSORIAL DE IRREGULARIDADE NO ATO FLAGRANCIAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE EXISTÊNCIA OU NÃO DE FATORES DE RISCO PARA CONTÁGIO DE COVID. RECOMENDÁVEL O QUESTIONAMENTO, PORÉM SEM FORÇA CAPAZ DE GERAR NULIDADE À AUTUAÇÃO

A Defensoria Pública apresentou argumentação no sentido de que o auto de prisão em flagrante lavrado em desfavor do Autuado seria maculado de ilegalidade, ante o fato de não se ter observado a recomendação de a Autoridade Policial questionar ao preso quanto a fatores de risco para contágio do COVID 19.

Segundo alega a Defensoria Pública, consta previsão no art. 8º-A, § 2º da Recomendação nº 62/2020, do Conselho Nacional de Justiça, dispondo nos seguintes termos:

“§ 3º O magistrado competente para o controle da prisão em flagrante deverá zelar pela análise de informações sobre fatores de risco da pessoa autuada para o novo Coronavírus, considerando especialmente o relato de sintomas característicos, o contato anterior com casos suspeitos ou confirmados e o pertencimento ao grupo de risco, recomendando-se a utilização do modelo de formulário de perfil epidemiológico elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Recomendação nº 68, de 17.6.2020)”

Quanto a esse ponto, sem olvidar o fato de que a argumentação



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

apresentada é por demais comprometida com a defesa dos direitos humanos e contributiva, do ponto de vista institucional, para que se apresente um maior controle de contágio de COVID pela população carcerária, entendo que não se entremostra como matéria capaz de gerar nulidade propriamente dita ao ato flagrancial a ausência de informações a respeito de fatores de risco de contágio de COVID 19.

A Recomendação nº 62/2020 foi editada como forma de conferir subsídios para que os Magistrados adotem as medidas pertinentes para a evitação do contágio de COVID 19, mas não se apresenta como uma via de adição de requisitos para a definição da legalidade da autuação. Em palavras mais resumidas, não se pode conferir elastecimento interpretativo às disposições da recomendação, a ponto de transformá-la em ato normativo aditivo de requisitos legais para a definição daquilo que se constituiria como atributos para a perfectibilização da legalidade da autuação, sob pena de subversão do princípio da legalidade.

Não se nega que se constitui de máxima importância a questão relacionada à colheita de informações pela Autoridade Policial quanto a presença ou não de fatores de risco no preso quanto ao contágio de COVID 19. Se constitui como um importante filtro para se definir, por exemplo, se é caso de encaminhamento imediato para atendimento pela rede hospitalar local, se é caso de isolamento em relação aos demais presos, entre outras medidas a serem tomadas pela autoridade que cuida da custódia de presos.

Entretanto, como já dito linhas acima, se trata de recomendação emitida no sentido de conferir hipóteses ou meios para que os juízos com competência criminal apliquem no cotidiano forense, quando da efetivação de uma ordem de prisão ou captura de cidadão, de modo a auxiliar sobre quais medidas profiláticas devem ser aplicadas para que não haja contágio multiplicativo no ambiente carcerário.

A definição quanto a legalidade ou não do flagrante deve se basear nas previsões constitucionais, convencionais e legais que dizem respeito propriamente à autuação, não se podendo conferir aplicação alargada para admitir a incidência da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, *prima facie*, como fator de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

adição de novos requisitos legais quanto à prisão em flagrante que não guardem relação direta com a autuação em si mesma.

Porém, deixo claro que será objeto da devida comunicação às Autoridades Policiais a necessidade de se cumprir com o quanto disposto no art. 8º-A, § 3º, da Recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça e que, caso haja descumprimento sistemático do teor da requisição a ser emitida por este MM. Juízo, aí sim haverá terreno para se avaliar se o argumento lançado pela Defensoria Pública pode ser objeto de acolhimento ou não.

Assim, rejeito a alegação de nulidade do APF pelos fundamentos lançados pela Defensoria Pública, porém determino que sejam oficiadas as Delegacias de Polícia de Itaberaba e Boa Vista do Tupim para que sigam o quanto recomendado na Resolução nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, especialmente em relação à necessidade de se preencher o formulário de identificação de fatores de risco anexo à resolução.

B – AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. EMISSÃO DE LAUDO DE EXAME DE LESÕES CORPORAIS SEM FOTOGRAFIA. ALEGAÇÃO POR PARTE DO PRESO QUANTO A VIOLAÇÃO DA SUA INTEGRIDADE FÍSICA. OBRIGATORIEDADE DE JUNTADA DE FOTOGRAFIA DO ROSTO E CORPO DO AUTUADO, CONFORME A RECOMENDAÇÃO Nº 62/20, ALTERADA PELA DE Nº 68, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. IRREGULARIDADE DO APFD. NÃO HOMOLOGAÇÃO

Ultrapassado o primeiro ponto apresentado pela Defensoria Pública em sede argumentativa, passo a avaliar o caso sob o aspecto da legalidade ou ilegalidade da autuação em si mesma.

O Ministério Público, quando da oferta da sua manifestação de fls. 35/39, sustentou que o auto de prisão em flagrante deveria ser objeto de homologação, sob o argumento central de que a atuação policial se deu fora da residência do Autuado,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

logrando-se êxito em encontrar os materiais entorpecentes indicados no auto de exibição e apreensão. Por essa razão, conforme indicado pelo Ministério Público, não teria havido configuração de ilegalidade, sendo caso de homologação do APF.

A Defensoria Pública, por sua vez, sustentou nas fls. 43/49 a ilegalidade da autuação, sob o argumento central de que há indícios fundados de prática de tortura no caso em referência e que o laudo de exame de lesões corporais não apresenta fotografias quanto ao rosto e corpo inteiro do Autuado, aspectos estes indicados na Recomendação nº 62/2020 (art. 8º-A, § 1º, inciso V) como necessários quando não houver a realização de audiência de custódia.

Fixada a controvérsia, entendo ser caso de acolhimento das razões apresentadas pela Defensoria Pública, sendo caso de não homologação do auto de prisão em flagrante e consequente relaxamento da prisão.

Embora tenha sido dito linhas acima quanto à impossibilidade de a Recomendação nº 62/2020 adicionar novos requisitos para a verificação da legalidade da prisão em flagrante, é certo que tal raciocínio só pode ser aplicado em relação àqueles fatores que não guardem relação direta com institutos já contemplados como aplicáveis ou necessários para a verificação da regularidade. Em outras palavras, aqueles institutos que guardem relação com os aspectos a serem objeto de avaliação pelo Magistrado (ex: verificação quanto ao respeito à inviolabilidade da integridade física e psíquica do preso) quanto a regularidade da atuação estatal detentiva podem ser objeto de acréscimo ou maior detalhamento pela via da recomendação, causando adição de requisitos, enquanto que aqueles outros que não propriamente se situem como aspecto diretamente ligado ao exame das condições em que se deu a detenção estatal não guardam aptidão para inquinar de nulidade, *prima facie*, a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Em razão do atual contexto de pandemia de COVID 19, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Recomendação nº 62/2020, na qual ora se apresentam medidas as serem tomadas pelas autoridades judiciais para que se evite a propagação do vírus, ora se prevê vias alternativas à audiência de custódia, caso se entenda pela suspensão em decorrência do período excepcional de calamidade na saúde pública, porém com a adição de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

novos elementos a serem observados pelas autoridades quando da lavratura do auto de prisão em flagrante.

O art. 8º-A, § 1º, da Recomendação nº 62/2020 é claro ao trazer como aspectos a serem respeitados quando não houver audiência de custódia os seguintes:

"Art. 8-A. Na hipótese de o Tribunal optar pela suspensão excepcional e temporária das audiências de custódia, nos termos do artigo anterior, deverá adotar o procedimento previsto na presente Recomendação. (Incluído pela Recomendação nº 68, de 17.6.2020)

§ 1º Sem prejuízo das disposições do artigo anterior, o ato do tribunal que determinar a suspensão das audiências de custódia durante o período de restrições sanitárias decorrentes da pandemia de Covid-19 deverá contemplar as seguintes diretrizes: (Incluído pela Recomendação nº 68, de 17.6.2020)

I – possibilidade de realização de entrevista prévia reservada, ou por videoconferência, entre o defensor público ou advogado e a pessoa custodiada, resguardando-se o direito à ampla defesa; (Incluído pela Recomendação nº 68, de 17.6.2020)

II – manifestação do membro do Ministério Público e, em seguida, da defesa técnica, previamente à análise do magistrado sobre a prisão processual; (Incluído pela Recomendação nº 68, de 17.6.2020)

III – conclusão do procedimento no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal; (Incluído pela Recomendação nº 68, de 17.6.2020)

IV – observância do prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas para a expedição e o cumprimento de alvarás de soltura, nos termos da Resolução CNJ nº 108/2010; (Incluído pela Recomendação nº 68, de 17.6.2020)

*V – fiscalização da regularidade do procedimento, especialmente quanto à realização prévia de exame de corpo de delito ou exame de saúde e à juntada aos autos do respectivo laudo ou relatório, **bem como do registro fotográfico das lesões e de identificação da pessoa, resguardados a intimidade e o sigilo, nos termos das diretrizes***



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1^a Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

previstas na Recomendação CNJ nº 49/2014; e (Incluído pela Recomendação nº 68, de 17.6.2020)

VI – determinação de diligências periciais diante de indícios de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a fim de possibilitar eventual responsabilização. (Incluído pela Recomendação nº 68, de 17.6.2020)"

O tema em destaque foi objeto de enfrentamento pelo Conselho Nacional de Justiça no Pedido de Providências nº 0003065-32.2020.2.00.0000, relator Conselheiro Mário Augusto Guerreiro, apresentado contra o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, sob o argumento de que o TJCE não estaria realizando audiências de custódia e avaliando os autos de prisão em flagrante sem que contivessem laudos de exame de lesões corporais com fotografias do preso para fins de aferição sobre a existência ou não de violação à integridade física ou tortura.

A ementa do julgado emitido no PP nº 003065-32.2020.2.00.0000 ostenta o seguinte teor:

"EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. RATIFICAÇÃO DE LIMINAR.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. RESOLUÇÃO CNJ 213/2015 E RECOMENDAÇÃO CNJ 62/2020. ANÁLISE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE E DO EXAME DE CORPO DE DELITO. COMPLEMENTAÇÃO PELOS REGISTROS FOTOGRÁFICOS DO ROSTO E CORPO INTEIRO DO CUSTODIADO. INDÍCIOS DE INOBSERVÂNCIA PELA CORTE CEARENSE. LIMINAR DEFERIDA.

1. Os tribunais brasileiros têm autonomia para decidir se realizarão ou não as audiências de custódia, eis que este Conselho apenas recomendou a sua não realização, sem força cogente. **2.** Se, contudo, os tribunais efetivamente optarem pela não realização da audiência de custódia - ou seja, por seguir a Recomendação CNJ 62/2020 - não poderão seguir a recomendação apenas pela metade, deixando de adotar as medidas previstas naquele ato normativo para mitigar os prejuízos decorrentes da não realização do referido ato processual. Em síntese: ou se adota o regime jurídico integral da audiência de custódia ou



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

se adota o regime jurídico integral da recomendação emanada deste conselho. 3. Não é possível a combinação de normas para, de um lado, suprimir-se a garantia da realização da audiência de custódia, e, de outro, também se afastarem as regras da recomendação que buscam amenizar o impacto da perda temporária dessa garantia, tudo em detrimento dos direitos fundamentais dos presos. 4. Liminar deferida para determinar que a Corte requerida cumpra as obrigações acessórias decorrentes da não realização da audiência de custódia.”
(CNJ – PP nº 003065-32.2020.2.00.0000 - Conselheiro Mário Guerreiro – Órgão Plenário – Julgado em 20/05/2020)

Assim, definiu-se que é **obrigatório que se observe o teor da Recomendação nº 62/2020 quanto a necessidade de se ter fotografia do preso**, captando o seu rosto e corpo inteiro, quando não houver a realização de audiência de custódia. E, no caso da Bahia, é de sabença pública que as audiências de custódia estão suspensas desde 18 de março de 2020, por meio do Decreto Judiciário nº 213 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Ao analisar o laudo de exame de lesões corporais, verifica-se que o Autuado afirmou ter sido vítima de um tapa por parte dos agentes públicos. Esse aspecto só por si justificaria que se adotasse, de maneira impositiva, a captação de fotografia do rosto e do corpo do Autuado, nos moldes como disciplina a Recomendação nº 62/2020, porém foi objeto de desconsideração por parte do aparato persecutório estatal.

Assim, já numa primeira análise, o auto de prisão em flagrante não comportaria homologação, em razão do não atendimento de tais prescrições.

C - QUANTO À CONFIGURAÇÃO DO FLAGRANTE PROPRIAMENTE DITO. PRISÃO BASEADA NA MERA ATITUDE SUSPEITA, SEM INDICAÇÃO DO QUE CONSISTIRIA. ATUAÇÃO POLICIAL BASEADA EM VIA APÓCRIFA, SEM INDICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS QUE ENSEJARAM A ABORDAGEM POLICIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INJUSTIÇA DO ATO ESTATAL. DOUTRINA DO COSMOPOLITISMO ÉTICO-CONSTITUCIONAL. AUTUAÇÃO QUE NÃO OSTENTA SUPORTE DE



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

LEGITIMIDADE, SENDO CASO DE RELAXAMENTO DA PRISÃO

Um outro dado com ainda maior relevância diz respeito à configuração do flagrante propriamente dito. E, neste ponto, embora não tenha sido ventilado pelas partes quando das suas manifestações, entendo ser caso de conhecimento de ofício pelo Magistrado, posto que se liga a matéria relacionada à verificação da existência ou não de justa causa para atuação estatal, especialmente quanto ao exame da legitimidade baseada no argumento da mera “atitude suspeita”.

A Constituição Federal de 1988 estabelece como verdadeiro direito fundamental do cidadão a presunção da inocência (art. 5º, LVII), do qual se extraem as seguintes subregras: 1) uma regra de tratamento caracterizadora do estado de inocência, firmando a obrigação de o Estado tratar o cidadão como presumidamente inocente fosse ao longo de todo o procedimento, inadmitindo presunções *contra reo*; 2) uma regra de julgamento que impõe que somente quando houver produção de prova que não venha a gerar dúvidas sobre a inocência do imputado, de modo a se ter certeza quanto a materialidade e autoria, é que se pode emitir juízo condenatório.

O aspecto a se levar em consideração na presente oportunidade diz respeito àquele ligado à regra de tratamento e a impossibilidade de emissão de juízo de presunção *contra reo* na persecução penal.

O Código de Processo Penal Brasileiro teve a sua origem no ano de 1941, inspirado no modelo autoritário do Código Rocco Italiano do período do fascismo, com nítido albergamento de matrizes antidemocráticas do Estado Novo, período de ditadura Varguista. Esse é um dado que impõe o dever de o Magistrado realizar sempre uma interpretação das disposições e das práticas das agências executivas à luz da Constituição Federal, a fim de se avaliar se estas espelham ou não o ideário democrático e de máxima efetividade dos direitos fundamentais, haja vista que o devido processo penal (Nereu Giacommoli) é alcançado quando se tem a plena observância dos direitos e garantias fundamentais pelo Estado.

Mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, inaugurando



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

uma ambiência de ordem político-jurídica baseada na maior densificação dos direitos fundamentais e na obrigação de contenção do arbítrio punitivo, observa-se a equivocada aplicação de institutos claramente contrários a tal propósito. Um deles é a inclusão totalmente inadequada dos atributos informadores das presunções de legalidade e veracidade do ato administrativo em matéria persecutória, como se fosse possível se estabelecer algum juízo de presunção *contra reo* em sede penal e processual penal.

Tal leitura, a nosso ver, é incompatível com a presunção da inocência, geradora, em verdade, de uma presunção de injustiça do ato estatal, conforme foi acertadamente colocado no caso *Ibrahim and Others vs. The United Kingdom (2016, TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem)*, donde justamente se assentou que o Estado, na sua tarefa persecutória, deve respeitar os direitos fundamentais do suspeito da prática de crime. No caso, o Governo Britânico, em sede de apuração quanto a bombardeios suicidas ocorridos em Londres, ouviu uma pessoa como se testemunha fosse, sem que, quando do momento em que esta começou a responder perguntas com teor de autoincriminação, informasse sobre o direito ao silêncio, vulnerando-se essa importante prerrogativa convencional prevista no art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos:

"Ibrahim and Others v. the United Kingdom (2016). Nesse caso, um indivíduo foi inicialmente interrogado pela polícia como testemunha de bombardeios suicidas ocorridos em Londres. No entanto, no decorrer de seu testemunho, o depoente começou a se incriminar ao explicar seu encontro com um dos suspeitos dos ataques terroristas logo após o atentado e como lhe auxiliou. A polícia não o prendeu naquele momento, tampouco o notificou de seus direitos processuais, tendo continuado a interrogá-lo. Ao término da inquirição, o depoente assinou uma declaração escrita, a qual foi admitida como prova fundamental em seu julgamento. Ele foi, então, condenado por ajudar um dos bombardeiros e por não divulgar informações sobre os atentados. A Corte entendeu que o Governo não se desincumbiu do ônus de demonstrar, de forma convincente, as circunstâncias excepcionais e imperiosas que justificariam o prosseguimento da entrevista do suspeito depois que ele começou a incriminar-se, sem adverti-lo ou informá-lo do seu direito de permanecer em silêncio e de ter assistência jurídica. Nesse sentido, embora fosse verdade que a ameaça



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

representada pelo terrorismo só pudesse ser neutralizada pela investigação e punição efetivas de todos os envolvidos, vislumbrou-se a presunção de injustiça na conduta do Governo, bem como a violação do artigo 6.1 da CEDH.” (disponível em <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaBoletim>, seção jurisprudência internacional em temas)

Ainda que não se trate de sistema regional de proteção de direitos humanos do qual o Brasil faça parte, é mister levar em consideração que a doutrina mais afinada com a temática dos direitos humanos e do direito constitucional tem defendido a aplicação daquilo que se nomina de “cosmopolitismo ético-constitucional”, “constitucionalismo transfronteiriço” ou “constitucionalismo multi-nível”, nas lições acertadas de Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento e Marcelo Neves, autores da mais elevada grandeza intelectual no Direito Constitucional Brasileiro. Tal vertente, em linhas resumidas, defende que as ordens jurídicas internas, na sua tarefa de julgar processos em que se tenha aspectos sensíveis quanto a direitos humanos ou fundamentais, atuem em verdadeiro diálogo com a perspectiva internacional, de modo a se exercer uma soberania responsável (Sarlet, 2020) e comprometida com a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da Constituição Federal).

O magistério de Souza Neto e Sarmento bem nos explica no que consiste o método de interpretação do cosmopolitismo ético-constitucional, grifo nosso:

“Existe uma tendência crescente e positiva de invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado na interpretação constitucional. Hoje, as ideias constitucionais “migram”. Há uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo. Esse é um lado bastante positivo da globalização. Além do Direito Constitucional ter de lidar cada vez mais com fenômenos transnacionais, o interesse e a facilidade de acesso ao que ocorre em outros sistemas jurídicos nacionais e internacionais aumentou muito. Com isso, ampliou-se a possibilidade



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

real de integração não apenas econômica ou política entre os países e organizações internacionais, mas também “discursiva”: não só a normativa internacional, como também os argumentos empregados pelas cortes constitucionais e internacionais passam a ser cada vez mais considerados nas decisões adotadas na esfera interna em matéria constitucional. [de Souza Neto, Cláudio Pereira; Sarmento, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho (Locais do Kindle 15753-15762). Edição do Kindle.]

Pai da teoria do constitucionalismo transfronteiriço, também chamado de “transconstitucionalismo”, a doutrina do professor Marcelo Neves é de citação obrigatória quanto ao tema em alusão:

“[...] o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro. Isso parece-me frutífero e enriquecedor da própria identidade porque todo observador tem um limite de visão no ‘ponto cego’, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação.” (Neves, Marcelo. Transconstitucionalismo, São Paulo. Editora WWF Martins Fontes, 2009, pág. 297-298)

Ressalte-se, ainda, que o princípio da prevalência dos direitos humanos não espraiia os seus efeitos somente na órbita das relações internacionais do Brasil com os demais sujeitos de direito internacional, mas também exerce uma posição de *status negativo e positivo* na nossa ambiência interna. Esse é um tempero adicional à noção de soberania estatal, que não mais admite posturas de relativismo cultural e de descompromisso quanto à densificação de disposições convencionais ou decisões



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

externadas por Tribunais com competência em direitos humanos, dada a previsão constante do art. 27, da Convenção de Viena sobre Tratados Internacionais dispondo acerca da impossibilidade de invocação de disposições do direito interno como pretexto para inadimplemento de dispositivos convencionais.

Quanto ao *status negativo*, impõe que o Estado não venha a adotar comportamentos (sob atos legislativos, de execução ou judiciais) que venham a transgredir aquilo que já foi objeto de pleno consenso na órbita internacional como direito essencial da pessoa humana. Aqui tem cabimento o tema do controle de convencionalidade, o qual até mesmo já foi reconhecido como plenamente aplicável pelo Supremo Tribunal Federal no *leading case* representado no RE 466.343, relator Ministro Cesar Peluso, incorporando-se a brilhante tese defendida pelo Professor Valério Mazuolli em sua tese de Doutorado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Em relação ao *status positivo*, tem-se que os Estados que compõem a comunidade internacional devem estar imbuídos do compromisso de reforço dos direitos humanos nas suas respectivas legislações internas e jurisdições, a fim de se alcançar o intento de universalização quanto à proteção dos direitos da pessoa humana.

Assim, não se tem como ponto facultativo ao julgador a análise quanto a devida densificação dos direitos humanos ou fundamentais nas *praxis* estatais, mas sim se apresenta como verdadeira obrigação, de trato impositivo, em razão de se tratar de aspecto ligado a princípio fundamental estruturante da República Federativa do Brasil, com derivação a partir da cláusula da dignidade da pessoa humana (enquanto configuradora de atributo de essencialidade ou de valor intrínseco do ser humano) prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Tudo isso está sendo colocado como meio para explicar, em termos resumidos, que se constitui como aspecto totalmente disforme do arquétipo constitucional democrático e protetivo da pessoa humana a atribuição de presunção de legitimidade ou veracidade de declarações externadas por agentes estatais quando da atividade persecutória. Não se está aqui a dizer que as declarações não têm validade, mas sim deve o Estado atuar, através dos seus prepostos, com base em premissas fáticas legítimas e que



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

demonstrem uma motivação clara que justifique a intervenção estatal no bem jurídico da liberdade do cidadão.

Isso significa que é descabida a atuação do Estado sob premissas ou cláusulas vazias do tipo “atitude suspeita”, sem que se apresente qual o verdadeiro conteúdo do que efetivamente configuraria tal agir suspeito por parte do cidadão. No que consistiria? Andar mais apressadamente? Ter pele negra? Estar num horário considerado como suspeito numa localidade periférica? Andar sem camisa? Ter um corte de cabelo considerado como esteriótipo marginal? São tantas possibilidades que a conclusão é que a expressão “atitude suspeita” se constitui como um suporte ou uma ponte de autoritarismo estatal baseada em apocrifia fática, em que qualquer coisa se encaixaria ao sabor do agente estatal.

Note-se que numa leitura dos depoimentos prestados pelos policiais militares que realizaram a prisão/detenção em flagrante do Autuado, não consta qualquer detalhamento do que seria a alegada atitude suspeita do Flagranteado. Apenas se diz que o Autuado estava em atitude suspeita e isso teria originado a ação policial que resultou na prisão em flagrante e apreensão de drogas que se encontram descritas no auto de apreensão anexado ao APF.

Assim, as razões de fato para a atuação policial são desconhecidas, ante a total falta de mínima descrição acerca do que efetivamente originou a abordagem policial, não se apresentando qualquer traço caracterizador de justa causa para a intervenção policial.

Ainda que fosse cogitável (na nossa visão algo incogitável, a partir da incidência da presunção da inocência/presunção de injustiça) a aplicação da teoria dos atos administrativos em sede de atuação estatal por meio do policiamento ostensivo, é certo que já restou superado o paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado, classicamente apontada como princípio estruturante do Direito Administrativo. Conforme vem ensinando a doutrina mais atualizada, o correto é se atribuir uma prevalência do interesse público sobre o privado, interesse público este que tem como aspecto essencial do seu conceito o pleno respeito aos direitos fundamentais, não se legitimando intervenções no



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

direito à propriedade ou liberdade que desprezem direitos fundamentais do administrado cujos direitos venham a ser objeto de restrição.

É como bem ensina o professor Rafael Rezende Oliveira, respeitado doutrinador na matéria do direito administrativo:

*“É inadmissível a fundamentação da atuação estatal em um abstrato e indecifrável interesse público (“razões de estado”), típico de atuações arbitrárias. A juridicidade dos atos estatais deve ser auferida à luz da ordem jurídica, notadamente dos princípios norteadores da atividade administrativa e dos direitos fundamentais. Com isso, cresce a importância da motivação e justificação das atuações administrativas.” (Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo* (p. 48). Método. Edição do Kindle.)*

Além disso, bem explica o professor Gustavo Binenbojm quanto a uma espécie de mimetismo ou resquício de autoritarismo no período iluminista, quando se pinçou categorias jurídicas de profundo viés antidemocrático, a exemplo da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, dentre outras:

A despeito da indiscutível herança simbólica da Grande Revolução, são igualmente inegáveis as linhas de continuidade entre o Antigo Regime e os governos que o sucederam após a queda da Bastilha, como apontado por Alexis de Tocqueville. Não se trata, à evidência, de negar ou relativizar a importância da abolição dos privilégios, da afirmação dos direitos do homem e da transformação da democracia em um credo militante universal. Cuida-se, tão somente, de desmistificar a ilusão de uma origem puramente garantística do direito administrativo, a partir do reconhecimento de que a maior parte de suas categorias jurídicas peculiares – supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, o próprio poder de polícia, dentre outras – surgiu associada à preservação da lógica da autoridade da Administração Pública, de forma a mantê-la alijada, o quanto possível, da esfera de controle dos demais poderes e dos cidadãos. A tal assunto se retornará, com maior profundidade, no



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

Capítulo 2. Por ora, basta indicar sinteticamente as razões pelas quais o direito administrativo não logrou converter o poder de polícia em uma atividade de mera aplicação da lei. (Binenbojm, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador (Locais do Kindle 465-478). Edição do Kindle)

O fato é que se constitui como uma exigência do Estado Democrático de Direito que o Estado, em qualquer quadrante de atuação que se encontre, deve apresentar motivação plausível para atos que importem em restrição a direitos fundamentais do cidadão. E isso ganha ainda maior relevância quando se está diante de intervenção estatal em matéria persecutória e com alto grau de sensibilidade de direitos fundamentais a se atingir pela atuação do Estado, não se podendo utilizar a supremacia do interesse público ou a presunção de veracidade ou legitimidade dos atos administrativos como uma espécie de verniz ou chave-mestra para justificação de agir estatal.

Consoante dito linhas acima, a opção por um modelo constitucional focado na premissa de maior valorização do ser humano e na máxima eficácia dos direitos fundamentais faz do processo penal uma tecnologia normativa de contenção de arbítrio estatal. Não se pode interpretar o processo ou os institutos relacionados à atividade persecutória como maximizadores das possibilidades de intervenção estatal, mas sim justamente o contrário, como aspecto limitador do poder punitivo, somente exercitável quando apresentadas credenciais legítimas do ponto de vista fático e jurídico.

O ponto relacionado à atitude suspeita parece ganhar novos contornos também na ótica internacional de proteção dos direitos humanos. É que encontra-se em julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso 12.315, *Pietro & Tumbiero vs. Argentina*, em que se discute justamente a legitimidade de prisões originadas a partir da cláusula aberta da “atitude suspeita”.

Em relação a esse caso, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, importante instituição voltada para a maior democratização do processo penal e que conta com integrantes de elevado respeito no magistério do direito processual penal,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

ingressou como *amicus curiae*, a fim de contribuir com argumentos relacionados à temática em análise. Objetiva-se que se indique protocolos claros quanto ao que se pode considerar como “atitude suspeita” para fins de intervenção policial, visando evitar o terreno de apocrifia de motivação para a atuação policial sem prévia expedição de mandado judicial.

A inclusão do IDDD como *amicus curiae* se faz importante, haja vista que a realidade brasileira não é diferente daquela experimentada pela Argentina, do ponto de vista da presença ainda de legislação que confere a possibilidade de a polícia atuar, sem prévia expedição de mandado judicial, com base na mera suspeita de prática de crime. Obviamente não se estará a anular a possibilidade de dita atuação, posto que seria como inviabilizar a atividade de policiamento ostensivo, mas sim fixar critérios claros para fins de caracterização de justificação razoável para tal modo de agir estatal, visando conferir maior dose de legitimidade em razão da densificação adequada dos direitos humanos/fundamentais.

Por fim, merece destaque o fato de o Flagranteado ter afirmado no seu interrogatório que estava em sua casa, dormindo, quando a polícia militar adentrou o seu domicílio. Na versão policial (fls. 9/11), o Autuado foi abordado por estar em atitude suspeita, tendo sido encontradas 47 (quarenta e sete) trouxinhas e outros 07 (sete) tabletes de “maconha”. Já a versão do Flagranteado é de que estava em casa dormindo, quando o aparato policial adentrou o recinto sem mandado de busca e apreensão e ainda ordenou que se desbloqueasse o telefone celular, pressionando que o preso mandasse mensagem para uma pessoa conhecida como “Clebinho”, conforme consta nas fls. 12.

Esse conflito de versões, numa leitura rarefeita, se resolve pela seguinte indagação: é crível que uma pessoa esteja portando em via pública 07 (sete) tabletes de “maconha”, sem que tal material esteja acondicionado numa mochila ou algo do tipo? A resposta, dada pela experiência judicial, é negativa.

A experiência judicial tem indicado que quantidade de tal natureza, dada as condições em que embalada a droga (em tablete, a denotar uma maior quantidade), quando portadas por algum indivíduo, são acondicionadas em mochilas ou algum artefato similar, justamente por caberem nos bolsos de quem as leva. Veja-se, o



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

termo empregado pelos prepostos do Estado foi “tabletes”, não foi “trouxinha”, “dolão”, “buchas” que denotariam menor quantidade e que poderiam até gerar alguma margem de dúvida em relação a veracidade ou não da alegação da atitude suspeita fora da residência do Autuado.

Não arrecadada mochila e tendo em vista a quantidade apreendida, a versão do Autuado ganha maior credibilidade do que aquela apresentada pelos prepostos do Estado. Como não soa crível que uma pessoa porte significativa quantidade de droga embalada em tabletes nos seus bolsos, já que contrariaria até mesmo as leis da física, a alegação do Flagranteado de que houve invasão domiciliar, dentro de um juízo cognitivo sumário, se apresenta como mais apta a ser considerada como crível, também a ponto de ensejar a não homologação do APF em questão.

Assim, com base nos fundamentos ora lançados, não homologo o APF, determinando a imediata expedição de cópia dos autos e envio ao Ministério Público para que se instaure controle externo da atividade policial e investigação criminal – ante a existência de indícios de prática de crime de abuso de autoridade (art. 22, Lei nº 13.869/19) e ato de improbidade administrativa (art. 11, da Lei nº 8.429/92) e à Corregedoria da Polícia Militar para apuração do quanto relatado nos autos pelo Flagranteado.

3 – DISPOSITIVO

Ante o exposto, **NÃO HOMOLOGO o APFD e RELAXO** a prisão de [REDACTED] na forma do art. 310, inciso I, do Código de Processo Penal Brasileiro.

Dou à presente decisão força de Alvará de Soltura, devendo o Autuado ser colocado em liberdade de maneira imediata, salvo se por outro motivo estiver preso.

Providências para a Secretaria:

A) Extraia-se cópia dos autos e se promova o envio das respectivas ao Ministério Público em Itaberaba e à Corregedoria da Polícia Militar para fins de apuração, conforme indicado no item C da fundamentação;



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Itaberaba

1ª Vara Criminal

Rua Doutor Orman Ribeiro dos Santos, s/n, Barro Vermelho - CEP 46880-000, Fone: (75) 3251-1919, Itaberaba-BA - E-mail: vcrimeitaberaba@tjba.jus.br
vcrimeitaberaba@tjba.jus.br

Réu Preso

B) Extraia-se cópias da presente decisão e se oficie a Delegacia de Polícia de Itaberaba/BA e o DPT em Itaberaba, a fim de que passem a adotar a sistemática de preenchimento de formulário de detecção de risco de contágio de COVID 19 e captem fotografias do rosto e corpo do preso, enquanto durar o panorama de pandemia de COVID 19, em que se tem a suspensão de audiências de custódia;

C) Traslade-se cópia da presente decisão no caso de vir a ser apresentada denúncia quanto aos fatos relacionados ao APF, a fim de se analisar se há ou não justa causa para a deflagração da denúncia.

Não havendo recurso, arquive-se.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se.

Itaberaba(BA), 03 de agosto de 2020.

Matheus Martins Moitinho

Juiz de Direito