

Presunção de Culpa: o Tribunal de Justiça de Pernambuco e o Flagrante Forjado

Presumption of Guilt: Pernambuco's Court of Appeal and the Forged Flagrant

MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO

Professora da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco, Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

HIGOR ALEXANDRE ALVES DE ARAUJO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

RESUMO: O artigo analisa julgamentos em segunda instância do Tribunal de Justiça de Pernambuco sobre alegações de flagrante forjado. Expõe a criminalização das drogas no Brasil a partir de elementos socioeconômicos, apresenta o conceito doutrinário do flagrante forjado e problematiza os seus critérios. Por fim, em análise qualitativa dos julgados, a pesquisa verifica os argumentos utilizados pelos magistrados para julgar a adução do flagrante forjado em Pernambuco por uma década.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de drogas; flagrante forjado; Lei nº 11.343/2006; seletividade penal.

ABSTRACT: The article analysis decisions by Pernambuco's Court of Appeal about cases in which defendants were caught in false flagrante. The analysis, in fact, is of the criminalization of drugs in Brazil. In, while taking socioeconomic elements into account, the doctrinal concept of false flagrante will be presented and problematised. Finally, qualitative analysis of the decisions will be carried out to understand the arguments that judges have been using throughout the last decade to recognise when someone has been caught in false flagrante in Pernambuco.

KEYWORDS: Drug trafficking; forged flagrante; Law nº 11.343/2006; selectivity; judgements.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Criminalização das drogas: entre mudanças e permanências; 2 O flagrante forjado e *standards* objetivos para sua análise; 3 Entre a ficção e a realidade: narrativas de flagrante forjado que chegaram ao Tribunal de Justiça de Pernambuco; a) O poder da palavra; b) Um ônus impossível; c) O privilégio de ser vítima; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Mais de um quarto dos 750 mil presos brasileiros estão cumprindo pena pelo crime de tráfico de drogas¹. Em Pernambuco, por exemplo, a percentagem de presos provisórios, sua grande maioria presos em flagrante, chega a 51%². Muitos nessa imensa população de presos em flagrante por tráfico de drogas alegam a ocorrência de uma ilegalidade que, apesar de bastante conhecida, é tratada com diminuta relevância pelos operadores jurídico-penais: o flagrante forjado.

O flagrante forjado é tratado pelos manuais jurídicos e abordado nas faculdades de direito de maneira muito breve, como uma situação ilegal e excepcional, com pouca relevância e facilmente identificável – pensamento que vai de encontro à realidade operacional. Assim, com o objetivo de compreender o *modus operandi* do sistema de Justiça Criminal nos casos de prisão em flagrante por tráfico de drogas e o modo como são julgadas e refutadas as alegações de flagrante forjado, foram analisados acórdãos do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Estado em que 40% das pessoas estão presas por tráfico³ – no período de dez anos de vigência da Lei nº 11.343/2006.

Com efeito, três foram os métodos empregados no presente artigo: *pesquisa bibliográfica* da literatura nacional que versa sobre flagrante forjado e tráfico de drogas, *análise documental* (de acórdãos previamente selecionados) e *análise de dados empíricos secundários* (dados colhidos por outros pesquisadores e relatados na literatura nacional relacionado à temática).

A primeira parte do trabalho apresenta a criminalização das drogas como dado histórico recente, e demonstra-se que a seletividade do sistema de Justiça Criminal é instrumento da ideologia da diferenciação, importada para a Lei de Drogas, o que permite a utilização de critérios discricionários para diferenciar usuário de traficantes. No segundo momento, conceitua-se a prisão em flagrante e o flagrante forjado, e apontam-se *standards* objetivos para o julgamento da alegação de forja, com a abordagem da necessária *accountability* que deve ser realizada pelos órgãos policiais e pelos demais atores processuais.

Por fim, é exposta análise dos acórdãos o Tribunal de Justiça de Pernambuco, fruto de uma pesquisa jurisprudencial. A escolha de um tribunal estadual de segunda instância se deu pelo fato de ser a justiça estadual responsável pela

1 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília, 2017. p. 30, 32 e 35; BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília, 2017. p. 30, 32 e 35.

2 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília, 2017. p. 14, 26.

3 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília, 2014. p. 71.

maioria das pessoas presas por tráfico de drogas no Brasil, já que a justiça federal tem competência limitada para julgar os crimes da Lei nº 11.343/2006. Destaca-se, ainda, a relevância dos tribunais estaduais para a presente pesquisa, já que as Cortes Superiores não analisam questões fáticas⁴.

As decisões foram selecionadas após pesquisa no próprio *site* do Tribunal escolhido⁵. Nos dias 29 e 30 de setembro de 2017, foi realizada uma consulta na seção *Jurisprudência*. As palavras-chave utilizadas na “pesquisa livre” foram “flagrante E forjado E tráfico de drogas”⁶. Houve delimitação temporal entre os dias 09.10.2006 e 10.10.2016, abrangendo os dez primeiros anos de vigência da Lei nº 11.343/2006. A “classe CNJ” marcada foi “Apelação”, por permitir a devolução da matéria discutida no primeiro grau e reanálise fática. A pesquisa preliminar retornou com 50 resultados.

Com a análise individualizada do material encontrado, constatou-se que metade dos resultados ou não trazia o termo “flagrante forjado”, ou a alegação não foi analisada no mérito. Ainda, dois deles não estavam com o inteiro teor do acórdão. Ao final, foram selecionados todos os resultados em que constavam os termos “flagrante forjado” e “tráfico de drogas”, e nos quais a alegação foi analisada no mérito e com o inteiro teor da decisão, havia o total de 23 acórdãos de apelação⁷⁻⁸.

Todos os acórdãos foram examinados e agrupados em três categorias que serão indicadas ao longo do texto. Dessa forma, com base em quatro processos, foram construídas as narrativas das histórias de André, Luiz, Marcelo e Lucas; por intermédio desses personagens, com nomes fictícios, foi possível verificar quais os argumentos utilizados pelos julgadores no caso concreto para refutar a tese defensiva do flagrante forjado e contrapô-los-á aos *standards* mínimos para construção e fundamentação motivada da decisão condenatória por tráfico de drogas.

4 É o teor suas Súmulas – Enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e Enunciado nº 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

5 Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/>>.

6 Segundo o *site* do TJPE, o operador booleano “E” “localiza as palavras em qualquer lugar do documento”, permitindo que cada termo da pesquisa seja procurado nos acórdãos.

7 Eis seus números no TJPE: 0195895-8; 203650-6; 0303677-9; 207366-5; 238898-5; 206542-1; 0233387-7; 0227480-6; 0233732-2; 322738-9; 306579-0; 403532-7; 404022-0; 447744-5; 433935-7; 0268068-6; 0236441-8; 0305322-7; 0268295-3; 0256268-5; 0171895-6; 168162-7 e 0126113-4.

8 A pequena quantidade de acórdãos em que há a alegação de flagrante forjado transparece a baixa recorribilidade das decisões de primeiro grau no Tribunal pernambucano; somente contra 8% das decisões de primeiro grau do TJPE foram interpostos recursos em 2017. BRASIL. *Justiça em Números 2018*. Ano-base: 2017. Conselho Nacional de Justiça. Ano-base: 2016. Brasília: CNJ, 2018. p. 120. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

1 CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS: ENTRE MUDANÇAS E PERMANÊNCIAS

No dia 2 de outubro de 2013, após uma denúncia anônima indicar à polícia que haveria entrega de drogas no terminal rodoviário do bairro de Guabiraba, na Cidade do Recife, capital de Pernambuco, foi armada uma robusta operação policial no local. Pouco tempo após a chegada dos agentes, de forma repentina, uma pessoa chamada André⁹, ao ver um dos policiais à paisana, questionou se ele era a pessoa que estava ali para buscar a “parada”¹⁰; foi imediatamente preso. Logo após, André teria indicado o local em que as drogas estariam, e levado os policiais até lá – em uma mata a um quilômetro do terminal.

Durante a instrução criminal, a defesa buscou provar a inocência de André: solicitou que a Secretaria de Defesa Social de Pernambuco (SDS/PE) enviasse ao juízo as gravações das câmeras de segurança instaladas no terminal. A SDS/PE afirmou que não poderia as enviar imediatamente. Sem as imagens, André foi condenado a nove anos de prisão por cometimento do crime do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 – tráfico de drogas. Em grau de apelação, seu recurso foi denegado. A decisão transitou em julgado – sem o envio das gravações solicitadas¹¹.

A criminalização da “parada” que André teria tentado entregar sem saber o destinatário é evento recente, do final do século XIX, oriunda do interesse dos Estados Unidos da América (EUA) de fenecer o comércio inglês de ópio e o crescimento da indústria farmacêutica europeia¹². Para isso, financiaram várias conferências na extinta Liga das Nações, das quais surgiram convenções¹³ que previam cooperação internacional no combate a tais substâncias no início do século XX¹⁴.

Na década de 1960, houve uma guinada na política de drogas. A Convenção Única sobre Entorpecentes, da ONU, estabeleceu uma política internacional de controle mais rígida; endureceu-se a proibição, cujo ápice foi a

9 Todos os nomes usados no presente artigo serão fictícios.

10 As informações foram extraídas da peça preambular ministerial, segundo a qual o termo “parada” se referia a maconha.

11 PERNAMBUCO (Estado). Tribunal de Justiça de Pernambuco, Apelação Criminal nº 404022-0, 1ª Câmara Criminal. Recife/PE, 12 abr. 2016.

12 D'ELIA, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 80.

13 Entre elas, a Convenção para Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, firmada em Genebra no ano de 1936, que veicula o tipo penal paradigma do tráfico de drogas: abstrato, com excesso de condutas delituosas e sem necessidade de prova de dolo específico (VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal de guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 174-175).

14 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP. São Paulo, 2006. p. 37-38.

declaração de “guerra às drogas” (*war on drugs*) pelo presidente dos EUA, Richard Nixon, em 1971, como resposta e perseguição a grupos minoritários (os negros recém-incluídos nos direitos civis e os latinos) e a contestadores do *establishment*¹⁵.

Noutro sentido, ao mesmo tempo, o uso de entorpecentes pelas camadas mais abastadas da sociedade norte-americana modificou a droga e os seus protagonistas, na expressão de Rosa Del Olmo; o consumo saiu dos guetos e das minorias, e abrangeu jovens brancos das classes média e alta dos EUA. Assim, os protagonistas foram divididos: os criminosos, que atacavam os “filhos das boas famílias” e lhes forneciam drogas; e os doentes, dependentes, jovens brancos que não resistiam a usar a “parada”¹⁶.

Consolidava-se a ideologia da diferenciação, que legitima o tratamento antagônico aos usuários e aos comerciantes dos entorpecentes: para aqueles, cuidados médicos; para estes, longos períodos na prisão; tudo em virtude da mudança da clientela das drogas¹⁷. Essa nova política embasa-se na classe social dos protagonistas e foi incluída nas convenções sobre drogas no pós-guerra, as quais orientaram as legislações nacionais posteriores.

Com a legislação brasileira não foi diferente. Nas Ordenações Filipinas, no Código Criminal de 1830 e no Código Penal (CP) de 1890 foram proibidas certas substâncias, venenosas ou psicotóxicas¹⁸. No entanto, a política de drogas brasileira solidificou-se no início do século XX, com a recepção dos tratados internacionais e a edição de decretos e leis específicos para o tráfico, que instalaram o modelo sanitário, em que usuário era considerado doente¹⁹.

Na segunda metade do século XX, o Brasil ingressou na *war on drugs*²⁰ e importou a ideologia da diferenciação pouco depois, com a Lei nº 6.368/1976, com a criminalização do tráfico – tipificação de dezoito condutas e pena de

15 CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. p. 27/30.

16 OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 36.

17 Ibidem, p. 34.

18 CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996. p. 24.

19 BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1998, p. 81.

20 No plano internacional, a *war on drugs* deixou como legados a valorização econômica dos entorpecentes – pois o recrudescimento da proibição aumentava o custo da produção e da comercialização – e o acúmulo de riqueza para organizações criminosas, como o Cartel de Medellín, a partir da década de 1980. Os narcodólares dessas organizações eram lavados em paraísos fiscais e investidos nos EUA de diferentes formas, o que aumentava a rentabilidade do tráfico e o poder dos cartéis (OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 55-56.

três a quinze anos de reclusão – e do porte de entorpecentes²¹. A ideologia da diferenciação teve terreno fértil na legislação brasileira, e foi instrumentalizada pela ausência de critérios legais objetivos para a separação *entre usuários* e comerciantes.

Vera Malaguti destaca que, com a maior repressão levada a cabo sob a égide da Lei nº 6.368/1976, a violência prevaleceu no tráfico de drogas nas comunidades cariocas nas décadas de 1980 e 1990. O tráfico de entorpecentes aliou-se ao tráfico de armas e ameaças de morte entre participantes de grupos rivais tornaram-se comuns – muitas das quais foram efetivadas²². Em razão da maior competição, o crime organizado ocupava seu lugar pela força.

Com o aumento do poder de organizações criminosas que controlavam o tráfico, formou-se a percepção de que a Lei nº 6.368/1976 estava ultrapassada, e precisava ser ainda mais endurecida. O terror midiático da década de 1990 pavimentou o caminho para a edição de uma nova legislação de drogas. Assim, após célere tramitação, foi promulgada, em 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.343, que aprofundou a ideologia da diferenciação brasileira, ao dar tratamentos plenamente diversos ao usuário e ao comerciante de entorpecentes.

O art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas, nem sequer comina pena privativa de liberdade, conquanto imponha outras medidas, com natureza de pena alternativa. Há diversas correntes sobre qual o tratamento penal dado ao porte de drogas para uso pessoal; atualmente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) é de que houve despenalização²³ – entendimento que pode ser modificado²⁴.

O consenso é que o tratamento dado ao usuário foi abrandado em relação à legislação anterior, afastando-se por completo a possibilidade de prisão, com a imposição de medidas de caráter educacional e admoestativo. Já, para o delito de tráfico de drogas, foram cominadas alguns dos maiores referenciais de penas privativas de liberdade que existem no direito penal brasileiro²⁵. Apro-

21 BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1998, p. 87.

22 MALAGUTI, Vera. *Diffíceis ganhos fáceis*: droga e juventude pobre do Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 95.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 430105/RJ, 1ª Turma, “Posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006 – nova lei e drogas): natureza jurídica do crime”, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

24 A Suprema Corte julgou-se há inconstitucionalidade na interpretação de o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 constituir crime (Recurso Extraordinário nº 635659/SP).

25 O art. 33 da Lei nº 11.343/2006 tipifica dezoito condutas, além dos tipos equiparados do § 1º, sem exigir finalidade específica de comércio ou lucro, cominando pena de reclusão de 5 a 15 anos e multa entre 500 e 1.500 dias-multa. Seguiu-se, assim, o tipo penal-paradigma da Convenção para Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas de 1936: descrição de conduta ampla e abstrata, capaz de incidir em situações diversas e permitir a prisão de qualquer pessoa que tenha o menor contato doloso com entorpecentes.

fundou-se, assim, a ideologia da diferenciação entre o definido como traficante e como usuário.

Os critérios estabelecidos pelo art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006 para que o usuário seja diferenciado do traficante são quatro, todos relativos ao entorpecente e ao acusado: natureza e quantidade da substância apreendida; o local e as condições em que se desenvolveu a ação; as circunstâncias sociais e pessoais do agente; e sua conduta e seus antecedentes. Ou seja, o que separa a aplicação de uma admoestação verbal da imposição de uma alta pena privativa de liberdade é o crivo discricionário do julgador, com base em tais critérios.

A opção legal de ausência de critérios objetivos para diferenciar consumidor de comerciante permite o arbítrio judicial, diante da indeterminação inerente à linguagem humana²⁶. A abertura excessiva do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/2006 “possibilita manipulações na dogmática para a concretização, por exemplo, de discursos punitivistas. Negam-se, assim, normas constitucionais de cunho garantista em prol de um desejo de punir como solução para o problema da violência”²⁷.

A subjetividade dos critérios da legislação resulta na predominância das condições socioeconômicas do acusado no momento da prisão. Até mesmo o desemprego ou subemprego é elemento que prova o tráfico de drogas, pois se presume que, sem trabalho formal, não teria recursos para adquirir droga para uso pessoal²⁸. Não se trata, todavia, de um fenômeno novo no sistema de Justiça Criminal.

Formado pelos órgãos e pelas instituições que atuam com o direito penal, o sistema de Justiça Criminal tem como discurso oficial a proteção de bens jurídicos pela criminalização de condutas ofensivas e pela cominação de pena com finalidades retributiva e preventivas, aplicada após processo judicial obediente a rígidos princípios constitucionais²⁹. Esse discurso, porém, não se adéqua à sua realidade, composta pela corrupção sistêmica, reprodução de violências, destruição de relações comunitárias e seletividade. Esses são problemas estruturais do exercício do poder punitivo de todos os sistemas de Justiça Criminal, inclusive os das nações mais ricas³⁰.

26 DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 17, maio/ago. 2017. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1155/1217#footnote-668-10>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

27 Idem.

28 D'ELIA, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 100.

29 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 132, 134 e 135.

30 ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas* – A perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 15.

A criminalização de uma conduta ocorre em duas instâncias: a primária, com a criação de leis penais; e a secundária, com a seleção das pessoas e criminalização delas pelas instituições do sistema de Justiça Criminal³¹. Ou seja, a punição não é conclusão silogística do cometimento de um delito. Como é impossível efetivamente punir todas as pessoas que cometem crimes, a atuação das agências penais depende da seleção de quem delinuiu. Igualmente, o não cometimento de um delito não impede que alguém sofra as sanções do sistema criminal³².

A composição étnico-social dos presídios brasileiros explicita a seletividade: 64% dos presos são negros, 55% são jovens que têm entre 18 e 29 anos; e 51% têm o ensino fundamental incompleto³³. Tais são as pessoas mais facilmente capturadas pelas instituições criminais por suas condições sociais, e a falta de identidade grupal entre essas minorias impede que os selecionados se entendam como grupo social, o que naturaliza e perpetua a criminalização seletiva³⁴.

A ideologia da diferenciação, aprofundada pela Lei nº 11.343/2006, tem por instrumento a seletividade do sistema de Justiça Criminal brasileiro, principalmente diante do fato de 26% da população prisional estar reclusa por tráfico de drogas – entre as mulheres, o percentual é de 62%³⁵. A seletividade e os seus elementos raciais e sociais são os “critérios” utilizados pelos sujeitos processuais penais (polícia, acusação e Judiciário) para separar o usuário do traficante.

A ponta inicial da seletividade está com a polícia, no momento de efetivação da prisão, das quais cerca de 85% ocorrem em flagrante delito³⁶. Aliás, o STF entende que é desnecessário mandado para ingresso em domicílio a fim de verificar flagrância do crime de tráfico, em virtude do caráter permanente do

31 BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*: introducción a la sociología jurídico-penal. 1. ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004. p. 87 e 165.

32 D'ELIA, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 46.

33 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília, 2017. p. 30, 32 e 35.

34 FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. *Corpo negro caído ao chão*: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2006. p. 95.

35 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília, 2017. p. 46; e BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres*. Brasília, 2018. p. 54.

36 O relatório de pesquisa sobre aplicação de penas e medidas alternativas realizado pelo Ipea indica que: “54% dos processos com denúncias aceitas corriam contra réu preso. Verifica-se, além disso, que houve prisão em flagrante em 86,9% dos processos que correram com réu preso. Ou seja, são raros os casos em que houve prisão na fase judicial. Observa, também que 73,3% dos presos em flagrante tiveram a prisão provisória mantida. Portanto, também são poucos os casos de relaxamento da prisão provisória, o que significa, então, que, na maioria das situações em que o réu foi preso em flagrante, o MP oferece a denúncia, e esta acaba sendo aceita pelo juiz, mantendo-se a prisão provisória do indivíduo” (BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). *A aplicação de penas e medidas alternativas* – Relatório de Pesquisa. Brasília, 2015. p. 34).

delito³⁷, o que demonstra suas elevadas abertura e eficácia, às vezes em detrimento das formalidades legais.

Há quem defenda que até mesmo o flagrante preparado³⁸ pode ser validado em casos de tráfico – por exemplo, policial finge que vai comprar drogas de alguém para prendê-lo. Argumenta-se que o acusado, antes de realizar a conduta “vender” com a vontade viciada, já realizara o “trazer consigo”³⁹. As diversas modalidades de flagrante por tráfico são pouco problematizadas pela jurisprudência nacional, principalmente a mais controversa e difícil de provar: o flagrante forjado.

2 O FLAGRANTE FORJADO E *STANDARDS* OBJETIVOS PARA SUA ANÁLISE

Em retomada, a narrativa da prisão de André é ilógica e incoerente, pois não se adéqua às regras de experiência comum o fato de alguém entregar substância ilícita sem conhecer o destinatário e, ainda, perguntar a um desconhecido se o era; muito menos o fato de alguém ser preso em flagrante e, mesmo sem possuir nada, indicar voluntariamente à polícia onde estaria a droga. Diante da história que está nos autos, a defesa de André argumentou que o flagrante foi forjado, o que não foi acolhido⁴⁰.

A ordem constitucional determina que prisão somente deve ocorrer sob ordem escrita e fundamentada de judicial de autoridade competente ou nos casos de flagrante delito. A prisão em flagrante é medida de caráter administrativo, que visa apreender o agente que cometeu o delito e os bens relacionados, e que demanda imediato aval judicial⁴¹.

A flagrância refere-se à conspícua visibilidade do fato e ligação íntima entre este e o agente preso – em analogia carneluttiana, exige que se veja a chama, ou a fumaça, da combustão. É instrumento de cunho pré-jurisdicional utilizável para fazer cessar os efeitos do delito ou pôr o agente à disposição do

37 *In verbis*: “É orientação desta Corte ser dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas” (BRASIL Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 121419/SP, 2ª Turma, “Supremo Tribunal Federal. [...] Flagrante de crime permanente. Dispensabilidade do mandado de busca e apreensão. [...]”. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 2 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=268999405&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018).

38 Flagrante preparado ocorre quando há instigação para o cometimento do delito, o que vicia a vontade e torna o crime impossível. Enunciado nº 145 da Súmula do STF: “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 54.

39 COELHO, Francisco Neves. A prisão em flagrante e as balizas constitucionais. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 57.

40 PERNAMBUCO (Estado). Tribunal de Justiça de Pernambuco, Apelação Criminal nº 404022-0, 1ª Câmara Criminal. Recife/PE, 12 abr. 2016.

41 GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 46.

Judiciário para que sua situação jurídica seja avalizada por juiz. O fundamento da prisão em flagrante é ôntico e pré-processual: fazer cessar o delito e deter seu agente⁴².

O art. 302 do Código de Processo Penal (CPP) lista as situações consideradas pela lei como flagrante: quando o agente está cometendo o crime; acaba de cometê-lo; é perseguido logo após o cometimento; ou encontrado logo depois com objetos que presumam ter cometido o delito. As duas primeiras hipóteses são chamadas de flagrante próprio; as duas últimas, respectivamente, de flagrante impróprio e presumido, respectivamente – ambas estatuídas por política criminal⁴³.

A prisão em flagrante não tem o condão de manter alguém preso, pois deve imediatamente ser submetida ao crivo judicial, que analisará sua legalidade e a legitimidade, além do cabimento de concessão de liberdade ou decretação de prisão preventiva. O flagrante ilegal não se subsume às hipóteses legais, como o flagrante forjado e o flagrante preparado, já abordado.

O flagrante é forjado quando criado com o fim de incriminar pessoa que não cometeu o crime⁴⁴. A situação criminosa é totalmente externa, montada por outrem, para garantir falso verniz de legalidade e legitimidade à prisão em flagrante. No geral, a acusação recai sobre a polícia em abordagens e buscas pessoais, quando se cria situação delituosa a fim de legitimar prisão ou outro ato de autoridade. A forja de flagrante é conduta criminosa, passível de punição por denúncia caluniosa (art. 339 do CP) e abuso de autoridade, caso cometida por agente público (Lei nº 4.898/1965).

Comprovar a ocorrência de forja de flagrante, entretanto, é tipo de prova cuja produção é impossível ou extremamente difícil – espécie probatória que recebe tratamento diferenciado nos diversos ramos do Direito, como o processual civil e o ambiental, e merece uma regulação mais específica no processo penal. A prova de produção impossível ou extremamente difícil implica consequências cruciais no processo como situação jurídica, pois impõe à parte ônus ou dever do qual ela não conseguirá se desincumbir.

Em razão dessa dificuldade probatória, a adução de flagrante forjado deve ser incluída nos processos de *accountability* policial, que pode ser definida como o resultado das prestações de conta e apurações de responsabilidades nas ações. A *accountability* tem natureza seletiva, pois é impossível realizar o

42 LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 32.

43 ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 74-75.

44 GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 53.

procedimento em todos os atos policiais; dessa forma, ela deve ocorrer nos casos em que há acusação de forja, pois pode fenecer a legalidade e legitimidade da ação policial⁴⁵.

Porém, deve-se ter em vista que o juízo de ação policial apropriada (se a ação ou omissão foi correta) e oportuna (análise da forma da ação ou omissão) não tem relação direta com o sucesso da operação. Isso significa que uma ação policial inapropriada e inoportuna não é, necessariamente, fracassada, caso se considere que o resultado dela está dentro do “mandato policial” – isso é, do que o poder político e a sociedade esperam da polícia⁴⁶. Por isso, a *accountability* das ações policiais deve ser feita não só pela polícia, mas também por todos os sujeitos do processo penal.

Diante da alegação de flagrante forjado, o Judiciário deve analisar a narrativa policial, ministerial e defensiva, além das características do momento da prisão, de forma pormenorizada e cuidadosa, dentro de certos *standards* mínimos para construção e fundamentação motivada da decisão. Tais devem ser aplicados principalmente às narrativas acusatórias da polícia e do Ministério Público, a fim de saber se elas se adéquam aos parâmetros da cognição judicial.

Os *standards* para a análise da alegação de flagrante forjado devem ser a adequação da narrativa acusatória à lógica, à coerência, e a regras da experiência comum – estes de natureza fático-lógica –, a não absolutização de depoimentos testemunhais, a busca por outros meios de prova, a dispensa ou relativização de testemunhas diretamente interessadas, a análise detida dos possíveis motivos para o ato e a não imposição de ônus probatório à defesa da ausência de elementos constitutivos do crime – estes de natureza jurídica⁴⁷.

A lógica e a coerência, de onde derivam as regras da experiência comum, são os parâmetros mínimos na análise, pois as narrativas que constam nos autos devem passar por tais filtros para serem valoradas. Assim, analisa-se a alegação de fato: se ela nem sequer é capaz de se adequar ao mundo real, não deve ser acolhida pelo direito. Lógica, a coerência e as regras da experiência comum são balizas que garantem que a alegação tem alguma possibilidade de ser real no mundo dos fatos, o que é o pressuposto para sua valoração jurídica⁴⁸.

45 MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JR., Domínio. Da *accountability* seletiva à plena responsabilidade policial. In: CARUSO, H.; MUNIZ, J.; BLANCO, A. C. C. (Ed.). *Polícia, Estado e sociedade: práticas de saberes latino-americanos*. Rio de Janeiro: Publit, 2007. p. 34.

46 Idem, *ibidem*.

47 JESUS, Maria Gorete Marques de et al. *Prisão provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011. p. 59.

48 *Ibidem*, p. 58-59.

Caso a narrativa seja lógica, coerente e se adeque às regras da experiência comum (ou as excepcione), cabe a aplicação dos *standards* de natureza jurídica, que têm como cerne a correta análise da prova testemunhal – que é a mais problemática, como será demonstrado – e a busca por outros meios de provar a alegação, além da correta aplicação de seu ônus. Dessa forma, uma vez lógica e coerente, a alegação deve ser provada pelos elementos constantes nos autos.

Com esses parâmetros, em rol exemplificativo, se poderá proceder à *accountability* da ação policial, principalmente a relativa a tráfico de drogas em que há alegação de flagrante forjado, casos em que, no geral, a prisão em flagrante se dá de forma fortuita. Diferentes pesquisas indicam que, em 74% dos casos das prisões em flagrância, as únicas testemunhas são os agentes policiais e o acusado, o que torna a prova da falsidade do flagrante de produção quase impossível⁴⁹.

O excesso de condutas típicas da Lei de Drogas e a demasiada abertura permitem que a grande maioria das prisões se dê em flagrante delito. Diante da inexistência de critérios objetivos de diferenciação entre usuário e traficante, as narrativas devem ser ainda mais bem analisadas pelos julgadores, para evitar que a seletividade avalize uma prisão forjada em virtude das condições socioeconômicas do sujeito.

Um flagrante forjado pode transformar um usuário em traficante, mas a análise séria e profunda das narrativas levadas ao processo pelos sujeitos envolvidos na prisão, baseada nos parâmetros indicados antes, é capaz de revelar a possível existência de ilegalidades e, diante da dúvida, ensejar a absolvição do acusado. Necessárias, entretanto, seriedade e profundidade na realização da respectiva *accountability*.

Assim, uma vez demonstrada a criminalização das drogas como um dado histórico, e o tratamento diferenciado entre usuários e traficantes, e a inexistência de critérios subjetivos que separem os dois existentes na legislação brasileira, é o momento de verificar como o juiz, principal e mais poderoso ator do sistema de Justiça Criminal, lida com a alegação defensiva de flagrante forjado.

3 ENTRE A FICÇÃO E A REALIDADE: NARRATIVAS DE FLAGRANTE FORJADO QUE CHEGARAM AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO

Eis o momento de expor os resultados da análise qualitativa dos acórdãos do Tribunal de Justiça de Pernambuco, oriundos da pesquisa jurisprudencial

49 As pesquisas de Luís Carlos Valois e do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) encontraram a mesma percentagem de prisões em flagrante em que há unicamente policiais como testemunhas: 74% (VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal de guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 489; e JESUS, Maria Gorete Marques de et al. *Prisão provisória e Lei de Drogas*: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, p. 55).

realizada, cujos métodos e técnicas já foram expostos devidamente. Em todos os casos examinados, houve alegação de flagrante forjado, a qual foi julgada – e refutada – por diferentes argumentos, a seguir analisados, e sem utilização dos parâmetros mínimos antes indicados.

A) O PODER DA PALAVRA

Entardecia quando um homem irrompeu em disparada as ruas da Comunidade do Detran, no bairro da Iputinga, em Recife/PE, seguido por uma guarnição policial. O fugitivo tentou se esconder dos policiais, mas foi em vão. Detido, nada foi encontrado com ele. A situação poderia ter se encerrado, não fosse uma confissão repentina. Contou aos policiais que era traficante, e levou-os a uma mata onde estavam escondidos 16 papéletes de maconha, um revólver e duas munições – o detido assumiu a propriedade dos bens.

Eis a história que consta no processo criminal de Luiz, contada pelos policiais que realizaram sua prisão. Na audiência de instrução, os militares explicitaram que não viram Luiz comercializando drogas ou na posse da arma; ele foi detido sem nada, e, depois, teria indicado aos policiais onde estaria todo o produto. Com base nisso, foi condenado em primeiro grau, mas a defesa de Luiz recorreu e alegou a existência de flagrante forjado.

O acórdão acolheu sem ressalvas a versão policial. “Os policiais foram unânimes em afirmar”, escreveu o Desembargador Relator da apelação, “que a droga e armas só foram encontradas em razão do apelante ter indicado os locais onde as havia guardado”. Com base nessa “confissão” relatada pelos militares, sem questionar sua veracidade ou legalidade⁵⁰, o Relator manteve a condenação de Luiz⁵¹.

Dos vinte e três acórdãos analisados, dezenove⁵² tiveram como base os depoimentos prestados exclusivamente por policiais militares que participaram

50 Sobre o poder policial, eis importante questionamento que Manuela Abath Valença apresenta em tese de doutorado: “O fato é que a gestão da miséria hoje se dá por outra lei, a 11.343 de 2006, a Lei de Drogas. No Brasil, os índices de encarceramento provisório por tráfico são alarmantes e o processo de criminalização – da abordagem às apreensões (ou aos forjados), das investigações ao processamento e à condenação – tem absoluta centralidade das figuras policiais. Afinal, são policiais militares que decidem quem é suspeito, que entra em residências sem mandado judicial, que encaminham esses frágeis elementos a delegacias de polícia e que servem de testemunhas ao longo dos processos. Seria essa a atualização da soberania policial?” (Soberania policial no Recife do início do século XX. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2018. p. 212).

51 PERNAMBUCO (Estado). Tribunal de Justiça de Pernambuco, Apelação Criminal nº 238898-5, 4ª Câmara Criminal. Recife/PE, 23 nov. 2011.

52 São eles: nºs 203650-6; 0303677-9; 207366-5; 238898-5; 206542-1; 0233387-7; 0227480-6; 0233732-2; 322738-9; 306579-0; 403532-7; 404022-0; 447744-5; 433935-7, 0268068-6; 0236441-8; 0268295-3; 168162-7 e 0126113-4.

da prisão na instrução do processo de primeiro grau. A validade do depoimento policial é tema que divide opiniões na jurisprudência e na doutrina pátrias.

O STF e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendem que não há impedimento à condenação embasada no depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, “mormente quando colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de prova”⁵³. Assim, as Cortes proíbem a condenação com base exclusiva nos depoimentos policiais, que somente são válidos como mais um elemento de prova. Os acórdãos do TJPE analisados, todavia, demonstram que os depoimentos policiais *são utilizados como único meio de prova e não passam pelo filtro dos standards* indicados.

A narrativa policial que embasou a acusação de Luiz esbarra na lógica, na coerência e nas regras da experiência comum, pois o fato de a polícia somente ter visto os bens ilícitos em razão de “confissão” do detido, mesmo que este não tenha sido apanhado com nada, viola o que comumente se espera nessas situações. E não houve demonstração de nenhuma exceção à regra da experiência comum de que, geralmente, ninguém se autoacusa de crime de forma voluntária.

Se utilizados esses *standards*, lançar-se-iam dúvidas sobre a legitimidade da ação policial, já que a narrativa acusatória estaria em descompasso com o mundo fático, o que impediria até mesmo sua valoração jurídica e levaria à absolvição do acusado. Mas não foi isso que aconteceu.

Assim, o TJPE concedeu ampla credibilidade aos depoimentos exclusivamente policiais, sem verificar profundamente a lógica e a coerência das narrativas, e não exigindo outros meios de prova, o que converteu a Corte pernambucana em *longa manus* condenatória da polícia.

B) UM ÔNUS IMPOSSÍVEL

Rua Haiti, 6 de dezembro de 2014. Marcelo andava de bicicleta pela estreita e mal pavimentada rua do bairro de Cajueiro Seco, Cidade de Jaboatão dos Guararapes/PE, com uma criança no quadro e um adolescente ao lado em outra *bike*, quando viaturas da polícia o pararam. A versão dos militares é que ele teria jogado fora uma sacola com *crack* e maconha quando avistou a viatura, sendo logo depois detido. Já Marcelo diz que foi parado, separado dos acompanhantes e agredido para entregar um traficante local, e, como não o fez, forjaram a prisão em flagrante.

53 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo em Recurso Especial nº 1028584, 5ª Turma, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Ver, também, BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Habeas Corpus* nº 76.557-6/RJ, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento: 04.08.1998.

Em juízo, a defesa levou a mãe e o pai dos garotos que acompanhavam Marcelo para infirmar a versão policial e provar a forja do flagrante. Ambos disseram em juízo que, quando chegaram ao local em que Marcelo estava sendo revistado, a criança e o adolescente falaram, chorando, que “era tudo mentira da polícia”, e que os militares questionaram a Marcelo quem era “Felipão”.

Marcelo foi condenado em primeira instância; com base nesses depoimentos, a defesa recorreu demonstrando a existência de possível flagrante forjado. A Desembargadora Relatora, porém, declarou que a defesa “não junta aos autos elementos probatórios aptos a comprovar o alegado” – ou seja, não provou a existência de flagrante forjado. Dessa forma, desproveu a apelação, e a condenação foi mantida⁵⁴.

Dos 23 acórdãos, em catorze⁵⁵ deles os julgadores afirmaram que a defesa não apresentou nenhuma prova da forja de flagrante, atribuindo a ela o ônus de provar a não ocorrência do crime, ao passo que afirmam ter o Ministério Público se desincumbido de tal ônus, como no caso de Marcelo.

A distribuição do ônus da prova no processo penal é motivo de controvérsia. O art. 156 do Código de Processo Penal (CPP) determina que quem fizer uma alegação deve prová-la, mas doutrina garantista o interpreta como permissão, e não obrigação, à defesa de fazer prova de suas alegações. A presunção de inocência tem como consequência a distribuição exclusiva do ônus da prova ao Ministério Público⁵⁶ – entendimento em consonância com a Constituição.

Entre os *standards* para a análise da acusação em caso de alegação de flagrante forjado, indicou-se a não imposição à defesa do ônus probatório da ausência dos elementos constitutivos do crime, pois, se assim fosse, haveria presunção da ocorrência do delito, que deveria ser fenecida pelo acusado. Essa presunção daria margem para que narrativas ilógicas ou falseadas prosperassem sem uma detida análise. Mas não foi assim que o TJPE entendeu.

O Tribunal exige prova defensiva da ocorrência de flagrante forjado – ou seja, da ausência da tipicidade, elemento constitutivo do crime. Porém, mesmo quando a defesa consegue produzir a prova, ela é repelida. No caso de Marcelo, os depoimentos dos genitores das crianças não foram aceitos por serem de testemunhas indiretas, mas não foi determinada a oitiva direta das testemunhas presenciais, violando, também, o parâmetro da busca de outros meios de prova.

54 PERNAMBUCO (Estado). Tribunal de Justiça de Pernambuco, Apelação Criminal nº 403532-7, 3ª Câmara Criminal. Recife/PE, 24 maio 2016.

55 São eles: nºs 0195895-8; 207366-5; 238898-5; 0227480-6; 322738-9; 469952-1; 380013-7; 403532-7; 404022-0; 447744-5; 433935-7 e 458677-6.

56 LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 189.

Segundo Manuela Abath Valença, em pesquisa etnográfica cujo escopo era compreender como operava essa justiça em linha de montagem no julgamento de *habeas corpus* nas sessões das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco:

[...] é possível notar, sobretudo nos crimes mais sensíveis para o Tribunal como homicídio, tráfico de drogas, roubo e porte ilegal de arma de fogo, que a lógica é a denegação em massa. Não há espaço para a individualização, pois a justiça trabalha com estereótipos: “O assassino frio”, “o menor indomável” e “o traficante”. Ao longo das entrevistas e durante as sessões eram comuns considerações assim: “O grande inimigo da sociedade brasileira é o traficante”. “Quando o processo é de traficante, pra você conceder uma liberdade provisória é uma coisa difícil. É difícil mesmo por vários motivos. Primeiro porque é um crime, que salta aos olhos, é um crime grave”. (Desembargador 9)⁵⁷

Assim, como na pesquisa indicada antes, parece não existir dúvida quando se fala de um traficante, por isso outro argumento da análise da alegação de flagrante forjado é a ausência de prova defensiva. Quando, porém, esta foi produzida, a Corte desconsiderou, e o devido julgamento do fato ficou comprometido.

c) O PRIVILÉGIO DE SER VÍTIMA⁵⁸

A festa do Padroeiro da Cidade de São Lourenço da Mata/PE, estava agitada quando a polícia recebeu a informação de que alguém de cor parda, camisa branca, bermuda preta e cordão de prata estava vendendo drogas ali perto. Os milicianos abordaram Lucas por se adequar às mesmas características narradas pelas denúncias anônimas, e teriam encontrado com ele, após revista, dez papalotes de maconha.

A versão da acusação, calcada exclusivamente nos depoimentos policiais – embora a prisão tenha ocorrido em público, nenhuma outra testemunha foi apresentada pela acusação –, parecia inabalável; todavia, a defesa trouxe testemunhas que adicionaram uma circunstância à história: a droga não foi encontrada na primeira revista. Na abordagem realizada pela polícia em público,

57 VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: um estudo etnográfico do julgamento dos *habeas corpus* nas sessões das câmaras criminais do TJPE. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2012. p. 112-113.

58 A escolha do título desse item foi inspirada no artigo escrito por Ana Flauzina e Felipe Freitas. Nele, os autores discutem “a noção de vítima sublinhando a articulação desse conceito com a trajetória da vida das pessoas negras no Brasil”, bem como questionam “a construção do imaginário que tem no descarte do sofrimento negro um de seus maiores sustentáculos, emulando uma estrutura paradoxal que segue operando numa dinâmica em que se tem a violência como prerrogativa do racismo e a vitimização como um privilégio da branquitude” (Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento do negro do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (Dossiê especial Criminologia e Racismo), ano 25, n. 135, p. 59, set. 2017.

nada foi encontrado com Lucas. Mesmo assim, ele foi preso. A substância teria sido achada pelos policiais depois, já na delegacia.

Um fato novo que poderia mudar tudo. Mas não mudou. O Ministério Público reconheceu que a situação ocorreu da maneira que as testemunhas defensivas falaram, mas justificou a atitude policial. “Não se pode esperar que a polícia fosse despi-lo em público”, eximiu-se o Procurador de Justiça em parecer na segunda instância. Condenado em primeiro grau, a apelação em que Lucas alegava forja de flagrante foi denegada⁵⁹, pois os Desembargadores argumentaram a inexistência de motivos para a forja de flagrante.

Em seis⁶⁰ entre os 23 acórdãos, os julgadores questionaram quais motivos levariam as forças policiais a forjar um flagrante contra uma pessoa, quando não demonstrada a existência de alguma rixa ou inimizade entre a pessoa detida e os policiais que realizaram a prisão. Os magistrados em geral duvidam da existência de razões que levem isso a ocorrer.

A questão que se põe é quem pode disputar o lugar de vítima dos abusos da autoridade policial. Ana Flauzina e Felipe Freitas, analisando o caso de Rafael Braga⁶¹, afirmam:

A Rafael cabe a imagem engessada do terrorista-traficante que tem servido de álibi corriqueiro no aprisionamento sistemático de homens e mulheres negros no Brasil. Enclausurados no espectro do imaginário que retrata o mal não se vislumbra a possibilidade de as consequências do terror serem lidas como vitimização.⁶²

A forja de flagrantes e prisões ilegais é realidade, e quem vive em localidades pobres já passou por situações como essas ou tem conhecimento delas. Em 1969, Aliomar Baleeiro, à época Ministro do STF, deu uma declaração sobre o tema: “Há muitos anos venho ouvindo um rumor de que a polícia carioca, quando quer embaraçar um indivíduo, lavra um flagrante de maconha e o leva

59 PERNAMBUCO (Estado). Tribunal de Justiça de Pernambuco, Apelação Criminal nº 0206542-1, 2ª Câmara Criminal. Recife/PE, 15 mar. 2010.

60 São estes: nºs 207366-5; 0206542-1; 0233387-7 e 0233732-2.

61 Rafael Braga foi preso durante as manifestações de 2013, na Cidade do Rio de Janeiro, por estar com garrafas de cloro e desinfetante, e foi condenado por detenção de material explosivo – conquanto o laudo pericial tenha indicado o mínimo potencial explosivo das substâncias. Após, em 2016, foi preso mais uma vez por tráfico de drogas e associação. Foi condenado sem oitiva de nenhuma testemunha defensiva, e sem sua narrativa de ter sido vítima de flagrante forjado e de ameaças de violência, inclusive sexual, o juiz de primeira instância o condenou. O caso se tornou nacionalmente conhecido, pois Rafael foi a única pessoa condenada em razão das “Jornadas de Junho de 2013”, protagonizadas pela classe média nacional (FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; FREITAS, Felipe da Silva. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento do negro do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (Dossiê especial Criminologia e Racismo), ano 25, n. 135, p. 50-69, set. 2017, p. 62).

62 Ibidem, p. 65.

para a cadeia”⁶³. Essa também é a experiência de um dos autores da presente pesquisa:

Eu, morador da Comunidade (ou Favela, como afetivamente chamamos) dos Coelhos, vivo essa realidade, e a confirmo de diversas maneiras. Confirmo-a quando ouço de minha mãe que meu irmão foi parado por uma guarnição e submetido a uma verdadeira tortura psicológica durante duas horas, sob ameaças de forja de flagrante. Confirmo-a quando ouço de um amigo que foi interpelado por um policial com a seguinte frase: “Minha mentira vale mais que sua verdade”. A realidade mostra que o flagrante forjado é a “carta coringa” de certa parcela da polícia contra algumas pessoas.⁶⁴

Entretanto, os julgadores – muitos dos quais não compõem a parcela selecionável da população – questionam que razões levariam um agente a forjar um flagrante e fabricar uma prisão, com o risco de ser descoberto, processado, perder o cargo e até ir preso.

Tal questionamento é complexo, perpassa o Direito, e pode resvalar na psicologia e na psicanálise. Não se duvide que, infelizmente, haja forja de prisões por sadismo. Mas os motivos podem ser inúmeros outros, como a existência de incentivo pecuniário no caso de prisões por tráfico de drogas ou a necessidade de justificação de atos e operações policiais.

No caso de Lucas, há uma justificativa possível para a ocorrência de flagrante forjado. A prisão e condução à delegacia foram ilegais, pois não houve nenhuma das situações de flagrância do art. 302 do CPP – e prisão ilegal gera, além de nulidade dos atos, responsabilidade dos agentes. O fato de a droga ter sido encontrada depois, em busca pessoal longe do público, pode ser interpretado como forma de tornar legal um ato ilícito antes cometido.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao caso de André, exposto no início deste artigo, em que os Desembargadores também questionaram os motivos de um flagrante forjado. A narrativa indicia que a prisão de André pode ter sido uma forma de não demonstrar o fracasso da operação montada no terminal. Há, portanto, nos casos de Lucas e de André, razões de ordem operacional para a possível ocorrência de flagrante forjado.

Em relação ao incentivo pecuniário como motivo, o Estado de Pernambuco é exemplar. O art. 3º, III, da Lei Estadual nº 15.458/2015⁶⁵, que institui a

63 VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal de guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 499.

64 ARAÚJO, Higor Alexandre Alves de. Culpados, mesmo com prova em contrário: uma análise jurisprudencial da alegação de flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas no Tribunal de Justiça de Pernambuco. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Recife, 2017. p. 12.

65 PERNAMBUCO. Lei nº 15.458, de 12 de fevereiro de 2015. Assembleia Legislativa de Pernambuco. Disponível em: <<http://legis.alepe.pe.gov.br/arquivoTexto.aspx?tiponorma=1&numero=15458&complemen>

gratificação do Pacto pela Vida, concede gratificações pecuniárias a policiais que apreendam cocaína e seus derivados. A gratificação, porém, somente vale para apreensões a partir de doze gramas de droga; além disso, a chance de se obter a gratificação é maior se há prisão em flagrante, conforme art. 8º, III, a e e, da referida lei.

Fernanda Lima da Silva, em pesquisa realizada com adolescentes apreendidos por tráfico de drogas na Cidade do Recife, confirma os efeitos do sistema de gratificação:

Os adolescentes que caem por tráfico geralmente trazem consigo quantidade relativamente pequena de droga. O motivo para uma escolha tão pouco inteligente (abordagem de pequenos traficantes) é o sistema de metas implantados pelo Pacto pela Vida. Certas quantidades de drogas gerem bônus salário ou folgas. Assim, não é incomum que os PMs guardem parte da droga apreendida e apresentem-na posteriormente, se necessário. Além disso, para cada flagrante obtido, os policiais ganham uma folga. Por isso, há uma verdadeira corrida pela caracterização do flagrante e para terminar logo o registro da ocorrência e retornar às ruas.⁶⁶

Legislações desse tipo são fomentadoras da forja de prisões em flagrante. Policiais mal remunerados podem se valer desse expediente para aumentar seus parcos salários, apreendendo drogas, retendo-as consigo e depois as reutilizando em futuras abordagens e prisões, a fim de aumentar a quantidade de substância apreendida e a respectiva gratificação. Um dos motivos para a ocorrência da forja de flagrantes pode ser leis desses tipos.

Portanto, consoante indicado como um dos *standards*, as possíveis razões que poderiam levar à forja de uma prisão em flagrante devem ser analisadas com cautela pelo julgador, atentando para a casuística, as circunstâncias e a dinâmica de cada caso, a fim de verificar, junto com os outros parâmetros, a ocorrência de prisões ilegais.

Não foi isso o que ocorreu nos casos de Lucas e de André. Questionados os motivos de possível forja de flagrante, e não analisados os fatos devidamente para buscar as respostas, as condenações de ambos foram mantidas pela Corte pernambucana.

to=0&ano=2015&tipo=&url=>. Acesso em: 5 out. 2017.

66 SILVA, Fernanda Lima; VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro P. de. Policiados e policiais: dois tempos de uma história de criminalização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (Dossiê especial Criminologia e Racismo), ano 25, n. 135, p. 105, set. 2017. Sobre esse tema, conferir, também: SOBRAL NETO, Maurilo Miranda. Sobre os que não têm jeito: racismo institucional e a identificação do adolescente suspeito a partir da polícia na cidade do Recife. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2017.

CONCLUSÃO

A avaliação final da pesquisa jurisprudencial demonstra que em nenhum dos casos julgados houve o acolhimento das alegações de flagrante forjado, pelos diferentes motivos expostos. Além do tratamento lacônico dado pela doutrina, o flagrante forjado não tem recepção pelo Judiciário, tampouco é analisado de maneira devida, calcada em *standards* objetivos.

A fabricação de circunstâncias criminosas e ilegais para realização de prisões em flagrante é uma realidade. Caberia ao Judiciário impedir sua ocorrência por meio da análise dos fatos e das provas de forma justa e correta. No entanto, ao julgar com base exclusiva nos depoimentos policiais; ao imputar o ônus da prova à defesa e rechaçar as provas que ela tenta realizar; e ao questionar os motivos da ilegalidade sem analisar as situações do caso, não se dá guarida às aduções defensivas, nem que seja para serem fundamentadamente recusadas.

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que a criminalização do tráfico de drogas é um recente fato histórico, e que o modelo do tipo penal aberto e abrangente advém de convenções internacionais. O Brasil importou a ideologia da diferenciação, e adotou critérios subjetivos e discricionários para separar usuário de traficante e permitindo que elementos socioeconômicos dos acusados definam se ele receberá mera advertência ou uma alta pena privativa de liberdade. Assim, a seletividade penal, devidamente definida, é um instrumento da ideologia da diferenciação brasileira.

Também foram conceituados os institutos da prisão em flagrante e do flagrante forjado, além de apontado o tratamento lacônico dado pelos manuais jurídicos a este último. Foram fornecidos parâmetros mínimos para a análise da alegação de forja de prisão – os quais são inerentes a qualquer julgamento adequado. A pesquisa jurisprudencial mostra que tais *standards* não foram seguidos na refutação das alegações de flagrante forjado.

Todas as prisões dos casos apresentados na análise qualitativa foram realizadas em locais pobres da Região Metropolitana de Recife. Não se tem acesso às características pessoais de cada pessoa condenada, mas as localidades onde ocorreram as prisões e o patrocínio majoritário pela Defensoria Pública demonstram que seus corpos são selecionáveis pelo sistema penal. O Judiciário parece acatar a seletividade perpetrada pela polícia, não se atendo a minúcias, mesmo em casos de possibilidade de patentes injustiças.

O resultado da pesquisa não é capaz de determinar se houve ou não, em cada caso, flagrante forjado. O que se depreende é que certas pessoas não têm o direito nem sequer de terem as suas alegações defensivas analisadas sob a régua da lógica clássica – nem dos outros *standards* objetivos indicados para

o julgamento do flagrante forjado. Tal evitaria que possíveis ilegalidades fossem avalizadas. São culpadas, mesmo que os indícios em contrário, e sem direito à correta defesa; culpadas, como os Ninguéns de Galeano⁶⁷, que não valem a bala que as mata – nem a cela que as prendem.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ARAÚJO, Higor Alexandre Alves de. Culpados, mesmo com prova em contrário: uma análise jurisprudencial da alegação de flagrante forjado em prisões por tráfico de drogas no Tribunal de Justiça de Pernambuco. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Recife, 2017.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5-6, p. 77-94, 1998.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). *A aplicação de penas e medidas alternativas* – Relatório de Pesquisa. Brasília, 2015.
- _____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília, 2014.
- _____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília, 2017.
- _____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres*. Brasília, 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 430105/RJ, 1ª Turma, “Posse de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006 – nova lei e drogas): natureza jurídica do crime”. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm#transcricao1>>. Acesso em: 4 nov. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 121419/SP, 2ª Turma, “Supremo Tribunal Federal. [...] Flagrante de crime permanente. Dispensabilidade do mandado de busca e apreensão. [...]”. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 2 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=268999405&ext=.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização). Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1996.

67 GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. Trad. Eric Nepomuceno. Porto Alegre – L&PM Pocket, 2015. p. 64-65.

COELHO, Francisco Neves. A prisão em flagrante e as balizas constitucionais. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

D'ELIA, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 17, maio/ago. 2017. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1155/1217#footnote-668-10>>. Acesso em: 4 nov. 2018.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Corpo negro caído ao chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília, 2006.

_____. FREITAS, Felipe da Silva. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento do negro do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (Dossiê especial Criminologia e Racismo), ano 25, n. 135, p. 50-69, set. 2017.

GALEANO, Eduardo. *O livro dos abraços*. Trad. Eric Nepomuceno. Porto Alegre – L&PM Pocket, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

JESUS, Maria Gorete Marques de et al. *Prisão provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALAGUTI, Vera. *Difíceis ganhos fáceis: droga e juventude pobre do Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MUNIZ, Jacqueline; PROENÇA JR., Domínio. Da *accountability* seletiva à plena responsabilidade policial. In: CARUSO, H.; MUNIZ, J.; BLANCO, A. C. C. (Ed.). *Polícia, Estado e sociedade: práticas de saberes latino-americanos*. Rio de Janeiro: Publit, 2007.

OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SILVA, Fernanda Lima; VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro P. de. Policiados e policias: dois tempos de uma história de criminalização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (Dossiê especial Criminologia e Racismo), ano 25, n. 135, p. 97-130, set. 2017.

SOBRAL NETO, Maurilo Miranda. Sobre os que não têm jeito: racismo institucional e a identificação do adolescente suspeito a partir da polícia na cidade do Recife. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2017.

VALENÇA, Manuela Abath. *Julgando a liberdade em linha de montagem*: um estudo etnográfico do julgamento dos *habeas corpus* nas sessões das câmaras criminais do TJPE. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2012.

_____. Soberania policial no Recife do início do século XX. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas* – A perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Data da submissão: 30.06.2019

Data do aceite: 12.08.2019