



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA CAROLINA SALES SANTOS

**PERIGOSOS À ORDEM PÚBLICA:
UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, NO ESTADO DA BAHIA**

**SALVADOR
2021**

ANA CAROLINA SALES SANTOS

**PERIGOSOS À ORDEM PÚBLICA:
UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, NO ESTADO DA BAHIA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Misael Neto Bispo da França

SALVADOR
2021

ANA CAROLINA SALES SANTOS

**PERIGOSOS À ORDEM PÚBLICA:
UMA ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO DAS PRISÕES PREVENTIVAS NO
CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, NO ESTADO DA BAHIA.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Salvador, 07 de junho de 2021.

BANCA EXAMINADORA:

Misael Neto Bispo da França – Orientador _____
Doutor em Direito - Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Thaize de Carvalho Correia – Avaliadora _____
Doutora em Direito - Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado – Avaliadora _____
Doutora em Direito Pela PUC – SP.
Universidade Federal da Bahia

Irmãos, não penso que eu mesmo já o tenha alcançado, mas uma coisa faço: esquecendo-me das coisas que ficaram para trás e avançando para as que estão adiante, prossigo para o alvo, a fim de ganhar o prêmio do chamado celestial de Deus em Cristo Jesus.

(Filipenses 3:13,14)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, à Deus, por ter me criado, colocado em mim o Teu Espírito Santo, um propósito, uma identidade. Por ter escolhido meus pais aqui na terra, o meu irmão, e a minha família. Porque todos os dias renova as suas misericórdias sobre a minha vida. À Jesus, porque é o meu libertador, que me mostra o amor de Deus por mim, e renova a minha fé diariamente. Por ser o caminho, a verdade e a vida, e a minha referência de conduta.

Aos meus avós, àqueles que já viraram eternos, e aos que eu ainda sou abençoada com a presença, que eu consiga honrar as suas histórias de vida, e carregar seus ensinamentos. Em especial, à minha avó Dalva, que me mostrou as delícias de ser neta, e me deu desse amor que não se preocupa em educar, mas sim em agradecer, desfrutar e tornar cada momento mágico.

Ao meu pai e a minha mãe, que me apresentaram com a vida, e dariam suas vidas por mim. Eu nunca vou poder retribuir tudo o que foi me dado, mas passarei todos os meus dias amando e honrando vocês. Eu agradeço e reconheço todos os sacrifícios que vocês fizeram por mim, até mesmo aqueles que eu nunca saberei. Obrigada por serem meus maiores intercessores, e incentivadores. Graças a vocês eu sei que amar é se doar, é proteger, é ensinar.

Ao meu irmão, que me ensinou que o amor de irmã mais velha as vezes é impaciente, mas defende contra todos, que quer mandar pois no fundo visa proteger, que mais do que dividir, é aprender a abrir mão, e tentar ser um bom exemplo, que faz enxergar as qualidades por trás dos calos da convivência, é regar uma relação para ter um companheiro pro resto da vida.

Aos meus tios, tias, padrinho e madrinha, por terem cuidado de mim com o amor de verdadeiros pais. Ao primos-irmãos, por fazerem parte das melhores memórias da minha infância e adolescência, que nosso amor sempre prevaleça.

Ao meu orientador, Prof. Misael França, por ter aceitado orientar esse trabalho, sem a sua contribuição essa monografia não seria a mesma. Obrigada por ter tornado esse processo tão agradável, foi um prazer ser sua orientanda.

À Universidade Federal da Bahia, que me proporcionou uma educação pública, gratuita de excelência, desde o B.I de humanidades, com professores que me ensinaram, desafiaram e inspiraram. Com certeza foi uma das experiências que mais me trouxe amadurecimento.

Ao Patronato de Presos e Egressos (BA), por ter possibilitado que eu conhecesse de perto a realidade prisional do meu Estado, e por ter inspirado o tema desta monografia, através da vivência enquanto assessora. Foi um aprendizado incomparável.

SANTOS, Ana Carolina Sales. **Perigosos à Ordem Pública: Uma análise da fundamentação das prisões preventivas no crime de tráfico de drogas, no Estado da Bahia.** 2021. 96f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

A presente monografia teve como objetivo responder ao seguinte problema de pesquisa: como o fundamento da Ordem Pública contribui para a decretação excessiva de prisões preventivas, nos crimes de tráfico de drogas, no Estado da Bahia? Para responder esse questionamento, foi realizado uma análise de pronunciamentos judiciais, sendo examinadas no total, trinta decisões interlocutórias que impuseram essa medida cautelar, usando o fundamento em questão, diante da suposta prática do delito do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, entre 2019 e 2021, na Bahia. Seguindo a metodologia qualitativa, foram estudados e avaliados os argumentos mais recorrentes apresentados pelos magistrados, ao usarem a ordem pública como motivo ensejador dessa segregação cautelar. O marco teórico que norteou esse trabalho foi um viés processualista, de sistema acusatório, da presunção de inocência, do *status libertatis*, e de outros direitos constitucionais e garantias processuais que devem ser observados antes da decretação de uma prisão preventiva. Nesse sentido, foi possível perceber que usualmente, quando inexitem razões cautelares para que se decrete essa cautelar, o fundamento da ordem pública tende a ser empregado para fazer as vezes de uma pena antecipada, principalmente quando os juízes se encontram diante da suposta prática do crime de tráfico de drogas. Observou-se que em todas as decisões analisadas, o fundamento foi usado como uma medida de polícia, carregada de um contorcionismo argumentativo, estereótipos, e suposições feitos pelos julgadores para justificar a ofensa à ordem pública, quando não havia elementos concretos ensejadores. O que demonstrou como este fundamento da margem para o encarceramento em massa de presos provisórios.

Palavras-chave: Sistema acusatório. Presunção de inocência. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Tráfico de drogas.

SANTOS, Ana Carolina Sales. **Dangerous to Public Order: An analysis of the grounds for preventive arrests in the crime of drug trafficking in the State of Bahia.** 2021. 96f. Monograph (Bachelor) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia Salvador, 2021.

ABSTRACT

The monograph aimed to answer the following research problem: How does the Public Order Grounding contribute to excessive pretrial detention in drug trafficking crimes in the State of Bahia? To answer this question, an analysis of judicial pronouncements was carried out, examining a total of thirty interlocutory decisions that imposed this precautionary measure, using the plea in question, in the face of the alleged practice of the offense of article 33 of law 11.343/2006, between 2019 and 2021, in Bahia. Following the qualitative methodology, we studied and evaluated the most recurrent arguments presented by judges when using public order as a reason for the precautionary arrest. The theoretical framework that guided this work was a view of the Accusatorial Criminal Justice System, the presumption of innocence, the status libertatis, and other constitutional rights and procedural guarantees that must be observed before remanding in custody. In this sense, it was possible to notice that usually, when there are no precautionary reasons to decree such a precautionary measure, public order tends to be used as a preemptive sentence, especially when the judges are faced with the alleged practice of drug trafficking. It was observed that in all the decisions analyzed, the plea was used as a police measure, loaded with argumentative contortionist, stereotypes, and suppositions made by the judges to justify the offense to public order, when there were no concrete elements to support it. This demonstrated how this basis gives room for the mass incarceration of pretrial prisoners.

Keywords: Accusatorial Criminal Justice System. Presumption of innocence. Pretrial detention. Guarantee of public order. Drug trafficking.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. SISTEMA ACUSATÓRIO - ACUSADO COMO SUJEITO DE DIREITOS, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, STATUS LIBERTATIS	12
2.1 Sistema Inquisitório e Acusatório: um breve panorama	13
2.2 O sistema Processual Penal Brasileiro: histórico e classificação após a Lei nº 13.964 de 2019	15
2.3 Presunção de inocência: um reflexo do processo penal democrático	18
3. EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA - AVANÇOS DAS REFORMAS RECENTES	23
3.1 Um breve histórico da prisão cautelar no Brasil	24
3.2 Prisão preventiva: princípios reitores	28
3.3 A Lei nº 13.964/2019 e a prisão preventiva: uma análise dos avanços e regressos.....	30
3.3.1 Requisitos da prisão preventiva: o que mudou, e o que deixou a desejar	34
4. CONTRAPONTO: O TRÁFICO E O ENCARCERAMENTO EM MASSA	42
4.1 A política da guerra às drogas no Brasil	42
4.2 O traficante de drogas: o estigma social e suas repercussões	47
4.3 A criminalização do tráfico de drogas e o encarceramento em massa	50
5. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA	57
5.1 Porque um capítulo sobre fundamentação.....	57
5.2 Ordem pública: origem no Brasil, conceito e desdobramentos.....	61
5.3 A prisão preventiva pela garantia da ordem pública, a inconstitucionalidade e o aprisionamento massivo	65
6. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS	70
6.1 Metodologia.....	70
6.2 Algumas considerações sobre a prisão preventiva, a ordem pública e o crime de tráfico de drogas:	71
6.3 Das decisões judiciais	73
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIAS	91

1. INTRODUÇÃO

A presente monografia está inserida no âmbito do Direito Penal e do processo penal, e perpassa pela Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, e pela Lei nº 13.694/2019, intitulada como “Pacote Anti Crime”. A pesquisa adotou como eixo temático a discussão sobre a decretação de prisão preventiva, pela garantia da ordem pública, nos crimes de tráfico de drogas. Questionando-se de que forma o fundamento em questão é usado de forma arbitrária, violando o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, o debate está situado no seguinte problema de pesquisa: Como o fundamento da Ordem Pública contribui para a decretação excessiva de prisões preventivas, nos crimes de tráfico de drogas, no Estado da Bahia?

Justifica-se esse tema porquê de acordo com o Banco Nacional de Monitoramento de Prisão (BNMP), do Conselho Nacional de Justiça¹, atualizado em 2021, a população carcerária do Estado da Bahia², é equivalente a 20.648, excluindo o número de pessoas internadas (70). Considerando quantidade de indivíduos submetidos ao sistema penitenciário baiano (20.648), 96,23% é composto por homens (19.870), e apenas 3,77% por mulheres (778). Dentro deste número (20.648), extrai-se que 9.128 são de presos provisórios, e que 11.520, são os que já foram condenados (sendo que 5.973 estão em execução definitiva e 5.547 estão em execução provisória da pena).

Em relação ao delito de Tráfico de Drogas, do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, justifica-se, porque, conforme extrai-se do Relatório das Audiências de Custódia em Salvador/BA, realizado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia³, entre setembro de 2015 a 2019, foram analisadas um total de 22.946 prisões. Nesse período, os juízes do Núcleo de Prisão em Flagrante do Tribunal de Justiça, concederam de liberdade provisória em 51,4% dos casos (11.769) e decretaram a prisão preventiva para 40,1% (9.181) do total de flagrantes analisados.

¹ Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNP), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

² Em que se pese as estatísticas extraídas do portal do CNJ, destaca-se que encontrou-se divergência em relação aos dados do Mapa da População Carcerária, que consta no site da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização (SEAP) da Bahia, o qual dispõe que Estado possui um total de 13.282 pessoas encarceradas, deste total, 6.444 são de presos provisórios e 6.838, condenados. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/pt-br/dados/17>>. Acesso em 05 de maio de 2021.

³ Relatório das audiências de custódias em Salvador/BA: ano 2019. /Defensoria Pública do Estado da Bahia. - 1ª. ed. - Salvador: ESDEP, 2020, p. 01/71.

Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2020/10/sanitze_relatorio-audiecc82ncias-de-custodia-salvador-20192.pdf_291020-120915.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

Inclusive, em 2019, nos crimes da Lei de Drogas (lei nº 11.343/2006) houve concessão de liberdade provisória em 51,5% dos casos e a decretação de preventiva em passou para 41,2%.

Neste sentido, defende-se a importância dessa pesquisa para a prática jurídica, uma vez que em um país onde o sistema penal tem como basilar o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (art. 5º, LVII, CF/88), é inconcebível haver quase a mesma quantidade de presos provisórios do que condenados definitivamente. Portanto, urge um estudo mais aprofundado sobre as decisões que decretam a prisão preventiva pela garantia da Ordem Pública, por este ser um fundamento considerado pela doutrina como um conceito juridicamente indeterminado, que é passível, portanto, de arbitrariedades.

Quanto a relevância social, o estudo colocou em discussão os fundamentos adotados pelos magistrados na Bahia ao decretar a cautelar nos crimes de tráfico de drogas, sendo analisado se realmente havia real necessidade de prisão preventiva, o que é significativo socialmente, pois o uso desenfreado da medida implica na privação do direito à liberdade dos indivíduos.

Deste modo, para responder o problema de pesquisa, foi estabelecido como objetivo geral analisar a fundamentação usada pelos juízes ao aplicarem a garantia da Ordem Pública como justificativa para a decretação da prisão preventiva, nos crimes de tráfico de drogas, na Bahia, entre 2019 a 2021. Mas, antes de fazer esse estudo das decisões judiciais foi necessário compreender alguns conceitos essenciais e por isso, o trabalho foi dividido em cinco capítulos.

No primeiro, foram apresentadas as principais características dos sistemas inquisitório e acusatório, e realizou-se um breve histórico sobre o processo penal brasileiro e sua classificação enquanto sistema após a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 13.964/2019; passando por aspectos importantes sobre o *status libertatis*, princípio da presunção de inocência, e seus desdobramentos. Em seguida, no segundo capítulo, foi analisado ponto por ponto do instituto da prisão preventiva, seu histórico no Brasil, requisitos, características, e todas as mudanças realizadas nesse campo, pela Lei nº 13.964/2019.

Após isso, no terceiro capítulo, fez-se um estudo sobre a “guerra às drogas” na história brasileira, e as suas consequências na percepção que a sociedade, mídia, e autoridades policiais e judiciais, têm do crime de tráfico de drogas, e até que ponto isso propicia o encarceramento em massa. O foco do quarto capítulo, foi no fundamento da ordem pública, desde a necessidade de motivação das decisões judiciais, passando pela sua origem, conceito, perspectiva constitucional e ligação com o aprisionamento em massa.

Por fim, no último capítulo foi realizada uma análise de decisões judiciais (interlocutórias), em que os magistrados decretaram Prisão Preventiva pela garantia da Ordem

Pública, diante dos crimes de tráfico de drogas, do artigo 33 da lei nº 11.343/2006. A intensão desse capítulo cinco foi de examinar os argumentos empregados, identificar os estereótipos, e as definições de ordem pública que compõem esses pronunciamentos, e compreender em que medida, essa motivação contribui para a decretação excessiva de prisões preventivas, no Estado da Bahia.

A metodologia escolhida foi a abordagem de natureza qualitativa, com a adoção do método descritivo, visto que principal escopo dessa monografia foi aprofundar-se no conteúdo dessas decisões interlocutórias, para que fosse possível compreender as informações obtidas, e os argumentos mais recorrentes. Para a coleta de dados elegeu-se os procedimentos de revisão de literatura (pesquisa bibliográfica), revisão legislativa e análise de decisões judiciais (interlocutórias que impõem a prisão preventiva).

Nessa linha, o marco teórico que norteou o estudo foi o viés do sistema acusatório, dos direitos constitucionais e garantias processuais, calcado especialmente nas lições de Geraldo Prado (2006), Jacinto Coutinho (2000, 2009), Luigi Ferrajoli (2002) e Aury Lopes Júnior (2020). No tocante à prisão preventiva, levou-se como base as obras de Rogerio Schietti Machado Cruz (2011), Renato Brasileiro de Lima (2012), André Nicolitt (2011), Gustavo Badaró (2011), Rubens Casara (2015), Luiz Regis Prado e Diego Santos (2018), e Nereu José Giacomolli (2013).

Relativamente à temática da “guerra às drogas”, os principais autores usados foram Luciana Boiteux (2006, 2019), Orlando Zaccone (2007), Luís Carlos Valois (2017), Salo de Carvalho (2016), Marcelo Semer (2019), e Eduardo Ribeiro (2018).

Finalmente, para realizar essa pesquisa, foi feito um recorte das decisões proferidas apenas no Estado da Bahia, pela facilidade de acesso às decisões e devido ao grande número de presos provisórios. Inclusive, também foi feito um recorte temporal, analisando-se apenas as decisões proferidas dos anos de 2019 a 2021, a fim de demonstrar a contemporaneidade dessa discussão. Enfim, a partir da análise das decisões, foram escolhidos alguns casos para evidenciar quais são os argumentos mais usados, e embasar a tese da pesquisa.

2. SISTEMA ACUSATÓRIO - ACUSADO COMO SUJEITO DE DIREITOS, PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, STATUS LIBERTATIS

A presente monografia tem como objetivo analisar o instituto da prisão preventiva, e principalmente quando esta medida é decretada pelo fundamento da ordem pública, nos crimes de tráfico de drogas.

Para isso, antes se faz necessário passar por alguns conceitos básicos, essenciais à compreensão do tema. O objetivo deste primeiro capítulo é traçar as principais características dos sistemas inquisitório e acusatório, fazer um breve histórico sobre o processo penal brasileiro, sua classificação enquanto sistema após a Constituição Federal de 1988, e a Lei nº 13.964/2019; e ainda apontar os mais importantes aspectos sobre princípio constitucionalmente consagrado, da presunção de inocência, e seus desdobramentos no ordenamento jurídico.

Independente do sistema processual adotado, e das múltiplas funções do processo penal, existem alguns pontos de congruência entre todos estes. Mas, o principal deles é reconstituir um fato pretérito, ou pelo menos buscar chegar o mais perto possível do que realmente aconteceu, do crime, para que a partir disso, seja formado um juízo pela absolvição ou condenação do acusado. Qual seja a epistemologia aplicada, o sistema punitivo tem o mesmo arquétipo, que é apurar a prática de uma conduta desviante, para aplicar ou não uma sanção.

De acordo com Luigi Ferrajoli (2002), o direito penal é uma técnica que define, individualiza, e reprime o desvio, e esse padrão não depende do modelo normativo empregado. É um mecanismo dividido em três momentos: o primeiro delimita determinados comportamentos classificados como proibidos, resultando no cerceamento da liberdade de ação dos indivíduos. A segunda parte engloba a submissão compulsória ao juízo penal daqueles sujeitos supostamente desviantes, suspeitos de violarem as proibições. Finalmente, a terceira técnica encarrega-se de punir aqueles que foram considerados culpados pelas violações mencionadas.

Ao longo da história, em respostas às demandas do direito penal e do modelo estatal de cada época, foram surgindo diversos sistemas. No entanto, neste capítulo não se pretende enumerar todos os procedimentos que um dia existiram, e as suas características, mas sim, analisar o modelo de processo penal brasileiro. Para isso, é necessário fazer uma breve contextualização e análise dos sistemas inquisitório e acusatório.

2.1 Sistema Inquisitório e Acusatório: um breve panorama

Consoante Aury Lopes Júnior (2019) inicialmente, o sistema acusatório perdurou aproximadamente até o século XII, até que gradativamente deu lugar ao modelo inquisitivo, o qual prevaleceu em regra, até o final do século XVIII, sendo que em alguns países, até o século XIX, que foi quando movimentos sociais e políticos passaram a demandar mudanças, assim, surge novamente o sistema acusatório, só que mais aperfeiçoado.

Para Geraldo Prado (2006) o sistema inquisitório revelava um processo penal unilateral centrado em um só sujeito, o juiz, que concentrava em si as três funções de acusar, julgar e defender, todo o procedimento era secreto e desprovido de contraditório. Deste modo, a relação processual Conforme Lopes Jr (2019), era pautada por uma disputa desigual entre juiz e o acusado, o primeiro abandonava sua posição de imparcial, assumindo a atividade de inquisidor, e atuando desde o início do processo como acusador. O imputado, por sua vez, perdeu sua condição de sujeito processual, sendo considerado como um mero objeto a ser investigado pelo magistrado.

Uma das principais diferenças entre os dois sistemas está na gestão da prova, pois, o inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo concentrava a gestão da prova nas mãos do órgão julgador. Assim, o réu, pecador, era visto como detentor de uma verdade a ser extraída pelo inquisidor, de tal modo que, mais do que o próprio crime, a pessoa do acusado se tornava alvo de investigação, e ser examinado e dissecado (COUTINHO, 2009).

Segundo Alberto Binder (2017) ao ingressar no processo inquisitorial, o agente infrator passava a ser visto como um objeto a ser transformado, sendo submetido a um processo de coisificação e despersonalização, onde não se estabelecia nenhum diálogo ou debate, mas apenas uma relação de poder que visava a submissão deste indivíduo, o qual era visto como um meio e não um sujeito de direitos ser respeitado.

Assim, para obter a verdade real, conforme Lopes Jr (2019), valia de tudo, passando a prisão provisória ser considerada regra, pois assim, o corpo do acusado ficava à disposição do inquisidor. Inclusive, a tortura era um mal necessário que poderia ser empregado para fazer com que o réu confessasse, e como o sistema de provas era hierárquico/tarifado, uma vez alcançada a confissão, taxada como a prova máxima, não era necessário mais nada para a condenação. Até mesmo o advogado, uma vez confessado o réu, era dispensado, tendo em vista que sua única função era fazer o acusado se arrepende e confidenciar seu erro, para que a execução da pena fosse iniciada.

Por outro lado, sobre o sistema acusatório, conforme Geraldo Prado (2006), os elementos que passam a integrá-lo, são resultado de um procedimento eliminatório de outros componentes que não afetam o núcleo básico do processo, aquele que tem como alicerce a divisão das funções de acusar, julgar e defender em três sujeitos diferentes. Ambos os sistemas se distinguem pelas regras do jogo, de modo que o inquisitório busca realizar o direito material, assumindo o juiz penal uma função de segurança pública, enquanto o acusatório preocupa-se com o arbítrio do poder de punir, frente a preservação dos direitos fundamentais do acusado.

Conforme Aury Lopes Júnior (2019), caracteriza-se o sistema acusatório, pela distinção das funções de acusar e julgar; as partes detém a iniciativa probatória; o juiz posiciona-se como imparcial, absorto da investigação e da coleta das provas; há igualdade de oportunidades para as partes no processo; o procedimento é predominantemente oral e público; o contraditório é pleno; não existe hierarquia entre as provas, baseando-se a sentença no livre convencimento do magistrado; respeita-se a coisa julgada e existe a possibilidade de impugnar decisões e entrar com recursos.

Neste ponto, o processo permanece como um instrumento que busca uma verdade histórica, (COUTINHO, 2009) porém, como as partes detém a gestão da prova, elas são os principais sujeitos, e o juiz ocupa uma posição passiva, que decide exclusivamente com base nas provas apresentadas, havendo um direito aplicado concretamente. Nessa perspectiva, com base nos argumentos de Ferrajoli (2002), não cabe ao magistrado emitir veredictos morais, indagar sobre a alma do imputado, sobre sua pessoa, mas tão somente, individualizar a conduta do indivíduo, um sujeito de direitos que não pode ser punido pelo que ele é, mas apenas por aquilo que praticou.

Segundo Jacinto Coutinho (2009,), na cultura acusatória, os juízes têm um lugar constitucional fundamental, que é a sua função de garantir dos direitos constitucionais e processuais dos cidadãos, e não apenas de assegurar a ordem, mas, sua figura é imprescindível, pois os indivíduos são infinitamente mais fracos do que o Estado. Evidente que o sistema acusatório não é sinônimo de impunidade, e nem prega um modelo processual que favorece o réu, mas sim realça o papel das partes, dando protagonismo a elas, assim permitindo que se caminhe para uma maior democracia processual.

2.2 O sistema Processual Penal Brasileiro: histórico e classificação após a Lei nº 13.964 de 2019

Em conformidade com Geraldo Prado (2006), a história da independência processual penal brasileira coincide com a independência política do país. Com o advento da Constituição outorgada de 1824, foram previstos em seu artigo 179, direitos civis e políticos dos cidadãos, inspirados no espírito liberal, que perdurou até o século XIX.

Considerando o momento histórico e a legislação anterior que foram as Ordenações Filipinas, dotadas de grande brutalidade dos seus procedimentos empregados, o Código de Processo Penal do Império apresentou grande evolução, apesar do seu forte traço inquisitorial, que manteve a concentração de poderes nas mãos dos juízes, os quais poderiam deflagrar o processo penal sem qualquer provocação.

Após a proclamação da república, em 1889 foi introduzido no Brasil um modelo federalista, inspirado no norte americano, passando os estados membros ter competência legislativa em matéria de processo penal, tendo a Constituição de 1891 feito algumas poucas previsões em relação a direitos fundamentais. Em 1930, houve uma nova mudança política, tendo em 1935 sido nomeada uma comissão de juristas para elaborar um projeto de código unificado (PRADO, 2006).

Todavia, o Código de Processo Penal brasileiro apenas veio à luz em 1941, depois da instalação do Estado Novo, mediante o golpe de estado em 1937 de Getúlio Vargas, e assim, surgiu o Código de 1941 inspirado no modelo fascista italiano, Rocco, de 1930, que tinha uma estrutura fortemente inquisitorial e autoritária (COUTINHO, 2009).

Com a promulgação da Constituição de 1988 ainda que não tenha havido previsão expressa pela adoção do modelo de sistema acusatório, é evidente a transição de um sistema político autoritário para os moldes democráticos, com a valorização do indivíduo e da dignidade da pessoa humana, demonstrando que a democracia e o processo acusatório têm a mesma base epistemológica. (LOPES JR, 2020)

Além de tudo, a Constituição previu uma série de regras e princípios que demonstram a opção constitucional pelo sistema penal acusatório, como a separação das funções de julgar e acusar, com a titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público, a adoção dos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência, imparcialidade do juiz, e a exigência de publicidade e fundamentação das decisões.

Apesar das mudanças principiológicas oportunizadas com a Constituição de 1988, diante do fato de o Código de Processo Penal de 1941 possuir vários traços autoritários, muito se discutiu sobre qual seria a sistemática brasileira. Para Geraldo Prado (2006), embora tenha-

se reconhecido que a Constituição Federal de 1988 se filou, sem dizer expressamente, ao sistema acusatório, revelou que com base na prática jurídica, o que vige no Brasil é uma Teoria de Aparência Acusatória, pois muitos dispositivos opostos são implementados no ordenamento jurídico, existindo, no dia a dia, várias formas inquisitórias, sendo o processo acusatório, até o momento, uma promessa.

Jacinto Coutinho (2009) chegou a classificar o processo penal brasileiro como um Sistema Misto, com base inquisitorial e alguns elementos acusatórios, apontando como prova inequívoca do princípio inquisitivo, o artigo 156, do Código de Processo Penal, que faculta ao juiz poderes instrutórios de ofício, tanto na fase investigatória, podendo determinar a produção antecipada de prova, antes de instaurada a ação penal; quanto na fase processual, permitindo que o magistrado pudesse requisitar diligências para dirimir suas dúvidas:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Essa postura instrutória do juiz compromete a sua imparcialidade, pois ele ficaria ligado àquilo que pretende comprovar com a produção da prova, o que indica de antemão para qual lado está inclinado, nas palavras de Geraldo Prado (2006, p. 224-225):

O juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que pela prova pretenderá ver confirmada. Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar.

De fato, a produção de provas de ofício por parte do juiz é um elemento fortemente inquisitorial. Luigi Ferrajoli (2002) considera inquisitório todo aquele sistema em que o magistrado, de ofício, procede para coletar e avaliar provas. Ao contrário do sistema acusatório, onde o julgador, é um sujeito passivo e separado das partes, cabendo à acusação o ônus da prova, que é desenvolvido com a defesa através do contraditório oral e público, competindo por fim, ao juiz julgar com base na sua livre convicção.

Em verdade, cada tipo de prova pesquisada corresponde a um prognóstico, isso significa que, aquele que procura sabe o que quer encontrar, ou tem ideia do que se pretende alcançar com aquilo, e no campo do processo penal, essa iniciativa por parte do juiz configura: “uma

inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”. (PRADO, 2006, p. 218).

Assim, segundo o citado autor, se desconfiado do réu, o juiz introduzir meios de prova que as vezes nem foram considerados pela acusação, titular da ação penal, conseqüentemente, ele também irá usar aqueles mesmo elementos que incorporou ao processo, para fundamentar o deslinde do feito, se afastando, assim, da sua posição de imparcial, distante das partes e dos seus interesses. O mesmo raciocínio também se aplica caso o juiz inclinado pela inocência do réu, quisesse produzir provas, conforme Aury Lopes Júnior (2020, p, 133):

Também não se pode admitir o juiz produzindo prova de ofício a título de “ajudar a defesa”. Em um processo acusatório existe um preço a ser pago: o juiz deve conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes. Não se lhe autoriza a descer para a arena das partes e produzir (de ofício) provas nem para colaborar com a acusação nem para auxiliar a defesa. Ele não pode é “descer” na estrutura dialética, nem para um lado nem para o outro.

Sendo assim, para ser considerado um sistema como acusatório, não é suficiente apenas a separação das funções de acusar, julgar e defender, como também é necessário que haja a efetiva imparcialidade do julgador, ficando a gestão das provas exclusivamente na mão das partes, ainda que essas realizem uma instrução probatória aquém do esperado para o convencimento do magistrado.

Por este motivo, ainda segundo Aury Lopes Júnior (2020) até o ano 2020, o processo penal brasileiro era em sua essência inquisitório ou neo inquisitório. Discordando da classificação feita por outros doutrinadores pelo sistema misto, ou seja, inquisitório na primeira fase (inquérito) e acusatório na segunda fase (processual), visto que, a fase processual não pode ser considerada como acusatória, mas sim inquisitória ou neo inquisitória, à medida que a gestão da prova estava nas mãos do juiz.

Todavia, com o advento do intitulado ”Pacote Anti Crime”, a Lei n ° 13.694 de 2019, que entrou vigor em janeiro de 2020, houveram significativas alterações no Código Penal, Código de Processo Penal e nas Leis especiais, devendo ser tecidas algumas considerações sobre o impacto dessas mudanças na classificação do sistema processual brasileiro.

No que diz respeito ao modelo de processo penal adotado, a referida legislação trouxe uma grande inovação ao prever expressamente a opção pelo sistema acusatório, no Artigo 3-A do Código de Processo Penal. Necessário ressaltar que até o presente momento, a eficácia do

citado artigo está suspensa devido a concessão de uma medida liminar, pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal⁴, nas ADIn's de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.⁵

Em conformidade com Aury Lopes Júnior (2020, p. 65) houve uma mudança de cenário, sendo compreendido que a Constituição de 1988 já havia optado por um processo penal acusatório, fundado no devido processo legal, no contraditório, na ampla defesa e na imparcialidade do juiz. Sendo necessário a partir deste momento uma filtragem constitucional, e revogação tácita dos dispositivos alinhados a uma base inquisitória, que são contrários ao previsto no Artigo 3-A do Código de Processo Penal, logo, incompatíveis com a desejada transição de cultura, e aceitação de uma postura acusatória por parte do juiz e das partes.

O citado artigo prevê expressamente que o processo penal será acusatório, deixando evidente que o juiz não deverá mais agir de ofício, principalmente na produção de provas: “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Com efeito, esta é a marca do sistema acusatório a gestão e iniciativa de provas na mão das partes, fazendo com que o juiz seja mero espectador do processo e não ator, e somente assim, verdadeiramente imparcial. (LOPES JR, 2020)

Portanto, é possível afirmar que o processo penal brasileiro -apesar da suspensão do Artigo 3-A- é constitucional e legalmente acusatório, porém, ainda há um longo caminho a ser percorrido para efetivar essa nova de cultura, como afastar alguns dispositivos do Código de Processo Penal que são tipicamente inquisitórios, como o artigo 156 discutido anteriormente, e principalmente realizar uma mudança nas práticas judiciárias por partes dos juízes e tribunais (LOPES JR, 2020).

2.3 Presunção de inocência: um reflexo do processo penal democrático

A Constituição Federal de 1988, no título de direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, inciso LVII, previu o princípio da presunção de inocência, ao afirmar que ninguém

⁴Medida Cautelar proferida pelo Ministro Luiz Fuz, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298, que suspendeu a implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal), decisão na íntegra.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>> Acesso em 04 de maio de 2021.

⁵ Portal de Notícias do STF, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, será submetida a referendo do Plenário.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253>> Acesso em 04 de maio de 2021.

será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Segundo Luigi Ferrajoli, (2002) esta é a primeira e primordial garantia do processo penal ao cidadão, presumi-lo inocente até que se prove ao contrário, deste modo, a culpabilidade deve ser demonstrada, é preciso fazer a prova da culpa e não da inocência, pois esta primeira que forma o juízo de condenação.

Complementa Aury Lopes Júnior (2019) que, do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, emerge o dever do processo penal de proteção a todos aqueles que são submetidos ao sistema, pois só perdem o status de inocentes após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, o processo deve se preocupar com a liberdade individual do imputado e com a sua dignidade, pois o que precisa de legitimação e justificação é o poder de punir do Estado e não a liberdade individual, dado que esta decorre do direito à vida e dignidade da pessoa humana, pilares que já estão amplamente consagrados no texto constitucional e são a base do Estado Democrático de Direito.

Não obstante estarmos todos sujeitos a sofrer limitações à nossa liberdade, segundo Luigi Ferrajoli (2002), pelo fato de determinados comportamentos serem proibidos, não são apenas os culpados por estas violações que acabam sendo sujeitos ao processo penal e à pena. Existe um custo do poder de punir que deve ser justificado, de fato, muitos inocentes são obrigados a passar pelo julgamento, cárcere preventivo, e até mesmo pela condenação e cumprimento de pena.

Com isso, de acordo com o citado autor, ocorre um altíssimo percentual de injustiças, a chamada “cifra obscura”, de um lado, um número de culpados, que foram a julgamento ou não, e saíram impunes, e do outro, que é ainda mais inquietante, a quantidade de inocentes presos preventivamente e até condenados. Há um desequilíbrio na relação entre Estado e cidadão, entre poder público e liberdade privada, entre defesa social e direitos individuais. Por isso é necessário que este primeiro seja legitimado e justificado, tendo em vista que, o poder de punir é a manifestação mais violenta e lesiva da soberania estatal, aos direitos fundamentais do cidadão, suscetível, inclusive, de arbítrio.

Diante dessa desarmonia de forças, da relação entre o Estado e o cidadão, está a importância do princípio da presunção de inocência, pois, se temos uma constituição democrática (LOPES JR, 2019) o processo penal, necessariamente, deverá ser democrático, ou seja, ser um instrumento que busca ao máximo efetivar o sistema de garantias constitucionais do indivíduo, visto que a liberdade individual é uma premissa básica e inerente ao ordenamento jurídico.

Assim, consoante o autor, como processo penal não está serviço do direito penal, pelo contrário, desempenha um papel de limitador do poder punitivo e garantidor do sujeito submetido a ele, é essencial zelar para que sejam observadas as garantias fundamentais do indivíduo, o que não significa caminhar para à impunidade, mas apenas um percurso necessário para que, se for o caso, se chegue à pena de forma legítima, pois, não se admite a existência de processo quando as garantias constitucionais não são asseguradas.

Mesmo tendo previsão constitucional, o princípio da presunção de inocência ainda é colocado de lado na elaboração das leis (PRADO, 2006) basta observar o artigo 669, inciso II, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que apenas será executável a sentença absolutória, depois do seu trânsito em julgado, naqueles crimes em que a lei cominar pena de reclusão, por tempo igual ou superior a oito anos: “Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: II - quando absolutória, para o fim de imediata soltura do réu, desde que não proferida em processo por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos”.

Esse dispositivo acima citado, atinge de plano o princípio da presunção de inocência, porque se o réu é presumidamente inocente perante uma sentença condenatória recorrível, ainda mais deverá incidir o citado princípio diante da sua absolvição, não tendo o menor sentido a gravidade do crime imputado ou a quantidade da pena em abstrato.

Feita essas considerações, faz-se necessário destacar que a presunção de inocência não é linear, mas também, irradia para outras três dimensões (LOPES JR, 2020), a primeira é na qualidade de dever de tratamento, que se manifesta de duas formas; internamente, incumbe ao juiz tratar o acusado como inocente até que sobrevenha sentença condenatória irrecurável, bem como, devem ser reduzidas ao máximo medidas que restrinjam seus direitos.

No campo externo ao processo, há o repúdio ao uso desnecessário de algemas e outras formas de tratamento análogas à culpa; também se evidencia a necessidade de preservar e proteger o réu contra a estigmatização e a publicidade abusiva, ou seja, limitar a utilização midiática em torno do fato criminoso, do próprio processo judicial e coibir a espetacularização que é feita pelo julgamento na mídia.

Ainda sobre o tratamento do acusado perante a imprensa, a exploração jornalística de causas penais com a exagerada cobertura por todos os meios de mídia (PRADO, 2006) e a transmissão da imagem do crime como amplamente documentado e provado, difunde um processo penal superficial, emocionante, que quase nunca oferece a todos os envolvidos uma igual oportunidade de fala, cabendo a justiça apenas dar o óbvio veredito da condenação e prender o acusado.

Em verdade, dentro do processo, preza-se pela igualdade de posições e paridade de armas entre a defesa e a acusação, e toda essa exposição acaba gerando um atentado à presunção de inocência, porque a imagem do imputado é propagada de forma massiva como o responsável pela infração penal. Outrossim, também é difundida a impressão de que as garantias processuais são arcaicas e ineficientes, somada a percepção de que o processo penal é demorado e que a justiça é tardia.

O que não se percebe é que a velocidade em que a notícia se propaga na mídia e nos outros meios de comunicação, somada a dinâmica de uma sociedade já acelerada, acostumada com tudo instantâneo, são extremamente diferentes da velocidade do processo penal, que tem um tempo próprio, diverso do andar da coletividade. Assim, a população, acostumada com a rapidez do mundo virtual não quer mais esperar o processo, por isso, tão crescente se tornou o clamor pelas prisões cautelares e punições imediatas (LOPES JR, 2019).

Além disso, no aspecto de norma de tratamento, de acordo com Geraldo Prado (2006), o princípio da presunção de inocência faz com que até o trânsito em julgado, o juiz preserve uma determinada postura, verdadeiramente imparcial, por isso que, durante a investigação criminal, se mantém o mais distante possível da fase preparatória, sem produzir provas. Isso não é apenas pelo princípio da acusatoriedade, mas, para preservar o magistrado da contaminação antes da propositura da ação penal.

A segunda dimensão é enquanto norma probatória, de modo que, o ônus da prova de afastar a inocência do acusado fica inteiramente nas mãos da acusação, desta maneira, devem ser usadas apenas provas lícitas, que demonstrem a culpa do réu e a materialidade da infração penal, devendo o imputado ser absolvido caso a sua culpabilidade não ficar demonstrada. (LOPES JR, 2020). O que leva também a garantia de que o acusado apenas será julgado com base nas provas produzidas dentro do processo, que passam pelo o efetivo contraditório, e não em elementos informativos do inquérito policial, além disso, convicções e suspeitas não servem para motivar a sentença.

Outrossim, uma das razões pelas quais se afastou a gestão da prova das mãos do juiz (PRADO, 2006), foi porque, além de caracterizar um forte traço inquisitorial, representa um atentado contra a presunção de inocência, tendo em vista que, esta máxima atua como princípio constitucional de controle da imparcialidade do magistrado, cabendo então às partes, gerir a produção de prova conforme seus interesses distintos.

Assim, lugar constitucional da presunção de inocência, faz com que a acusação, perante o devido processo legal deva se desincumbir do ônus de provar o fato típico, ilícito, e culpável, para que a condenação seja além da dúvida razoável, sob pena de o réu ser absolvido por falta

de provas, em função do princípio do *in dubio pro reo*. Pois, diante da incerteza, pelo status de presumidamente inocente, é melhor que um sujeito culpado seja absolvido, do que um inocente ser condenado (COUTINHO, 2009).

Finalmente, a terceira dimensão diz respeito à presunção de inocência como norma de julgamento, que se aplica a toda a persecução penal, desde o inquérito policial até o trânsito em julgado. Igualmente, há um reflexo na necessidade de motivação das decisões judiciais, pois apenas através da fundamentação da decisão que é possível verificar se a presunção de inocência foi respeitada (LOPES JR, 2020).

Logo, verifica-se que o princípio da presunção de inocência reverbera muito além da imposição do cumprimento de pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Como também é uma norma de tratamento ao sujeito imputado, que repercute na fase de inquérito, durante todo o processo penal, e em uma dimensão externa, como por exemplo, no âmbito da exposição do acusado pela imprensa. Devendo ser visto não como um privilégio ou facilitação ao réu, que pode levar à impunidade, mas como um direito fundamental, e principalmente uma limitação necessária ao poder de punitivo estatal.

3. EXCEPCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA - AVANÇOS DAS REFORMAS RECENTES

Pontuado no último capítulo definições importantes sobre os sistemas processuais penais, do processo penal brasileiro, e principalmente, no tocante aos desdobramentos do princípio da presunção de inocência. Nesta parte será analisado o instituto da prisão preventiva, seu histórico no Brasil, requisitos, características, e todas as mudanças realizadas com o advento da Lei nº 13.964/2019.

Conforme foi ventilado anteriormente, a presunção de inocência protege o direito à liberdade e à dignidade da pessoa humana, pilares estes, essenciais ao Estado Democrático de Direito. Colocando, o processo na direção de ser instrumento de efetivação das garantias fundamentais do indivíduo, sendo a observação desses direitos constitucionais, requisito para que exista um procedimento válido, pois uma constituição democrática implica em um processo penal democrático.

Compreender o conceito de presunção de inocência em todos os seus aspectos e dimensões é importante para poder enxergar o instituto da prisão preventiva não apenas como integrante de um “sistema” autônomo de processual, mas como parte de um todo, que por sua vez é composto por vários outros sistemas, os quais devem guardar uma relação de coerência não apenas entre si, mas com todo o ordenamento jurídico que integram.

No caso brasileiro, a Carta Magna de 1988, por ser a norma máxima da nação, definiu o “tom” de todos os outros dispositivos infraconstitucionais, recepcionando aqueles anteriores que eram compatíveis com o seu texto, e estabelecendo, assim, um padrão para as próximas legislações. Estando o processo penal em posição hierárquica inferior, os seus dispositivos não poderão ser conflitantes com o texto constitucional, e isso quer dizer que devem ser interpretados considerando os princípios e normas.

De acordo com Luigi Ferrajoli (2002) a história da prisão cautelar no curso do processo está estreitamente conectada com o postulado da presunção de inocência, à medida que, quanto mais desenvolvido for o mencionado princípio dentro de uma sociedade, mais limitadas são as hipóteses da medida, inclusive, segundo o autor, na Roma Antiga, chegou a se banir completamente a prisão preventiva.

Por sua vez, na Idade Média, com o ápice do sistema inquisitório, a referida cautelar passou a ser pressuposto do procedimento de instrução, visto que o corpo do acusado deveria estar completamente à disposição do inquisidor para a obtenção da verdade real, através da

confissão. Sendo apenas novamente questionada a prisão preventiva, com o surgimento do Iluminismo, e o conseqüente retorno do processo acusatório.

Assim, vez apresentados os conceitos de processo acusatório, inquisitório e presunção de inocência, antes de analisar ponto a ponto do regime da preventiva, é importante compreender o histórico da prisão cautelar no Brasil, para entender como se chegou ao *status* atual da medida.

3.1 Um breve histórico da prisão cautelar no Brasil

Em conformidade com Machado Cruz (2011) após a independência política do Brasil, e a imposição da Constituição outorgada de 1824, foi previsto no artigo 179 que, exceto nos casos disciplinados em lei, ninguém poderia ser preso sem “culpa formada”, ou mantido na prisão, depois de prestar fiança nas hipóteses cabíveis em lei, e ainda que, em se tratando de crime punível apenas com seis meses de prisão, o réu poderia ser solto sem a necessidade de pagar fiança.

Mas caso se constatasse a “culpa formada”, através das provas até então produzidas, como testemunhos, interrogatórios, e elementos da investigação, uma vez comprovada, esta servia de filtro não só para que a acusação fosse admitida, bem como, para que fosse decretada automaticamente a prisão do acusado. O Código Imperial, também previa a possibilidade de prisão, independente da culpa formada, caso o réu fosse preso em flagrante ou nos crimes em que não coubesse fiança.

Além disso, revela o citado autor que, em 1841, houve a introdução do chamado “policialismo judiciário”, estrutura a qual funcionou na justiça criminal durante trinta anos, onde a própria polícia, prendia, investigava, acusava e pronunciava pessoas acusadas pelas práticas de crimes de menor importância. Por sua vez, o Código Penal de 1941 é fruto de um momento político autoritário que vivia o país, na época do Estado Novo de Getúlio Vargas, e como já dito no capítulo anterior, foi inspirado no modelo italiano, de Mussolini, o que influenciou bastante o regime das prisões cautelares (CRUZ, 2011).

A prisão em flagrante e a preventiva passaram a ter maior amplitude, conforme escrito na própria exposição de motivos do código, em prol de não mais sacrificar o interesse da administração da justiça, sendo também incluída, uma nova hipótese de prisão preventiva, a obrigatória, para os crimes punidos com pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos.

Inclusive, esta prisão obrigatória instituída pelo Código de 1941, foi importada pelo Brasil, diretamente do Código Rocco de 1930, da Itália, que segundo Luigi Ferrajoli (2002), foi

uma invenção fascista que deu à preventiva uma fisionomia nova, de medida de prevenção contra sujeitos “perigosos”, suspeitos, e até mesmo foi usada como uma forma de execução provisória e antecipada da pena. O que implicou em uma presunção absoluta de periculosidade, pouco importando para que se estava decretando a medida cautelar, visto que a própria lei já presumia a culpabilidade do indivíduo, sujeito ao escopo do processo penal.

Posteriormente, em 1977 houve uma reforma, a qual extinguiu por completo o instituto da prisão preventiva obrigatória, alargando a possibilidade de liberdade provisória, ao determinar que o autor de qualquer crime poderia ser posto em liberdade, sem fiança. Assim, ainda segundo o citado autor, após a Constituição Federal de 1988, devido à dificuldade em aprovar um novo projeto de código de processo penal, sucederam-se algumas reformas pontuais, na tentativa de adequar a legislação ao parâmetro constitucional, mas que, por outro lado, lhe conferiu uma aparência de “*Frankenstein*”, visto que passou a sofrer vários remendos (CRUZ, 2011).

Em 2008, foi realizada uma nova reforma no sistema penal, que conforme Renato Brasileiro de Lima (2012) modificou o procedimento do júri, alterou alguns dispositivos do capítulo de provas, mexeu no procedimento comum do Código de Processo Penal, e na espécie de ação penal em crimes contra a dignidade sexual e de injúria racial.

Apesar de todas as modificações, a reforma de 2008 deixou de lado o princípio do contraditório em alguns dispositivos do Código de Processo Penal, como no artigo 155, que na época previa a possibilidade de haver formação do convencimento do magistrado solidificado tanto em elementos judiciais, de prova, quanto em componentes do inquérito policial, mas sem mencionar o contraditório e a influência das partes (NICOLITT, 2011),

Naquele momento, o artigo 156 também recebeu nova redação, passando a autorizar que o juiz pudesse produzir provas e requerer diligências de ofício, transformando o magistrado não apenas em acusador, visto que a produção de provas é de interesse da acusação, mas também em uma espécie de detetive a serviço do Ministério Público.

Por seu turno, a Lei nº 12.403/2011 se preocupou em disciplinar as medidas cautelares, trazendo novas possibilidades (LIMA, 2012), pois, durante muitos anos, o sistema processual penal apenas oferecia ao juiz duas alternativas, ou decretar a prisão cautelar ou conceder a liberdade provisória, o que ficou conhecido pela doutrina como “bipolaridade cautelar do sistema brasileiro”.

Isto porque, se ao acusado não fosse deferido o direito a responder ao processo em liberdade, com ou sem fiança, este era preso cautelarmente até o deslinde do feito, visto que na época apenas existia uma reduzida quantidade de cautelares de natureza pessoal. Todavia, a

reforma de 2011 ampliou de forma significativa o rol dessas medidas, ao prever nove novas espécies diversas a prisão, no artigo 319, do Código de Processo Penal. Viabilizando, assim, que o juiz pudesse escolher a providência mais adequada de acordo com o caso concreto, que poderiam ser usadas de forma isolada ou cumulativa.

Em que se pese ter deixado de existir a chamada “bipolaridade”, passando o juiz a ter novas possibilidades, que não mandar prender ou soltar, necessário ressaltar que apesar do avanço, deve haver parcimônia na decretação das medidas cautelares diversas à prisão. Isto porque, apesar de menos invasivas, elas são um mecanismo de controle sob a liberdade individual, de um sujeito que é considerado presumidamente inocente pela Constituição Federal.

Dessa forma, a liberdade completa, ou seja, sem a imposição de medidas, deve permanecer como regra, não podendo ser abstraído pelo juiz o caráter instrumental dessas cautelares, e muito menos, a condição de sujeito de direitos, do acusado, que em hipótese alguma deverá ter o seu status de indivíduo, subtraído em prol de um ideal de defesa social e segurança da sociedade. Isso, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência, visto que, diante da desnecessidade de se resguardar cautelarmente o processo, vincular à liberdade a uma medida dessas, significa tratar o réu como possivelmente culpado.

Não obstante os avanços trazidos pela Lei nº 12.403/2011 o legislador manteve práticas inquisitivas no Código de Processo Penal, como a possibilidade do magistrado, na fase judicial, decretar medidas cautelares de ofício, ou em caso de descumprimento, também de forma oficiosa, substituir ou impor outra medida cumulada, conforme previa o artigo 282, §§2º e 4º, do CPP (NICOLITT, 2011).

No caso da prisão preventiva, desde que já houvesse sido ajuizada a ação penal, segundo a antiga redação do artigo 311, do CPP, igualmente, era possível a sua decretação de ofício. Para o referido autor, os dispositivos citados eram inconstitucionais, pois estariam violavam os princípios da inércia da jurisdição, imparcialidade do juiz, e do sistema acusatório.

Assim, como inclusive já foi pincelado no capítulo anterior, apenas com a Lei nº 13,964/2019, que foi possível dar um passo em direção a expurgação dos elementos inquisitivos da lei processual penal, a partir da previsão expressa no artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, que adotou o sistema acusatório, e de outras modificações importantes que serão apresentadas ainda neste capítulo.

Todavia, é necessário ressaltar que até o presente momento, a eficácia desse dispositivo (art. 3º-A, do CPP) está suspensa, devido a concessão de uma medida liminar, pelo Ministro

Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal⁶, nas ADIn's de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305⁷. Sobre esse assunto, é conveniente fazer uma reflexão a respeito do que significa na prática, e qual mensagem o Supremo está mandando ao suspender o artigo que oficializou a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro.

Pois bem, por um lado, para aqueles adeptos a uma postura mais inquisitorial e conservadora, essa conduta do STF pode muito bem ser interpretada como um freio à implementação de um processo acusatório, dando margem para que juízes e promotores resistam às garantias processuais penais. Isto porque, como a Constituição Federal não adotou esse sistema expressamente, a liminar muito provavelmente poderá ser usada como argumento de autoridade para justificar a imposição de medidas inquisitoriais, uma vez que, até o momento, fica a mensagem de que nem mesmo a instância superior do Judiciário reconheceu o sistema acusatório.

Por outro lado, partindo-se de uma concepção garantista, e de um olhar constitucionalizado, a suspensão do artigo 3º-A, do CPP, não põe em dúvida que o processo penal brasileiro deve ser regido pelo princípio acusatório. Pois, apesar de não prever expressamente, a Carta Magna dispôs em seu artigo 5º, diversos postulados inerentes ao sistema acusatório, como a presunção de inocência, o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do juiz, e a inadmissibilidade de provas ilícitas.

Isso revela a opção do legislador constituinte por um processo penal acusatório, independentemente de haver previsão expressa ou não, no campo infraconstitucional, visto que, como mencionado anteriormente, é a Constituição Federal a norma reitora de todo o ordenamento jurídico, e o seu texto não deixa dúvidas de que devem ser observados direitos fundamentais e garantias processuais. Não sendo necessário qualquer previsão no Código de Processo Penal, não obstante, se considere importante a criação do artigo 3º-A, do CPP, para não dar margem ao autoritarismo.

⁶Medida Cautelar proferida pelo Ministro Luiz Fuz, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298, que suspendeu a implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal), decisão na íntegra.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>> Acesso em 04 de maio de 2021.

⁷ Portal de Notícias do STF, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, será submetida a referendo do Plenário.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253>> Acesso em 04 de maio de 2021.

3.2 Prisão preventiva: princípios reitores

As medidas cautelares pessoais são regidas por diversos axiomas, merecendo destaque inicial um dos preceitos que orienta não apenas a prisão preventiva, mas todo o direito e o processo penal, que é o Princípio da Legalidade. De acordo com Gustavo Badaró (2011), as prisões cautelares são apenas aquelas previstas em lei, nas hipóteses restritas autorizadas, não existindo modalidades atípicas, e ao contrário do processo civil, no juízo penal, o magistrado não tem poder geral de cautela, sendo assim, não pode decretar medidas não previstas em lei, derivando desta forma o Princípio da Taxatividade das Cautelares.

Estreitamente ligado à legalidade, está o Princípio da Reserva de Jurisdição ou Jurisdicionalidade, que conforme Renato Brasileiro de Lima (2012) condiciona a decretação de toda e qualquer cautelar de natureza pessoal à apreciação e manifestação fundamentada pelo poder judiciário, além disso, não basta qualquer ordem judicial, mas um provimento que observe garantias mínimas, como a independência e imparcialidade do juiz, publicidade, contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição e obrigatoriedade de motivação.

Outro ponto importante é a Dignidade da Pessoa Humana, valor constitucionalmente consagrado como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, como prevê o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, esse princípio é o primeiro limite das medidas cautelares pessoais, pois, por mais que busquem a preservação do processo, essas medidas não podem ser demasiadamente lesivas ao sujeito passivo.

Para André Nicolitt (2011) a dignidade da pessoa humana, enquanto proibição da instrumentalização do indivíduo, impede que o cidadão seja disponibilizado e utilizado apenas como um meio para se alcançar um fim, desta forma, vai haver violação da dignidade quando houver intenção de coisificar ao outro, deixando de considerá-lo como um sujeito de direitos.

Assim, em relação a prisão preventiva e as demais cautelares, apesar destas possuírem natureza instrumental, deve-se tomar cuidado para que o acusado não seja objetificado, principalmente quando se busca justificar restrições a direitos fundamentais em função da comunidade ou humanidade como um todo, assim dizendo, que o sacrifício de um é justificável se for em prol do bem da maioria.

No mesmo patamar, está a Presunção de Inocência, que conforme já mencionado em outras ocasiões, concede ao réu o direito de não ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e possui outras dimensões, como a de norma de tratamento ao acusado (LIMA, 2011) a qual, impõe que a privação cautelar da liberdade somente se justifica de forma excepcional, sendo regra no processo penal, que o sujeito a ele

submetido resposta em liberdade, estando vedadas prisões processuais automáticas ou obrigatórias.

Adentrando em um campo mais específico, merecem destaque alguns princípios que influenciam diretamente as medidas cautelares, principalmente a prisão preventiva, são eles a excepcionalidade, proporcionalidade e provisoriedade. Começando pelo Princípio da Excepcionalidade, que é um desdobramento lógico da presunção de inocência, já que a liberdade é regra no ordenamento jurídico.

Como destaca Machado Cruz (2011), mesmo após a extinção da prisão preventiva obrigatória do ordenamento jurídico brasileiro, manteve-se a ideia de que a liberdade provisória, concedida ao acusado para responder ao processo, a qual muitas vezes é sujeita a outras obrigações, é precária, podendo, portanto, perder sua eficácia a qualquer momento, e assim, ser restabelecida a segregação cautelar. Ainda segundo o citado autor, o termo “liberdade provisória” é criticado por parte da doutrina brasileira, por induzir a ideia de que a liberdade no processo penal seria excepcional, enquanto, na verdade, a exceção é a prisão cautelar.

Por este motivo, que o termo "provisória" só se justificaria no sistema inquisitorial do Código Penal de 1941 e não mais atualmente, justamente por essa razão, que no sistema processual italiano, conforme explica o autor, foi suprimido o adjetivo “provisória” do substantivo “liberdade”, para classificar o estado daquele que se encontra solto diante da ausência de exigências cautelares, pois, é fisiológica a liberdade do sujeito passivo do processo penal.

No tocante ao Princípio da Proporcionalidade, este orienta o juiz para que analisando o caso concreto, possa decidir qual medida aplicar, isto porque, as cautelares estão localizadas numa área de tensão, onde de um lado está o interesse da sociedade de repressão de delitos e do outro os interesses individuais de liberdade (NICOLITT, 2011).

Tipicamente, a doutrina subdivide o axioma em três subprincípios: o primeiro é a Adequação, que nada mais é do que exigir que as medidas adotadas pelo poder público sejam aptas a alcançar os objetivos desejados; o segundo é a Necessidade ou Exigibilidade, o qual significa que antes de decretar a cautelar, deve-se verificar se não existe outro meio menos gravoso para obter o mesmo resultado; por fim, a Proporcionalidade em sentido estrito, que impõe que o magistrado faça uma ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para concluir se é realmente justificável interferir da esfera dos direitos do indivíduo.

Como evidencia Gustavo Badaró (2011) o juiz também deverá observar se há proporcionalidade entre a cautelar e a possível pena a ser aplicada, ou ainda, se ao final do processo haverá possibilidade de ser executada uma pena de reclusão. Pois, se a prisão

preventiva ou qualquer outra cautelar pessoal for mais gravosa do que a pena que se espera aplicar, a restrição perde totalmente seu caráter instrumental e acessório, e não está mais servindo ao processo.

Finalmente, o Princípio da Provisoriedade, conforme destaca Machado Cruz (2011), informa que toda cautelar tem um caráter provisório, isso significa que, a prisão preventiva jamais pode se tornar definitiva, pois foi estruturada para ser instrumental ao processo de conhecimento e temporária. Além disso, uma vez decretada, a todo tempo estará sujeita a uma nova verificação, seja para sua substituição, por uma medida menos gravosa, ou sua revogação, quando cessado o motivo que a justificou.

Por isso que, a prisão preventiva, e qualquer outra cautelar, apenas se justificam) na situação pontual de emergência a qual se apoiaram, devendo deixar de ser aplicadas quando for alcançado o resultado almejado no processo ou se por algum outro motivo se tornar desnecessária (LIMA, 2012).

Desta forma, devem ser temporalmente limitadas todas as medidas cautelares pessoais sendo regidas também pelo Princípio da Precariedade, pois, uma vez que o réu é amparado pela presunção de inocência, não pode haver antecipação da pena. Ainda, qualquer outra limitação à sua liberdade individual, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deverá ser estritamente necessária e transitória, devido ao seu caráter instrumental (NICOLITT, 2011).

3.3 A Lei nº 13.964/2019 e a prisão preventiva: uma análise dos avanços e regressos

Como já pincelado no capítulo anterior, a Lei nº 13.694 de 2019, que ficou conhecida como “Pacote Anti Crime”, entrou em vigor em janeiro de 2020, e realizou significativas mudanças na legislação penal, e processual, especialmente no campo da prisão preventiva. As medidas cautelares estão disciplinadas no Título IX do Código de Processo Penal “da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória”, que começa no artigo 282 e vai até o artigo 350, do CPP, e a partir deste momento serão apresentadas as principais mudanças e críticas, no campo da cautelares, especificamente na preventiva.

Iniciando a análise pelo artigo 282 do Código de Processo Penal que dá os principais direcionamentos, não apenas para a prisão preventiva, mas a todas as medidas cautelares, ao afirmar que ao serem aplicadas deverão observar os princípios da necessidade, adequação ao caso concreto, e as circunstâncias do fato, e que também poderão ser aplicadas de forma isolada e cumulativa:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

A novidade começa a partir do § 2º, do artigo 282, do CPP, que finalmente extinguiu um forte elemento inquisitorial ao suprimir a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva (e qualquer outra medida cautelar) de ofício na fase judicial, deixando apenas a requerimento das partes, e assim, reforçou a opção do legislador pelo sistema acusatório. Com a alteração o texto passou a dispor que: “§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”.

Além disso, foi nesse espírito acusatório que o Princípio do Contraditório passou a ser previsto como regra no âmbito das medidas cautelares, pelo § 3º, do artigo 282, do CPP, o qual passou a dispor que antes do magistrado decidir sobre qualquer pedido de cautelar, deverá intimar a parte contrária para que se manifeste em até cinco dias. Apenas excepcionalmente, nos casos em que a urgência ou o perigo de ineficácia da medida forem demonstrados na decisão de forma fundamentada, é que poderá decidir o juiz sem o prévio contraditório:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.

Assim como não é mais permitido ao juiz decretar cautelares de ofício, da mesma forma, em caso de descumprimento de alguma medida previamente imposta, o juiz não tem mais a possibilidade de substituir, cumular ou decretar a preventiva de ofício, devendo se abster de agir enquanto as parte não apresentarem requerimento. É o estabelecido no artigo 282, §4º, do CPP: “§4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código.”

Na forte influência do raciocínio acusatório, que é preservar cada vez mais a imparcialidade do juiz, impedindo que este tome atitudes de forma oficiosa dentro do processo, e assim, assegurando uma verdadeira separação das funções de julgar, acusar e defender.

Apenas foi mantida a atuação de ofício por parte do magistrado para revogar as medidas cautelares, e neste caso, não é necessário esperar a manifestação das partes para fazê-lo.

Conforme o artigo 282, § 5º, do CPP: “O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

Ademais, também recebeu nova redação o §6º, do artigo 282, do CPP, ao disciplinar com mais completude o Princípio da Excepcionalidade da prisão preventiva, não apenas colocando-a como *ultima ratio* das medidas cautelares pessoais, mas consagrando de forma expressa a necessidade de ao aplicá-la, justificar fundamentadamente, individualizado de acordo com o caso concreto.

Ao disciplinar isso, o legislador processual penal deixa implícito que não há mais lugar para argumentos genéricos, vagos, e abstratos, a partir deste momento, a preventiva só poderá ser aplicada desde que esgotadas todas as medidas cautelares diversas da prisão e de acordo com as particularidades de cada caso:

§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada.

Também é importante mencionar algumas mudanças no artigo 310 do Código de Processo Penal, pois pela primeira vez o *caput* passou a prever expressamente a realização da audiência de custódia, após o juiz receber a auto de prisão em flagrante, na presença do acusado, seu defensor e de um membro do Ministério Público:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

Sendo assim, agora está mencionado de forma expressa em lei a obrigatoriedade da realização da audiência de custódia após a prisão em flagrante, onde na oportunidade o juiz analisará o auto de prisão, e decidirá conforme os incisos I, II ou III, do art. 310, do CPP. Assim, se verificar que o flagrante foi ilegal, relaxará a prisão; poderá converter o flagrante em preventiva se estiverem presentes os requisitos e caso cautelares diversas se mostrarem ineficazes; ou também poderá conceder liberdade provisória com ou sem fiança:

Nestes termos, o art. 310, incisos I, II e III, do CPP: “I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art.

312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.”

O teor do antigo parágrafo único do art. 310, do CPP, sobre a possibilidade do magistrado conceder liberdade provisória caso verifique que o acusado agiu amparado em uma das excludentes de ilicitude do artigo 23, incisos I, II, ou III, do Código Penal, foi mantido, mas no formato de §1º, dentro do art. 310, do CPP:

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Contudo, em divergência ao pensamento acusatório até então adotado, o legislador regrediu ao prever uma hipótese de prisão em flagrante obrigatória no §2º, do art. 310, do CPP, quando afirmou que o flagranteado que for reincidente ou integrar organização criminosa armada ou milícia, ou estiver portando arma de fogo de uso restrito, deverá ter negada a liberdade provisória, com ou sem a imposição de medidas cautelares:

Nesse sentido, o § 2º, do art. 310, do CPP: “§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.”

Na concepção de Aury Lopes Júnior (2020) este dispositivo representa um grande retrocesso, além de ser inconstitucional, pois fere o princípio da presunção de inocência, e cria uma hipótese em que é vedada a concessão da liberdade provisória, visto que se traduz em uma espécie prisão provisória obrigatória, a qual fere o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante.

Ainda ressalta o autor que, em outras situações semelhantes, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucionais regras que vedavam a concessão da liberdade provisória⁸, como por exemplo, no Recurso Extraordinário (RE) 1038925⁹, com repercussão geral

⁸Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, concedeu ordem ao **HC nº 104.339/SP**, declarando a inconstitucionalidade de parte do artigo 44, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes. O relator, Min. Gilmar Mendes, votou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de parte do artigo 44, da lei nº 11.343/2006 e os ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Celso de Mello, e presidente, ministro Ayres Britto, acompanharam o relator. Em divergência, os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, votaram pela constitucionalidade da norma.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>>. Acesso em 28 de abril de 2021.

⁹Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1038925, em Plenário Virtual, reafirmou sua jurisprudência pela da inconstitucionalidade de regra prevista na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) que veda a concessão de liberdade provisória a presos acusados de tráfico, a decisão teve repercussão geral reconhecida.

reconhecida, onde o STF reafirmou sua jurisprudência, no sentido de considerar inconstitucional a expressão “liberdade provisória” do caput do artigo 44, da Lei de Drogas, nº 11.343/2006, o qual negava que esta fosse concedida a presos acusados pelos delitos de tráfico, previstos no artigo 33, caput, e §1º, e nos artigos 34 a 37 da lei nº 11.343/2006.

Apesar do retrocesso no §2º, do art. 310 do CPP, foram promovidos alguns avanços nos §§ 3º e 4º, deste mesmo dispositivo, que demonstram a seriedade do legislador no que diz respeito a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia dentro de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante.

Os §§ 3º e 4º, do artigo 310, do CPP, passaram a dispor, respectivamente, a possibilidade de responsabilização nas esferas administrativa, civil e até penal, da autoridade que sem motivo idôneo der causa a não ocorrência da audiência de custódia, dentro do prazo previsto em lei, o que também enseja a ilegalidade da prisão em flagrante, que deverá ser relaxada, sem prejuízo da sua conversão em prisão preventiva:

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.

Destaca-se que o §4º está com a sua eficácia suspensa devido a liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux¹⁰, do Supremo Tribunal Federal, nas ADIn's de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305¹¹, mencionadas anteriormente.

3.3.1 Requisitos da prisão preventiva: o que mudou, e o que deixou a desejar

Adentrando nos dispositivos específicos sobre a prisão preventiva, não obstante a previsão no artigo 282, § 2º do CPP. O artigo 311 do CPP, em sua nova redação reforça que

Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354431> > Acesso em: 04 de maio de 2021.

¹⁰Medida Cautelar proferida pelo Ministro Luiz Fux, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298, que suspendeu a implantação do juiz das garantias e seus consectários (Artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do Código de Processo Penal), decisão na íntegra.

Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf> > Acesso em 04 de maio de 2021

¹¹Portal de Notícias do STF, o ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) que instituem a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar, proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, será submetida a referendo do Plenário.

Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253> > Acesso em 04 de maio de 2021.

não há mais como o juiz decretar a preventiva de ofício, devendo sempre esperar o requerimento das partes, até mesmo quando for caso de flagrante, deste modo, não poderá converter em preventiva de ofício: “Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.”

Nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, estão localizados os requisitos para a decretação da prisão preventiva. Começando pelo artigo 312, o qual prevê que esta pode ser imposta se presentes um desses fundamentos: para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Além disso, também devem estar presentes o *fumus comissi delicti* (fumaça da prática de um delito) e o *periculum libertatis* (perigo decorrente do estado de liberdade do imputado):

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima (2012), o requisito do *fumus comissi delicti* diz respeito a probabilidade do direito de punir, e de que o fato praticado foi criminoso, uma vez constatados por elementos informativos que demonstram a prova da materialidade e indícios de autoria ou participação no delito. Já o *periculum libertatis*, representa o perigo concreto gerado pelo estado de liberdade do sujeito passivo, seja para a realização da investigação criminal, ou ao processo, ou à efetividade do direito penal.

Em relação aos fundamentos previstos no caput artigo 312 do CPP, “garantia da ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”, apenas é necessária a presença de um deles para decretar a prisão preventiva.

Começando pela garantia da ordem pública, esta justificativa será analisada de forma mais profunda em um capítulo específico, mas, adianta-se que a expressão “ordem pública” (BADARÓ, 2011) possui conteúdo indeterminado, e dentro dela cabem diversos significados, como comoção social, clamor público, repercussão na mídia, periculosidade do acusado, gravidade do crime, credibilidade da justiça, e essa ausência de definição põe em risco a liberdade individual. Segundo o autor, prender para “garantir a ordem pública” não tem a ver com preservar uma situação para assegurar a eficácia do processo, mas sim antecipar efeitos práticos da pena.

No tocante a garantia da ordem econômica, para André Nicolitt (2011) este fundamento estava associado a condutas disciplinadas no artigo 20 da Lei nº 8.884/1994, que foram revogadas pela lei nº 12.529/2011: “I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante”.

Para o autor, assim como a ordem pública, decretar a prisão preventiva para garantir a ordem econômica, transcende o objetivo de tutelar a efetivação do processo, o que desvirtua a função da prisão preventiva, e acaba servindo como antecipação da condenação penal, controle social, prevenção geral ou específica, que são objetivos da pena, e violam a presunção de inocência, tornando esse fundamento inconstitucional, aos olhos do jurista.

Por sua vez, a conveniência da instrução criminal (LIMA, 2012) busca impedir que o acusado prejudique ou impeça a produção de provas, o que serve ao processo, pois visa a liberdade na elaboração probatória. Assim, para que a prisão preventiva seja decretada nesse caso, deverá haver indícios concretos de que o réu está intimidando, ameaçando testemunhas ou peritos, não bastando o medo destas; ou que está destruindo, adulterando documentos; ou de qualquer outra forma perturbando a apuração correta dos fatos e o andamento da instrução.

Além disso, para o autor, o juiz, antes de impor a medida, deverá verificar se não existem outras cautelares menos gravosas que possam alcançar o mesmo objetivo, como a proibição de manter contato com determinada pessoa, do artigo 319, inciso III, do Código de Processo Penal, e caso decretada a preventiva, vez encerrada a instrução processual, ou até mesmo após ouvida a testemunha que foi ameaçada, deverá o juiz revogar a prisão, por não persistir mais a situação fática a qual a ensejou.

Outro fundamento que pode ser usado pelo magistrado, é para assegurar a aplicação da lei penal, para Gustavo Badaró (2011) a imposição da medida nesse caso é para evitar que diante da fuga do acusado seja frustrada a execução de uma futura sanção. Para isso, deve haver indícios concretos de que réu está se preparando para fugir, que vão além da sua situação financeira.

Como por exemplo, comprar passagem aérea para exterior, se desfazer de todos os seus bens imóveis, esvaziar suas contas bancárias, tirar passaporte. Aqui não vale a mera suspeita ou receio, nem mesmo o fato de o sujeito já ter fugido, pois pode tê-lo feito para evitar sua submissão a uma prisão que julgou ser ilegal, e que estava sendo impugnada judicialmente.

Além disso, foi transformado em §1º, o antigo parágrafo único do artigo 312 do CPP, que afirmava que a prisão preventiva poderá ser decretada em caso de descumprimento de cautelares anteriormente impostas: Assim, segundo o §1º, do artigo 312 do CPP: “ A prisão

preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)”.

Ademais, outro importante avanço que merece destaque foi a introdução do §2º, no artigo 312 do CPP, o qual passou a exigir não apenas a devida fundamentação da decisão que decretar a prisão preventiva, mas acima de tudo, que seja demonstrada a contemporaneidade dos motivos ensejadores da cautelar. Melhor dizendo, deverá o juiz apontar concretamente na motivação, conforme as provas dos autos, os fatos novos e contemporâneos que tornam necessário recolhimento do acusado:

Deste modo, segundo o §2º, do artigo 312 do CPP “A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada”. Esse dispositivo representa um progresso importante para evitar que a prisão preventiva seja imposta ou mantida de forma genérica, e baseada apenas em situações fáticas pretéritas, o que reforça também seu caráter precário e instrumental, apenas a serviço do processo, logo, se deixarem de ser atuais os motivos que a justificaram, deverá ser prontamente revogada.

No artigo 313, incisos I ao III, e § 1º, do Código de Processo Penal, encontram-se os requisitos objetivos para a decretação da prisão preventiva, estes não são cumulativos, bastando apenas um deles estar presente. Assim, caberá a cautelar para os crimes dolosos, punidos com pena máxima, privativa de liberdade, superior a 4 (quatro) anos, dessa forma, não sendo possível nos casos de crimes culposos, independente da pena, e nem nos dolosos, punidos com pena máxima inferior a quatro anos, ou nos casos em que couber a substituição por penas restritivas de direito.

Ainda, será aplicada a prisão preventiva ao réu que for reincidente na prática de crime doloso, independente da pena máxima em abstrato ou se for punida com pena privativa de liberdade. Além disso, nos crimes de violência doméstica ou familiar praticado contra mulher, criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência, poderá ser imposta a preventiva para assegurar a execução de medida protetiva previamente decretada. Ou seja, se houver sido descumprida ou tiver risco concreto de que não será respeitada.

Por fim, será possível prender o indivíduo preventivamente, quando não for possível identificá-lo civilmente, devendo, no entanto, ser solto imediatamente após sua identificação criminal:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:
I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Outro avanço que deve ser destacado é a inclusão do § 2º ao artigo 313, do CPP, o qual reforça o caráter instrumental da prisão preventiva, e a sua verdadeira função, que é tutelar o processo de conhecimento, ao prever de forma expressa a vedação ao uso desta cautelar com o objetivo de antecipar a execução da pena, ou até como uma espécie de prisão obrigatória, apenas decorrente do início de uma investigação criminal ou do recebimento da denúncia:

Nos termos do artigo 312, § 2º, do CPP: “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.”.

Por sua vez, o artigo 314 do Código de Processo Penal reforça o entendimento já fixado no 310, §1º, ao vedar que seja decretada a prisão preventiva caso o juiz verifique que o agente praticou o fato amparado em uma das excludentes de ilicitude do artigo 23, incisos I, II, ou III do Código Penal: “Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal”.

Uma mudança importante no campo da necessidade de fundamentação da preventiva, que merece destaque, é a do artigo 315 do Código de Processo Penal, que na redação anterior apenas previa que a decisão que decretar, substituir ou denegar a medida deveria ser sempre motivada. Com a reforma, o legislador demonstrou sua seriedade em relação à qualidade da fundamentação necessária para impor a cautelar, e quanto a sua provisoriedade, ao afirmar novamente, no §1º a necessidade de indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a medida:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

Além disso, no §2º, do art. 315 do CPP, o legislador fez questão de destacar nos incisos I ao VI, que não é considerada fundamentação adequada para decretar a preventiva, aquela que não dialogar com o caso concreto, que não for individualizada, como por exemplo, a decisão que limitar-se a indicar dispositivo de lei, ou empregar conceito jurídico indeterminado sem explicar o porquê, ou fazer uso de motivos que estariam aptos para justificar qualquer outra decisão:

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Destaca-se que o legislador avançou nos artigos anteriores, ao impedir que o magistrado decreta a preventiva de ofício, ainda dispôs no artigo 316, caput, do Código de Processo Penal, que de maneira oficiosa o juiz pode revogar a preventiva, sem precisar das partes: “Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.”

Todavia, da observação atenta do art. 316, do CPP, houve um movimento em contramão à postura acusatória até então adotada, onde o próprio legislativo se contradiz, e retroage, ao prever no final do *caput*, artigo 316, do CPP, que o juiz poderá decretar novamente a preventiva (de ofício), se surgirem novos motivos ensejadores. Além disso, não se deve perder de vista, que esse mesmo artigo pode ser usado para impor medidas cautelares de ofício, contradizendo os artigos 282 e 311, do CPP, o que demonstra a dificuldade de se retirar por completo o ranço inquisitorial da legislação penal, sempre havendo uma ressalva disfarçada de evolução.

Ainda por cima, nesse mesmo espírito de evidenciar a provisoriedade da prisão preventiva, como já apontado anteriormente, na tentativa de fazer com que o magistrado não deixe o preso cautelar ao esquecimento, foi acrescentado um parágrafo único ao artigo supracitado, que impõe ao juiz um novo dever, o de revisão das preventivas decretadas, a cada

noventa dias, para verificar se ainda persistem os motivos que a autorizaram, sob pena de nulidade da prisão:

Nesse sentido, o Artigo 316, parágrafo único, do CPP: “Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal”. Desta forma, a partir dessa mudança, o juiz passa a exercer de ofício controle de legalidade sobre essas decisões, tendo que revisá-las periodicamente, sob penas delas serem consideradas ilegais.

Vale dizer que, apesar dos grandes avanços dessa lei, principalmente em todas as ocasiões em que reforçou o caráter provisório das medidas cautelares, especialmente na prisão preventiva, destacando a necessidade do requisito da contemporaneidade, como o fez nos artigos 312, §2º e 315, §1º, e no artigo 316, parágrafo único, do CPP, quando impôs ao magistrado a obrigação de revisar suas decisões a cada noventa dias. Não obstante, o legislador perdeu intencionalmente ou não, uma importante chance de definir um prazo máximo de duração para a preventiva.

De acordo com Aury Lopes Júnior (2020), como a preventiva apenas tutela uma situação fática pontual, esta deve ser temporária, e essa falta de definição de um prazo específico é um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro, pois reina a indeterminação quanto sua duração. Assim, mais uma vez não ficou resolvida a questão do excesso de prazo da prisão preventiva, apesar de o autor ter considerado o artigo 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, como um importante passo nessa direção.

Antes de concluir, cumpre olhar de forma comparativa para países vizinhos na América Latina, como fez o Procurador de Justiça Rômulo Moreira (2018) no Uruguai, que sofreu uma reforma no Código de Processo Penal, pela lei nº. 19.293, de 19 de dezembro de 2014, que entrou em vigor em novembro de 2017. Onde foi possível sair com sucesso de um sistema inquisitorial e implementar um modelo processual acusatório, o qual é, público, essencialmente oral, onde tudo é preparado para se resolver em audiência, com um contraditório transparente, e um juiz verdadeiramente imparcial.

Pela experiência do procurador, mudar a legislação é apenas um começo, mas que por si só não basta, sendo imprescindível uma mudança política, jurídica e cultural, para que efetivamente haja uma transformação no processo penal. Substituir um código por outro não faz com que se modifique a prática jurídica, devendo os juízes, promotores e defensores se encarregarem dos seus papéis no sistema acusatório. Ao passo que no processo penal brasileiro

existe uma mentalidade autoritária, onde os juízes se comportam como inquisidores e os promotores têm uma visão avessa do que é garantismo penal.

Em relação a Lei nº 13.964/2019, apesar de alguns avanços, é visível que ainda existe um *mind set* inquisitorial robusto, onde ao mesmo tempo em que avança dois passos, retroage um, basta olhar para como ficou conhecida, “Pacote Anti Crime”.

Essa denominação revela o comprometimento do legislador em resolver o “problema” da impunidade, que é um perfil de direito penal efficientista¹², o qual acredita em leis mais endurecidas atreladas a um poder judiciário que busca prender mais, e de forma rápida. Assim, é propagada uma relegitimação do sistema penal (ANDRADE, 2006) sob o pretexto de que o problema está na “crise de eficiência”, pois não se combate à criminalidade de forma efetiva já que o sistema não é repressivo o bastante, sendo preciso, criminalizar mais, penalizar mais, aumentar os aparatos policiais, judiciários, e penitenciários.

Logo, a Lei nº 13.964/2019, não supera a herança inquisitorial, nem gera um novo paradigma de processo penal, pois editada em um contexto globalizado, pós democrático, neoliberal, punitivista, duplamente excludente (SCHINDLER FILHO, 2019), ainda mentem a mentalidade que tira do Estado o dever de viabilizar minimamente a ascensão do indivíduo, e lida com as consequências da exclusão de forma repressiva, usando da violência estatal.

¹²Segundo Hugo Leonardo Santos (2015, p. 251-280) o Efficientismo Penal, como conceitua Alessandro Barata, é o movimento de tornar a resposta punitiva mais célere e eficaz, e assim, suprimindo direitos e garantias processuais.
SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Estudos Críticos de Criminologia e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

4. CONTRAPONTO: O TRÁFICO E O ENCARCERAMENTO EM MASSA

No último capítulo foi necessário fazer um estudo mais aprofundado acerca do instituto da prisão preventiva, da sua natureza excepcional, provisória, dos requisitos legais e das alterações feitas pela Lei nº 13.964/2019, para uma melhor compreensão acerca dessa medida cautelar, uma vez que, o objetivo desse trabalho é analisar a fundamentação usada pelos magistrados ao decretarem essa modalidade de prisão, usando a garantia da ordem pública.

Tudo isso, para que neste momento fosse possível adentrar em outro núcleo importante desta monografia, que é o crime de tráfico de drogas, pois, o intuito final é examinar decisões que decretaram a prisão preventiva neste crime específico. Mas, antes, é fundamental compreender mais sobre esse tipo penal, o que é a “guerra às drogas”, de que forma ela vem sendo usada ao longo da história brasileira, e como isso reverbera na percepção que a sociedade, mídia, e autoridades policiais e judiciais, têm do crime de tráfico de drogas, e até que ponto isso propicia o encarceramento em massa.

4.1 A política da guerra às drogas no Brasil

De acordo com Luciana Boiteux (2006), as normas penais mais rigorosas que previam a imposição de pena de prisão para o crime de tráfico de drogas, apenas surgiram após 1914, com a chamada onda de toxicomania que invadiu o Brasil, e deu início ao modelo sanitarista de criminalização de entorpecentes. Antes disso, nas Ordenações Filipinas, não havia previsão acerca da incriminação específica de determinadas substâncias, apesar de tratar um pouco sobre a regulamentação de algumas delas, ao proibir, ter em casa, ou vender, ópio, rosalgar ou outro material venenoso, sem ser boticário ou ter autorização.

Conforme a autora supracitada, tão pouco tinha importância o assunto na época, que nem mesmo o Código Criminal do Império de 1830, previu qualquer norma tipificadora de entorpecentes. Tão somente em 1915, após a promulgação da Convenção de Haia sobre o Ópio (1912) no Brasil, que foi editado o Decreto nº 4.294/21, o qual, pela primeira vez na história brasileira, referenciou expressamente substâncias entorpecentes, citando cocaína, ópio e seus derivados, e cominando pena de prisão de um a quatro anos àquele que vendesse ou ministrasse alguma dessas substâncias sem ter autorização.

Ainda segundo Luciana Boiteux (2006), no governo de Getúlio Vargas, após os insatisfatórios resultados da política de repressão às drogas, foi editado o Decreto nº 20.930/32, que passou a prever um rol com as intituladas substâncias entorpecentes, dentre elas, a cannabis, cocaína e ópio, além disso, foram incluídos diversos verbos ao tipo penal de tráfico

de drogas, como também houve aumento da pena máxima, que passou a ser de cinco anos, com a possibilidade de cumulação de pena de multa.

Para o autor Salo de Carvalho, (2016) esse movimento de pluralidade de verbos nas incriminações, e o endurecimento das punições, passou a ilustrar um novo modelo de gestão, o repressivo, que foi adotado pela política criminal de drogas a partir das leis criminalizadoras (Decretos nº 780/36 e nº 2.953/38), e da adoção do modelo internacional da Convenção de Genebra de 1936, pelo Decreto nº 891/38, que regulamentou sobre o tráfico, o consumo, e as substâncias entorpecentes que passaram a ser consideradas proibidas.

Apesar desse impulso em direção à luta contra as drogas, consoante Luciana Boiteux (2006, p. 140), com o Código Penal de 1940, o Brasil ainda era uma sociedade majoritariamente rural, com pequenas cidades, e a questão das drogas ainda não tinha destaque na mídia, muito menos era objeto de qualquer preocupação social, visto que, os crimes registrados eram em sua maioria, de homicídio, furto, apropriação indébita e estelionato.

Com isso, em seu artigo 281 foi mantida a mesma pena de um a cinco anos, multa, e os verbos tipificados eram, importar, exportar, expor à venda, fornecer, transportar, trazer consigo, ter em depósito, ministrar, guardas, entregar a consumo, dentre outros. (RODRIGUES, 2006) Todavia, não mais existia na legislação penal um rol de substâncias entorpecentes, optando o legislador pela técnica da norma penal em branco, o que indica, segundo a autora, uma intenção de realizar um controle mais rígido desse comércio, pois foi atribuído mais poder às autoridades, e se tornou flexível a alteração da lista de substâncias entorpecentes

Contudo, o ingresso do Brasil no cenário internacional de repressão às drogas, apenas se dá depois da instauração da ditadura militar, nesse panorama ditatorial, dentro de um contexto em que o mundo estava bipolarizado devido à guerra fria, havia ocorrido uma expansão no consumo de drogas, surgindo contraculturas e movimentos de protesto político. Nessa conjuntura, o golpe de Estado alinhou o modelo sanitário ao bélico, e assim começou a surgir a doutrina da segurança nacional (SILVA, 2016).

Foi justamente a promulgação da Convenção Única de Entorpecentes de 1961, pelo Decreto nº 54.216/64 (RODRIGUES, 2006) que representou o comprometimento do Brasil em aplicar a política internacional de combate às drogas, passando a intensificar a repressão, saindo do modelo sanitário para o modelo bélico de política criminal. Esse recrudescimento, para a autora, foi mais um exagero do Regime Militar, que na verdade visava aumentar o controle sobre a população por meio da ampliação da repressão contra o consumo de drogas, um exemplo disso foi o Decreto Lei nº 385/68, que equiparou a conduta de usuário ao traficante.

Após esse período, de acordo com Orlando Zaccone (2007) assim como nos outros países da América do Sul, o Brasil importou dos Estados Unidos, o discurso médico-jurídico, o qual diferente da ideologia usada até então, fazia distinção entre usuários e traficantes. Mas, apesar disso, a legislação da época ainda equiparava as duas condutas, de usar e traficar. Tanto era que, o Decreto Lei nº 385/68 estabelecia a mesma sanção para traficante e usuário, mas com a influência do discurso médico-jurídico, foi editada nova Lei nº 5.726/71, que deixou de considerar o usuário como criminoso, mas sim como dependente, enquanto o traficante era visto como “mau” e “delinquente”.

Segundo o citado autor, é a partir dos anos 70 que passar a haver uma verdadeira declaração de “guerra às drogas”, seguida de uma grande explosão dos movimentos de Lei e Ordem nos anos seguintes, fazendo com que o traficante fosse visto e tratado como o inimigo da sociedade, ao passo que, aos usuários era oferecido multa ou tratamento médico compulsório. Nesse espectro, o consumo de substâncias entorpecentes começou a ser tratado como uma questão de segurança nacional, pois era visto como um “vírus contagioso”, e esse pensamento foi importado pelo Brasil.

Ainda sobre esse momento, o autor Salo de Carvalho (2016) retrata que esse processo de redefinição do “inimigo interno” a ser combatido, o traficante, foi formado por uma complexa rede de reafirmação de estereótipos, alinhada a uma distribuição seletiva e arbitrária de etiquetas, papel esse desempenhado não só pelas agências de controle penal, mas com importante atuação dos meios de comunicação, tudo isso amparado pelas campanhas de Lei e Ordem.

Falando desses estereótipos, revela Orlando Zaccone (2007) que o baixo nível de escolaridade, uma posição indefinida no mercado de trabalho, e deficiências de socialização familiar, aparecem como características desfavoráveis, que no caso dos crimes relativos a drogas tinham peso para distinguir o consumidor do traficante, sendo em muitos casos, o desemprego ou o subemprego a única “prova” da traficância, visto que um desempregado não teria condições de adquirir uma substância entorpecente para uso pessoal.

No final da década de 70, segundo Luciana Boiteux (2006) o país passou por uma transição, sendo editada a Lei nº 6.368/76 que compilou a matéria de drogas apenas em uma legislação especial, adequando o tema às normas e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. No momento de passagem para a abertura democrática, pouco se alterou na legislação de drogas, merecendo destaque a Lei nº 6.416/77, que criou os três regimes de cumprimento, e a suspensão condicional da pena, o que acabou beneficiando o usuário, e

humanizando a execução da pena, tendo a progressão de regime sido aplicada ao delito de tráfico de drogas até o ano de 1990.

De acordo com Leonardo Marcondes Machado (2016) com a Constituição Federal de 1988, que ficou conhecida como “constituição cidadã”, o paradigma proibicionista não apenas foi mantido, como reforçado. Foi implementado um modelo criminalizador bastante repressivo em relação ao crime de tráfico de drogas, equiparando-o à categoria de crimes hediondos, passando então a ser inafiançável, e insuscetível de graça ou anistia, e assim, a constituição democrática deixou nítido a escolha do traficante de drogas ilícitas como inimigo estatal.

Nesse passo, segundo o autor, surge a chamada “Lei dos crimes hediondos” (lei. 8.072/90), que instrumentalizou a “guerra às drogas” ao estabelecer a vedação à anistia, graça, indulto; e que o regime de cumprimento de pena aos condenados por tráfico de drogas fosse inicialmente fechado. Inclusive, essa questão foi posteriormente apreciada pelo Plenário Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 111840¹³, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, o qual entendeu que o dispositivo (parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90) contrariava a Constituição Federal, especificamente no seu artigo 5º, inciso XLVI que trata do princípio da individualização da pena.

Dessa maneira, no início do século XXI, a política criminal contra às drogas no Brasil atinge um tipo de protecionismo moderado, se por um lado a conduta de usuário é praticamente despenalizada, do outro, contra o traficante foram reforçadas as penas e as condições de encarceramento, o que levou a superlotação das prisões (RODRIGUES, 2006).

Por fim, a atual Lei de Drogas (lei nº 11.343/2006), conforme Azevedo e Hypolito (2016) direcionou o usuário para o tratamento, aplicando o discurso médico sanitarista e abolindo a pena privativa de liberdade que era prevista no artigo 16 da antiga lei de drogas (lei nº 6.368/76). Um dos maiores destaques foi essa suposta despenalização do consumo de substâncias entorpecentes, de modo que deixou de ser possível aplicar pena de prisão para o usuário (artigo 28, da lei 11.343/2006), o qual apenas pode ser submetido a penas restritivas de direitos, ou uma advertência, mesmo em casos de reincidência.

¹³ O julgamento do **Habeas Corpus (HC) nº 111840**, teve início no Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 14 de junho de 2012, na ocasião, cinco ministros se pronunciaram pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90: Dias Toffoli (relator), Rosa Weber, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Em sentido oposto, três ministros pronunciaram: Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, entendendo pelo indeferimento da ordem. Na sessão do dia 27 de junho de 2012, o julgamento foi finalizado, com o voto dos os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ayres Britto, que acompanharam o voto do relator, ministro Dias Toffoli, sendo concedida ordem ao HC, para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=210893>> Acesso em 28 de abril em 2021.

Inclusive, essa mudança no tratamento legal ao usuário, levou a uma discussão sobre a possível descriminalização do porte de entorpecentes para uso pessoal. Desse modo, a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, através do *Leading Case*, o Recurso Extraordinário nº. 635.659¹⁴, que propôs a descriminalização da conduta de usuário, do artigo 28, da lei 11.343/2006. A matéria ganhou Repercussão Geral em 2011, sob o tema nº 506 – “Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal”, que está sob a Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, mas em quase dez anos de tramitação, o julgamento ainda não foi concluído.

Além disso, a lei 11.343/2006, possibilitou uma redução de pena para o condenado por tráfico privilegiado (artigo 33, §4º, da lei 11.343/2006) sendo prevista uma causa de diminuição de um terço a dois terços (AZEVEDO; HYPOLITO, 2016). Inclusive, em 23 de junho de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, ao julgar o Habeas Corpus (HC) nº 118533¹⁵, que estava sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia, definiu o entendimento de que o intitulado “tráfico privilegiado”, do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que comporta redução de pena, não deve ser considerado como crime hediondo.

O crime de tráfico privilegiado, prevê a possibilidade de redução das penas para o réu primário, que possui bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. O tribunal entendeu que esta modalidade é incompatível com a qualificação de hediondez do delito definido no caput, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, e que a equiparação do tráfico minorado aos crimes hediondos configura flagrante desproporcionalidade.

Em contrapartida, com relação ao crime de tráfico de drogas, a lei fortaleceu as punições, justificando-se pelo discurso do proibicionismo, havendo um considerável aumento de pena no artigo 33, “caput”, da lei 11.343/2006, que elevou a pena mínima de três para cinco anos, podendo atingir ao patamar máximo de quinze anos de reclusão, ou seja, praticamente

¹⁴ O Recurso Extraordinário nº. 635.659, sob o tema nº 506 – “**Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal**”, discute à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.”

Disponível

em:

<

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506#>> Acesso em 28 de abril de 2021.

¹⁵ No julgamento do **HC nº 118533**, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos concedeu a ordem ao Habeas Corpus, fixando o entendimento de que o crime de "tráfico privilegiado", do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, não tem natureza hedionda. Nesse sentido votou a relatora, ministra Cármen Lúcia, que foi acompanhada pelos ministros Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Teori Zavascki, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Ficaram vencidos os ministros Dias Toffoli, Luiz Fux e Marco Aurélio, que reconheceram como hediondo o crime de tráfico privilegiado.

Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638>> Acesso em 28 de abril de 2021.

impossibilitando qualquer outra resposta punitiva que não fosse o encarceramento, o que revela o caráter repressivo desta legislação.

4.2 O traficante de drogas: o estigma social e suas repercussões

Como explicitado anteriormente, foi a partir dos movimentos de Lei e Ordem que surgiu a visão do traficante como inimigo da sociedade, de acordo com Orlando Zaccone (2007) no imaginário social, através do discurso do medo, essa figura é representada como um homem ou uma mulher, perigosos, incivilizados, desprovidos de quaisquer limites morais, e extremamente violentos, que ganham imensas quantias às custas da desgraça alheia, devendo ser enjaulados para serem contidos.

Essa fábula do traficante como um ser cruel, membro de uma organização paramilitar que busca destruir o Estado e as instituições democráticas, não se mostra real, segundo o autor citado acima, a realidade daqueles que são escolhidos para ingressar no sistema penal é bem diferente, visto que, em sua maioria são desarmados e não violentos, mas, a mídia, no chamado “combate à violência”, cria uma verdadeira presunção de conduta agressiva daqueles que são enquadrados pelo crime de tráfico de drogas.

Todavia, é preciso saber diferenciar a figura do "narcotraficante", presente em roteiros cinematográficos, caracterizado por ser um homem extremamente rico, poderoso, violento e organizado, que possui um negócio hierarquizado, de distribuição e venda de substâncias entorpecentes, pois ele está mais presente em filmes do que nas penitenciárias (GOMES, 2016).

O que o autor chama de “massa de manobra” do sistema penal, são os “alvos fáceis”, as “figuras carimbadas”, os “varejistas” da droga, homens e mulheres pobres, desempregados, que moram nas periferias, e experimentam na pele as consequências da exclusão social, por este motivo, são candidatos da criminalização secundária, objeto da repressão policial, e desse funil, dificilmente escapam os estereotipados.

Segundo Luciana Boiteux (2019) não é possível falar sobre a política de drogas e o seu reflexo no encarceramento em massa sem levar em conta a questão racial, uma vez que, a maioria da população brasileira é negra, que ocupa as classes sociais mais vulnerabilizadas e a maior parte das penitenciárias. Não obstante o mito da democracia racial e da cordialidade do brasileiro, o racismo estrutural no Brasil, se destaca com a política criminal de “guerra às drogas”, que é uma guerra contra pessoas negras, os quais a única política social disponível é a de violência estatal, escondida atrás da função declarada, proteger a saúde pública.

Deste modo, o funil da criminalização não filtra apenas por classe social, mas especialmente por raça, de acordo com Eduardo Ribeiro (2018), a política proibicionista de drogas é apenas um exemplo de uma estrutura de injustiças e violência, que faz parte até os dias atuais, da experiência negra, caracterizada pelo contato desde a infância com o enterro precoce dos seus entes queridos, pela familiarização com o vocabulário do “homicídio” e da “chacina”, e pela vivência em territórios praticamente de guerra.

O Poder Judiciário é formado em sua maioria por juízas e juizes brancos, e como a Lei nº 11.343/2006 não dá critérios seguros para diferenciar usuário de traficante, fica na mão dos policiais e magistrados um alto poder discricionário, sujeito à filtros sociais e raciais (RODRIGUES, 2019). De modo que, sujeito branco, que mora em bairro nobre, vai ser colocado no máximo em prisão domiciliar, enquanto o jovem negro, da favela vai ser preso em flagrante por tráfico, sem direito à liberdade provisória. Assim, na prática a política de drogas é marcada por gênero, raça e classe social, e o traficante, é estereotipado como um jovem, negro, facilmente selecionado nas periferias, ao passo que, as classes mais privilegiadas são imunizadas pela sua branquitude.

Um exemplo da seletividade do racismo estrutural na prática, se extrai do Relatório das Audiências de Custódia em Salvador/BA, feito pela Defensoria Pública do Estado da Bahia¹⁶, entre setembro de 2015 a 2019, a partir da análise de 22.946 prisões em flagrante, traçou o perfil social do flagranteado, que corresponde a um homem (94%) negro (98,5%), jovem (67,6%), com ensino fundamental incompleto (58%) e com renda inferior a 2 (dois) salários mínimos (98,7%).

Complementa Rubens Casara (2015, p. 38-39) que legislador, ao estabelecer as políticas criminais das drogas, diferenciando consumidor, “dependente químico”, do traficante, “criminoso”, não considerou a pobreza, e o desemprego estrutural que assolam o Brasil, que muitas vezes fazem com que o comércio varejista de entorpecentes pareça atraente para o jovem negro das favelas. Assim, realiza a criminalização primária, o que reforça a seletividade do sistema penal, que sempre foi voltado ao controle social das camadas mais pobres da população.

Em verdade, o traficante apenas reproduz um valor promovido pela sociedade individualista, voltada para o consumo e ao acúmulo de riqueza, mas ao mesmo tempo, é o “bode expiatório” onde são depositados todos os problemas sociais, e esse estigma que carrega,

¹⁶ Relatório das audiências de custódias em Salvador/BA: ano 2019. /Defensoria Pública do Estado da Bahia. - 1ª. ed. - Salvador: ESDEP, 2020, p. 01/71.
Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2020/10/sanitize_relatorio-audiecc82ncias-de-custodia-salvador-20192.pdf_291020-120915.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

tira do usuário a sua parcela de culpa, e a capacidade de se responsabilizar pelo seu próprio vício, visto que os traficantes não os forçam a consumir drogas (VALOIS, 2017).

Essa perspectiva repercutiu na atual lei de drogas (lei nº 11.343/2006), que nas palavras de Rubens Casara (2015) é uma lei esquizofrênica, pois apesar de estar inserida dentro de um modelo de redução de danos/riscos, e reconhecer a necessidade de uma abordagem multidisciplinar, aposta na repressão para combater o tráfico, insistindo na estratégia de “demonização” do traficante, com o acentuado aumento de pena que foi aplicado à conduta.

Sobre a lei nº 11.343/2006, ressalta Salo de Carvalho (2016) que se verifica, entre as condutas de usuário (artigo 28, da lei nº 11.343/2006) e traficante (artigo 33, da lei nº 11.343/2006), a inexistência de tipos penais intermediários, havendo uma desproporção no tratamento, o que é constatável pela disparidade das penas aplicadas, sendo projetado no artigo 33, dezoito condutas dúbias que integram o tipo penal de tráfico de drogas, enquanto, no artigo 28, de usuário, existem apenas tem cinco verbos:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas;

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

De acordo com Orlando Zaccone (2007) com a edição da lei nº 11.343/2006, entra em vigor um paradigma de crescimento do poder punitivo, com um notório aumento do encarceramento, pelas dezoito condutas descritas no tipo penal de tráfico de drogas. Reforçando, assim, o discurso médico jurídico, à medida que, direciona para os usuários à prevenção e um modelo de política criminal de descriminalização, enquanto aos traficantes, é aplicado uma repressão rigorosa, sendo submetidos a uma estrutura seletiva e punitivista. Sobre esse sistema, Salo de Carvalho (2016, p. 22) afirma que:

Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito.

O que é configurado como tráfico de drogas (VALOIS, 2017), e pode culminar em até quinze anos de reclusão, é a conduta daquelas pessoas, que sem pormenorizar, tiveram contato

com uma substância ilícita ou em desacordo com a legislação. Essa generalização do tipo penal, que no mínimo prejudica o princípio da legalidade, segundo o autor, é resultado de um direito usado como medida de polícia, e foi estabelecida para facilitar a punição de quem se aproxima das substâncias entorpecentes, se afastando completamente do papel da lei penal, enquanto instrumento limitador do poder de punir estatal.

Desta forma, esse panorama (CASARA, 2015) que parte da premissa de que o direito penal é capaz de solucionar o problema do consumo e comércio de substâncias entorpecentes, impede que se concretize de fato um paradigma de redução de riscos, além de desconsiderar completamente que os danos provocados pela política criminal de “guerra às drogas” são muito maiores do que aos da conduta que se visa reprimir.

É extremamente desproporcional encarcerar um indivíduo por ele entrar para o comércio informal de determinada substância, visto que a conduta apenas consiste numa compra e venda voluntária e espontânea, numa transação comercial, quando existem outros crimes que ofendem efetivamente a terceiros, e não são puníveis com pena de prisão (VALOIS, 2017).

Na realidade, nas palavras do mencionado autor, o traficante apenas se torna violento pois está na clandestinidade, devido à proibição, o que faz com que ele não usufrua dos aparatos estatais para defender o seu comércio e disputar com outros comerciantes, recorrendo assim, a meios ilícitos. Mas, como na ideologia do proibicionismo, o traficante é visto como um ser violento que leva o mal para dentro da sociedade, se insiste no agravamento das sanções para solucionar a questão das drogas ilícitas.

4.3 A criminalização do tráfico de drogas e o encarceramento em massa

De acordo com o Banco Nacional de Monitoramento de Prisão (BNMP), do Conselho Nacional de Justiça¹⁷, atualizado em 2021, a população carcerária brasileira é de 902.548, excluindo o número de pessoas internadas que é de 2.510. Considerando o número total de indivíduos submetidos ao sistema penitenciário brasileiro (902.548), 94, 57% é composto por homens (853.538), e apenas 5,43% é formado por mulheres (49.010).

Dentro deste número (902.548), extrai-se que 409.553 são de presos provisórios, e que 492.995, são os que já foram condenados (sendo que 294.524 estão em execução definitiva e 198.471 estão em execução provisória). Os dados acima entregam o tipo de direito penal que

¹⁷ Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNP), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

existe no Brasil, que, atualmente, tem a terceira maior população carcerária do mundo (902.548), apenas atrás dos Estados Unidos (2,1 milhões) e da China (1,7 milhões)¹⁸

Para Marcelo Semer (2019) com a promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiu uma legislação penal nada compatível com o Estado Democrático de Direito, se mostrando como um direito penal simbólico que prioriza a “eficiência” sobre a salvaguarda de direitos fundamentais. Assim, andam juntos a potência do poder penal e a afeição ao autoritarismo, se revelando nos constantes inadimplementos de garantias constitucionais, onde o atraso convive com a modernidade, e no chamado “pós-moderno repressivo”, que segundo Semer é o movimento gradual no qual, sob a influência de ideologias populistas e punitivistas, promove o endurecimento da legislação.

Outro dado bastante relevante está no site do SISDEPEN - Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional¹⁹, atualizado até o primeiro semestre de 2020 (janeiro a junho), o qual disponibilizou uma estatística que considerou uma população de 717.322 presos, sob a tutela do sistema penitenciário. No qual, o crime de tráfico de drogas, foi constatado como a segunda maior causa das prisões, extrai-se que 32,39% (232.341) representa os que foram presos por crimes previsto nas Leis de Drogas (lei nº 6.368/76 e 11.343/06), ficando apenas atrás dos crimes contra o patrimônio, que correspondem a 38,65% (277.263) dos casos.

Essa situação demonstra como as políticas de combate ao tráfico influenciadas pelos discursos conservadores de tolerância zero e expansão da punição, se tornaram um dos principais instrumentos da política brasileira de aprisionamento, estando a “guerra às drogas” estreitamente ligada ao encarceramento em massa (ROSA; RIBEIRO JÚNIOR; LEMOS, 2016).

De acordo com Luciana Boiteux (2006) muito foi, e continua sendo gasto sob a justificativa de combater o “inimigo interno”, principalmente com a ampla mobilização da polícia, o que leva ao aumento da população prisional, e assim, vai sendo fortalecida e ganhando ainda mais espaço a indústria de controle do crime. Quanto mais traficantes são presos, mais isso contribui com a economia das prisões, e para o lucro daqueles responsáveis por elaborar leis mais repressivas, afinal, vive-se em um direito penal da eficiência.

Um importante instrumento da “guerra às drogas” é a força policial, que exerce uma função importante no processo de criminalização secundária. Segundo Orlando Zaccane (2007)

¹⁸ Informação disponível em <<https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em 20 de abril de 2021.

¹⁹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - (SISDEPEN). Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>>. Acesso em 20 de abril de 2021.

esta é a ação punitiva que se exerce sobre pessoas, desde a investigação até aplicação e execução de uma pena, que necessariamente é estabelecida através de uma seleção punitiva.

Pois, segundo o autor, uma vez que não é possível prender todas as pessoas que praticam um determinado crime, cabe às agências policiais escolherem entre a inatividade ou a seleção. Desta forma, a atuação da magistratura e do Ministério Público são delimitadas pela ação da polícia, que acaba decidindo quem vai ser processado e julgado criminalmente, e assim, as autoridades policiais controlam a atividade do judiciário, visto que, em regra, não há denúncia sem inquérito policial.

Complementa Luciana Boiteux (2006) que apesar dos juízes imaginarem que tem um grande poder, porque são responsáveis por julgar a aplicar a pena, na realidade, isso só acontece graças ao policial que efetua a prisão, fazendo assim, o primeiro julgamento. Além disso, mesmo quando comunicado do flagrante, o magistrado acaba dependendo do testemunho do agente responsável pela prisão para saber como esta ocorreu, visto que, geralmente é a única testemunha arrolada pelo Ministério Público.

Deste modo, nas palavras da autora, vez que a autoridade policial faz a seleção dos casos que chegam ao conhecimento do judiciário, se sucede um ciclo vicioso que contribui para a superlotação, em detrimento dos pequenos traficantes, enquanto os grandes ficam impunes. É dessa maneira que a criminalização das drogas, como ilustra Luís Carlos Valois (2017, p. 326) deixa a cargo de quem tem o poder, a escolha daquele que deve ser perseguido, e têm o azar de serem presos, os “bodes expiatórios” do poder punitivo.

Complementa o autor que, apesar das drogas serem consumidas em sua maioria, pela elite da sociedade, que não só consome, como trafica e usufrui os lucros resultantes do comércio, não é dessa camada social que o sistema penitenciário está lotado. Na realidade, o policial não entra em uma mansão luxuosa da mesma forma em que entra numa casa na periferia, há uma clara discricionariedade que se exerce sobre a camada mais vulnerabilizada da população, os “escolhidos” pela seleção punitiva.

Inclusive, de acordo com Orlando Zaccone (2007), uma das consequências da “guerra às drogas” é a criminalização da pobreza, pois tem como alvo o setor mais fraco do tráfico ilícito de entorpecentes, basta olhar para a maioria dos presos pelo comércio ilegal de drogas, são os chamados “sacoleiros”, “mulas”, que tiram um lucro insignificante em relação ao negócio como todo, e quando são detidos com as substâncias proibidas, em grande parte sequer portavam um revólver. Mas são esses que são classificados como sujeitos menos úteis e potencialmente perigosos para a população.

Como complementa Eduardo Ribeiro (2018), o combate ao tráfico repercute na criminalização das relações sociais adjacentes, que sofrem da violência excessiva usada pelos agentes de segurança, mas o real objetivo não é o desmonte do comércio ilícito de drogas. Uma vez que, concentram os recursos em ações ostensivas nas periferias, enquanto, “ignoram” as outras formas de organização do comércio ilícito de drogas, nas camadas mais ricas da sociedade, onde há extensões de terra para o plantio das substâncias entorpecentes, e até fábricas de armas.

Dentro da engenhoca do encarceramento em massa, o magistrado é outra figura que comumente se confunde com um agente de segurança pública, consoante Marcelo Semer (2019) a percepção de que o juiz possa de alguma forma dar segmento ao trabalho dos policiais militares, civis ou promotores, destoa completamente da função jurisdicional, de julgar o conflito como um terceiro, distante e imparcial. Todavia, este acaba agindo na função de “combater” o tráfico de drogas, o que gera mais encarceramento, e conseqüentemente, mais decretação de prisões cautelares, mais condenações, penas maiores e regimes de cumprimento mais gravosos.

Não obstante, reforça Luís Carlos Valois (2017) juízes e tribunais se comportam como soldados de uma guerra, acreditando que conseguem combater o tráfico ilícito de drogas com decisões e interpretações rigorosas, quando ao contrário, acabam legitimando esses tipos penais. O autor cita as condutas de “trazer consigo” e “ter em depósito” substâncias entorpecentes, que se enquadram no tipo penal de tráfico, afirmando que tamanha é a necessidade do Estado de tornar o poder de punir cada vez mais discricionário, que parte da jurisprudência tem entendido como desnecessária a comprovação de dolo de comércio para tipificar o crime, havendo uma presunção de tráfico, não apenas pela polícia, mas também pelo Ministério Público e com o aval do judiciário.

Também merece destaque a questão da prisão preventiva, com a edição da Lei nº 11.343/06, foi disposto no artigo 44, que para os crimes previstos nos artigos 33 e § 1º (tráfico de drogas) e 34 a 37, seria proibida a concessão de liberdade provisória: “Art. 44. Os crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Isso configurou a imposição de uma prisão cautelar obrigatória para todos aqueles que fossem presos em flagrante pelo crime de tráfico de drogas, essa previsão permaneceu surtindo efeitos até o ano de 2012, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou o HC

104.339/SP²⁰, que estava sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, e por maioria de votos concedeu parcialmente a ordem para um homem que havia sido preso em flagrante, no ano de 2009, por tráfico de drogas, e havia tido vedada a liberdade provisória devido ao dispositivo legal.

Assim, foi reconhecida em plenário a inconstitucionalidade de parte do artigo 44, a Lei nº 11.343/06 que vedava a concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes, por violar o princípio constitucional da presunção de inocência, e retirar do magistrado a oportunidade de, analisando o caso concreto, avaliar se estão presentes os pressupostos para a decretação da prisão preventiva.

Não obstante, a prisão preventiva neste delito continua sendo uma realidade bastante recorrente, no Relatório das Audiências de Custódia em Salvador/BA, realizado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia²¹, entre setembro de 2015 a 2019, foram analisadas um total de 22.946 prisões. Nesse período, os juízes do Núcleo de Prisão em Flagrante do Tribunal de Justiça, concederam de liberdade provisória em 51,4% dos casos (11.769) e decretaram a prisão preventiva para 40,1% (9.181) do total de flagrantes analisados. Inclusive, nos crimes da Lei de Drogas (lei nº 11.343/2006) houve concessão de liberdade provisória em 50,1% dos casos e decretação de preventiva em 33,8%.

Ressalte-se que, apenas no ano de 2019, foram analisadas 5.153 prisões em flagrante, sendo que é de 2.112, o número de casos em que foi decretada prisão preventiva, e neste recorte, em 99,7% das vezes em que essa medida foi imposta, observou-se que a manutenção da ordem pública foi fundamento para decretação da prisão preventiva, e que apenas 0,3% das prisões possuíram outros motivos para o seu decreto. Ademais, em 2019, nos crimes da Lei de Drogas (lei nº 11.343/2006) houve concessão de liberdade provisória em 51,5% dos casos e a decretação de preventiva em passou para 41,2%.

²⁰ Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, concedeu ordem ao **HC nº 104.339/SP**, declarando a inconstitucionalidade de parte do artigo 44, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes. O relator, Min. Gilmar Mendes, votou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de parte do artigo 44, da lei nº 11.343/2006 e os ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Celso de Mello, e presidente, ministro Ayres Britto, acompanharam o relator. Em divergência, os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, votaram pela constitucionalidade da norma.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>>. Acesso em 28 de abril de 2021.

²¹ Relatório das audiências de custódias em Salvador/BA: ano 2019. /Defensoria Pública do Estado da Bahia. - 1ª. ed. - Salvador: ESDEP, 2020, p. 01/71.

Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2020/10/sanitze_relatorio-audiecc82ncias-de-custodia-salvador-20192.pdf_291020-120915.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

Assim, no campo da “guerra às drogas” o Estado é o combatente, enquanto o traficante é visto como apenas um objeto a ser controlado ou até exterminado, nessa perspectiva, a prisão acaba sendo um dos principais instrumentos do mecanismo de controle social. No caso da prisão preventiva, constantemente são combinados o fundamento legal da garantia da ordem pública, com o conceito vago de saúde pública, que é o bem jurídico tutelado pela lei de drogas e um dos principais argumentos do proibicionismo (MACHADO, 2016).

Segundo o autor, a junção dessas cláusulas tem fundamentado diversos abusos no sistema judicial brasileiro, pois são definições indeterminadas usadas para abarcar muitos casos, dando razão a uma verdadeira arbitrariedade disfarçada de ilegalidade, que nada tem de cautelaridade, mas sim de direito penal do inimigo²², no caso, o traficante.

Importante ressaltar que, são completamente irregulares (MASSON; MARÇAL, 2019) as prisões preventivas decretadas com base em uma presunção de perigo à ordem pública, pois, isso faz com que percam sua natureza excepcional e provisória, fazendo as vezes de uma prisão obrigatória. Então, quando diante do caso concreto, o juiz deve elencar as circunstâncias específicas que indiquem a necessidade da prisão cautelar, não sendo fundamento adequado às consequências terríveis que o tráfico de drogas produz na sociedade, nem que a privação cautelar da liberdade do acusado é de interesse público.

Sendo assim, para que a prisão preventiva seja decretada de forma regular (MARCÃO, 2015) não basta a mera indicação genérica dos requisitos legais, mas, é preciso que a decisão seja fundamentada, de modo a indicar no caso concreto, a presença de cada um dos requisitos autorizadores, além de demonstrar porque as medidas diversas à prisão, previstas nos artigos 319 e 320, do Código de Processo Penal, não são suficientes para satisfazer as exigências cautelares do processo.

Diante o exposto, é possível constatar que a “guerra às drogas”, foi aos poucos sendo incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, influenciada, principalmente, pelos ideais de segurança nacional que surgiram após o regime militar, dando forma, a um estereótipo obscuro,

²² Consoante César de Faria Júnior (2010) o termo “Direito Penal do Inimigo” é um conceito que foi desenvolvido por Günther Jakobs, a partir de 1945, quando este começou a estabelecer uma diferença entre o Direito Penal do Cidadão, o qual respeita a esfera da liberdade, e o “Direito Penal do Inimigo”, que prioriza a proteção a bens jurídicos em detrimento do infrator, que deixa de ser tratado como uma pessoa. Assim, para o direito penal do inimigo, definido por Jakobs, o indivíduo desviante, que frustra as expectativas da norma seria merecedor de um direito penal que flexibilize suas garantias enquanto cidadão, sendo classificado como inimigo do direito. Segundo Jakobs, as principais características do direito penal do inimigo, são o amplo adiantamento da punibilidade, o aumento desproporcional das penas, e a relativização ou supressão de direitos e garantias fundamentais. FARIA JÚNIOR, César. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 2010. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10711> > Acesso em 04 de maio de 2021

que foi massivamente espalhado pelos meios de comunicação, e constantemente validado pelo legislativo, judiciário e pelas autoridades policiais.

De modo que, o indivíduo enquadrado pelo crime de tráfico de drogas, dificilmente vai ser julgado apenas pela sua conduta concreta, uma vez que vai ser submetido a uma “peneira” que de antemão, seleciona, raça, gênero e classe social, para depois decidir qual vai ser a imputação, se por usuário ou traficante. Além disso, tamanha é a “contaminação” ao redor do crime de tráfico de drogas, que o indivíduo sob esta acusação passa a ser visto como a principal causa da violência que assola a sociedade, mas que é legitimada pelo próprio Estado no combate às drogas.

Por conta deste estigma, o fundamento da ordem pública, que comumente é usado nas decretações de prisão preventiva, nos crimes de tráfico de drogas, será objeto de análise do próximo capítulo, para que ao final desta monografia, seja realizado um estudo de decisões judiciais.

5. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

No decorrer da presente monografia, buscou-se trabalhar conceitos fundamentais para a compreensão do tema, passando nos dois primeiros capítulos pela noção de sistema inquisitório, acusatório e os princípios inafastáveis ao Estado Democrático de Direito, para que então, pudesse ser abordada a prisão preventiva, seus requisitos e a Lei nº 13.964/2019, a partir de um olhar constitucional.

Como este trabalho objetiva analisar a fundamentação usada pelos juízes ao decretar a preventiva, pela garantia da ordem pública, nos crimes de tráfico de drogas, no capítulo terceiro foi necessário estudar a temática relativa à “guerra às drogas”. Adentrando no seu histórico, nas mudanças legislativas, na construção do estereótipo do traficante perante a sociedade, e às autoridades policiais, e judiciais, e no impacto dessa política punitivista no encarceramento em massa, de pessoas negras das camadas mais vulnerabilizadas da população.

Neste ponto, antes de passar para o estudo de casos, é de extrema relevância se debruçar no fundamento da ordem pública, desde a necessidade de motivação das decisões judiciais, passando pela sua origem, conceito, perspectiva constitucional e ligação com o aprisionamento em massa.

5.1 Porque um capítulo sobre fundamentação

A necessidade de motivação é um princípio constitucional, corolário do sistema acusatório, previsto no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna de 1988, o qual dispõe que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade:

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Com o advento da Lei nº 13.694 de 2019, o legislador infraconstitucional dispôs sobre o que não pode ser considerado como fundamentação, no artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal, não apenas para a decisão que impor a prisão preventiva, mas para qualquer manifestação judicial, seja interlocutória, sentença ou acórdão:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.
§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Deste modo, positivou, no campo do processo penal um rol de hipóteses que sozinhas, são incapazes de fundamentar uma decisão judicial. Este § 2º, do artigo 315, do CPP, é praticamente uma cópia do artigo 489 do Código de Processo Civil, mas, que foi um importante acréscimo, visto que, representa um óbice às decisões genéricas, que são bastante comuns no campo da prisão preventiva. Segundo o artigo 312, do Código de Processo Penal, poderá ser motivada a medida, pela garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Fazendo uma leitura do artigo 312 combinado com o artigo 315, § 2º, ambos do CPP, é possível chegar ao entendimento de que para decretar a prisão preventiva, não basta a mera indicação dos requisitos dos artigos 312 e 313, do CPP, sem explicar em que medida esses dispositivos normativos incidem no caso concreto.

Da mesma forma, também não pode ser considerada fundamentação, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como por exemplo, dizer que o fato criminoso colocou em risco a ordem pública, sem demonstrar concretamente. Ou ainda, mencionar genericamente, que existem indícios suficientes de autoria, materialidade, e que por isso, há perigo gerado pelo estado de liberdade do acusado, assim, decretando a prisão preventiva. Pois, depois da reforma, ficou muito mais evidente que o juiz ao proferir uma decisão deve conectar os motivos ensejadores com elementos do caso concreto.

Segundo Luiz Regis Prado e Diego Santos (2018), a motivação das decisões judiciais é uma das garantias mais difíceis de serem cumpridas no direito brasileiro, visto que há definições abarcadas pela garantia da ordem pública praticamente impossíveis de serem completadas sem algum salto argumentativo, havendo diversos casos de decisões que afrontam o dever de motivar. A prisão preventiva não pode ser decretada, apenas com a mera repetição de texto legal, sem os dados do caso concreto, e com a abertura conceitual deste fundamento, sempre haverá um risco de que a prisão se apoie em subjetividades, possibilidades e suposições.

Acerca da indispensabilidade de motivação, o Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, se manifestou apontando que uma decisão fundamentada é aquela que faz uma individualização, perante o caso concreto, sendo insuficiente, apenas a indicação de artigos de lei. Com relação ao fundamento da ordem pública, o tribunal superior já afirmou que deve ser apoiado em fatos e não em acontecimentos que possam vir a acontecer futuramente. Nesse sentido, já se pronunciou o Ministro relator, Marco Aurélio²³:

PRISÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO. O pronunciamento judicial em que implementada a prisão preventiva ou negada a liberdade provisória há de fazer-se individualizado, ante o caso concreto, e fundamentado, mostrando-se imprópria a alusão genérica aos artigos que a disciplinam. PRISÃO PREVENTIVA – ORDEM PÚBLICA – SUBJETIVISMO. A busca da proteção da ordem pública deve estar calcada em fatos, descabendo potencializar o subjetivismo e, à mercê de capacidade intuitiva, imaginar acontecimentos futuros. (...)

(HC 124681, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 13-04-2015 PUBLIC 14-04-2015)

Nesse acórdão, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski²⁴, foi negado provimento a um Agravo Regimental do Ministério Público, em um caso de um suposto delito de tráfico de drogas, sendo reconhecido que a prisão preventiva apenas deve ser aplicada como *ultima ratio*, quando não se mostrarem suficientes as medidas cautelares diversas. Sobre a fundamentação, verificou-se que a gravidade abstrata do crime, não é considerada como motivação suficiente para o recolhimento do acusado, sendo ainda apontado a inexistência de elemento concreto que evidencie a necessidade da prisão:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA RECLAMAÇÃO. (...) PROCESSO PENAL. MEDIDAS CAUTELARES. PRISÃO PREVENTIVA. CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. (...) MANUTENÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR E OUTRAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - A melhor doutrina e a jurisprudência desta Suprema Corte são uníssonas em afirmar que a prisão preventiva constitui sempre a *ultima ratio*, devendo ser aplicada apenas quando as medidas cautelares diversas da custódia não se revelarem eficazes para contornarem o *periculum libertatis* (CPP, art. 282, § 6º). (...) IV - A gravidade abstrata do crime não justifica, por si só, a decretação da detenção cautelar. Precedentes. V - A apreensão de ínfima quantidade de entorpecentes (272g), pequena quantia em dinheiro (R\$ 569,00), nenhuma arma de fogo e ausência de relatos na denúncia que evidenciem a gravidade concreta ou ações violentas da suposta organização criminosa, permitem

²³ HC nº 124681/SP, relator Min. Marco Aurélio, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado dia 14/04/2015, a Turma concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Roberto Barroso. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber.

Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur300469/false>>. Acesso em 05 de maio de 2021.

²⁴ Rcl 41387 ED-AgR / SP, relator Min. Ricardo Lewandowski, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado dia 25 de fevereiro de 2021, a Turma, por maioria, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Edson Fachin. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441031/false> >. Acesso em 05 de maio de 2021.

a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, acompanhada de outras medidas cautelares diversas da prisão. VI – Agravo regimental a que se nega provimento. (Rcl 41387 ED-AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 08/02/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 24-02-2021 PUBLIC 25-02-2021)

No tocante a utilização de fundamentação genérica para decretar a preventiva, o Ministro relator Luís Roberto Barroso²⁵, sedimentou que não pode ser considerada motivação idônea, argumentos genéricos e abstratos, que não indicam elementos concretos para amparar o decreto prisional. Ainda apontou que o réu era tecnicamente primário, sem antecedentes, o que autorizava o deferimento de uma prisão domiciliar:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. PRISÃO DOMICILIAR. 1. O decreto prisional do paciente é genérico e não está embasado em dados objetivos reveladores da gravidade concreta da conduta ou mesmo em elementos individualizados que evidenciem risco efetivo de reiteração delitiva. 2. A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade (HC 136.296, Rel^a. Min.^a Rosa Weber). 3. Paciente tecnicamente primário, sem antecedentes, condenado, em primeira instância, à pena mínima, no regime semiaberto, pelo tráfico de 6,57 g de maconha. Circunstâncias que autorizam o deferimento de prisão domiciliar. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 183620 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 18/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 25-08-2020 PUBLIC 26-08-2020)

Outro acórdão bastante interessante, que merece menção, é o de relatoria do Ministro Edson Fachin, redigido pelo Ministro Gilmar Mendes²⁶, no qual se fortaleceu o entendimento de que em um processo democrático, orientado por princípios constitucionais, é inaceitável que a liberdade seja restringida sem a fundamentação amparada em elementos concretos, sendo reconhecida a violação ao princípio da presunção de inocência. Além disso, ficou registrado que é ilegítimo o decreto prisional fundado em riscos presumidos, sem dados contemporâneos:

Penal e Processual Penal. (...) 4. Prisão preventiva sem fundamentação em elementos concretos. Em um processo penal orientado pelos preceitos democráticos e em conformidade com as disposições constitucionais, não se pode aceitar que a liberdade seja restringida sem a devida fundamentação em elementos concretos. 5. Ilegitimidade da justificação do periculum libertatis. Riscos presumidos de reiteração e de fuga não

²⁵ HC nº 183620 AgR /MG, relator Min. Luís Roberto Barroso, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado dia 20 de agosto de 2020, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429766/false>>. Acesso em 05 de maio de 2021.

²⁶ HC nº 152676 AgR / PR, relator Min. Edson Fachin, redator, Min. Gilmar Mendes, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado no dia 03 de agosto de 2020, a Turma, por maioria, conheceu do agravo e deu-lhe provimento para conceder a ordem de habeas corpus e revogar a prisão decretada em desfavor do paciente, em substituição, determinou a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, na forma do art. 319 do CPP, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, redator para o acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Cármen Lúcia, Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428885/false>> Acesso em 06 de maio de 2021.

amparados em elementos concretos. Ilegitimidade de decreto prisional motivado em presunções, sem embasamento em elementos concretos. Violação à presunção de inocência. Incompatibilidade com os preceitos constitucionais e convencionais e com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. 6. Ausência de contemporaneidade. 7. Suficiência das medidas cautelares diversas. 8. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva e impor medidas cautelares diversas. (HC 152676 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 09/04/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 31-07-2020 PUBLIC 03-08-2020)

Desta forma, observa-se que a questão da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, é tão importante que não apenas foi alçada como princípio constitucional, como também foi positivada no artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal.

Além disso, é amplamente pacífico não apenas na doutrina, o que vai ser discutido nesse capítulo, mas na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que sedimentou em diversas sessões, que uma decisão que decretar a prisão preventiva deverá ser individualizada, apontando de forma motivada quais elementos do caso concreto justificam a segregação, bem como, evidenciando porque as outras medidas cautelares são insuficientes para o caso.

5.2 Ordem pública: origem no Brasil, conceito e desdobramentos

A primeira Constituição brasileira, de 1824 (PRADO; SANTOS, 2018) não chegou a fazer nenhuma menção à ordem pública, a expressão apenas apareceu no ordenamento jurídico anos depois, com a Constituição de 1891, que no artigo 72, § 8º, que assegurou a associação e reunião com permissão de intervenção policial para a proteção da ordem pública, que posteriormente foi revogado pela Emenda Constitucional de 1926. Na seara penal, nem o Código Penal do Império de 1830, ou Código de Processo Criminal de 1832 trataram sobre o termo em seus dispositivos.

Na Lei Fundamental de 1937, segundo os citados autores, houve menção à ordem pública no artigo 122, que tratava sobre direitos e garantias individuais, e dos limites da liberdade e do exercício de culto. Poucos anos depois, do Código de Processo Penal de 1941, tratou sobre a expressão no artigo 313.

Ainda segundo Luiz Regis Prado e Diego Santos (2018) sob profunda influência do *Codice Rocco* (1930), a codificação brasileira de 1941, que nasceu sob o sustentáculo de um regime igualmente totalitário, e estabeleceu a possibilidade de se decretar a prisão preventiva pela garantia da ordem pública, com o evidente propósito de aumentar as hipóteses de prisão cautelar. Ao passo que, na Europa os códigos do pós-guerra fizeram limitações aos casos em

prol da liberdade, enquanto no Brasil, se espalharam diversos significados de ordem pública, gerando grande dificuldade de limitar o termo.

A Constituição de 1946, previu no artigo 141, §7º, a inviolabilidade de consciência e crença, assim como, o direito ao seu exercício, mas limitados caso ferissem à ordem pública ou os bons costumes, o que também foi previsto pela carta constitucional de 1967, no artigo 150, §5º (PRADO; SANTOS; 2018). Consoante os citados autores, a atual Constituição, de 1988, menciona a ordem pública algumas vezes, mas nenhuma delas ligada ao processo penal, como por exemplo no artigo 144, o qual dispõe que a segurança é um direito fundamental de todos, sendo um dever do Estado, especificamente dos órgãos de polícia, zelarem pela ordem pública.

Por fim, desde o seu primeiro aparecimento, a ordem pública sempre serviu como um “botão de emergência” (PRADO; SANTOS; 2018), para o Estado e as polícias intervirem na esfera dos direitos individuais, quando entendiam a violação desde postulado, e se antes o uso dessa expressão era esporádico, nos dias atuais tem sido cada vez mais frequente

No tocante o conceito de ordem pública, para Aury Lopes Júnior (2020) existe um grave problema no decreto de prisão preventiva pela garantia da ordem pública, pois trata-se de um termo jurídico indeterminado, vago, impreciso, sem qualquer referencial semântico, que acaba servindo à discursos autoritários, que fazem uso de cláusulas genéricas para fazer valer seus atos prepotentes.

O Supremo Tribunal Federal há algum tempo atrás já tentou definir o conceito de ordem pública, limitando-a um trinômio: periculosidade do agente, gravidade do delito e repercussão social, como neste acórdão do HC nº 84498, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa²⁷:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. GRAVIDADE DO DELITO. REPERCUSSÃO SOCIAL. ORDEM DENEGADA. Ao se decretar prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, deve-se necessariamente examinar essa garantia em face do binômio gravidade do delito e repercussão social, o que foi feito pelo decreto de prisão da paciente. A gravidade do delito, de per si, não pode ser utilizada como fundamento da custódia cautelar. Porém, no presente caso, o crime foi de enorme repercussão em comunidade interiorana, além de ter ficado evidenciada a periculosidade da paciente, fatores que são suficientes para a manutenção da custódia cautelar.

(HC 84498, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 14/12/2004, DJ 03-06-2005 PP-00047 EMENT VOL-02194-02 PP-00323)

Mas, essa falta de definição faz com que sob este pretexto caiba qualquer fundamento fático argumentativo (GIACOMOLLI, 2013) como a credibilidade do Poder Judiciário, da

²⁷ HC nº 84498/BA, relator Min. Joaquim Barbosa da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado dia 03 de junho de 2005, a Turma, por votação majoritária, indeferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator, vencidos a Min. Ellen Gracie e o Presidente Min. Carlos Velloso. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87086/false>>. Acesso em 26 de maio de 2021.

justiça, das instituições; ou para abrandar os altos índices de criminalidade; dar uma resposta imediata e enérgica ao crime; acabar com a rede de delitos criado pelo tráfico de drogas; em função do clamor público; da comoção social; da gravidade do crime; a periculosidade do agente; o risco de reiteração criminosa, dentre outras justificativas que vão se difundindo e dão ensejo a múltiplas e geométricas injustiças.

Na realidade, de acordo com André Nicolitt (2011), qualquer prisão provisória que se destine a tutelar a ordem pública, o clamor público, evitar a prática de infrações penais, assegurar a credibilidade da justiça, não está buscando a tutela de processo, mas sim, realizar controle social, prevenção geral ou específica, que são os objetivos da pena privativa de liberdade e não das prisões cautelares.

Adentrando em algumas das definições mais populares de ordem pública, o argumento de impor a segregação cautelar para impedir que o acusado cometa crimes ou evitar a reiteração criminosa (FERRAJOLI, 2002) faz pesar sob o imputado uma dupla presunção, de periculosidade e culpabilidade, fundada apenas na suspeita de conduta delitativa. Aplicando uma ilegítima pena, sem a realização de qualquer juízo, o que revela uma transição do caráter processual da medida, para ser instrumento de defesa social.

Acerca do argumento da gravidade do crime, que é usualmente usado para impor uma prisão preventiva, de acordo com Luiz Regis Prado e Diego Santos (2018) este nada guarda relação, e nem por si só é capaz de afetar a ordem pública, visto que, ocorrem fatos extremamente graves todos os dias, que na maioria das vezes sequer chegam ao conhecimento da sociedade, pois a mídia não tem interesse em noticiar. Além disso, se apenas a gravidade do fato fosse motivo o suficiente, todos os suspeitos em crimes como homicídio e estupro estariam presos cautelarmente, devido ao indicativo de seriedade e o maior grau de reprovabilidade.

Na palavra dos autores, não é fundamento de prisão preventiva esse argumento da gravidade do crime, porque não está previsto no rol taxativo do artigo 312 do CPP, e caso com base nele seja decretado, há uma manifesta ilegalidade na decisão. No mais, a ordem pública não se abala ou se desestrutura quando a sociedade em si manifesta um sentimento de repulsa em relação a um determinado delito cometido.

No tocante a narrativa de usar a cláusula genérica da ordem pública para reestabelecer a credibilidade da justiça ou das instituições, segundo Aury Lopes Júnior (2020), este discurso é falacioso, pois os institutos não são frágeis ao ponto de serem ameaçados por apenas um delito, muito menos a prisão é apta para resguardar esse fim. Inclusive, considerando todas as conquistas democráticas ao longo dos anos, é preocupante a crença de que instituições jurídicas

dependam da prisão de pessoas para se solidificar, se legitimar, e lançar mão desse objetivo representa um retrocesso para um estado autoritário e policialesco.

Em relação ao clamor público ou social, para Odone Sanguiné (2003) é inconstitucional atribuir à prisão preventiva a função de acalmar a sociedade após o acontecimento de um crime, pois, por mais compreensíveis que sejam os sentimentos de indignação social, a segregação cautelar não tem natureza de pena antecipada. Apenas sob a ótica da presunção de culpabilidade que é possível conceber a essa cautelar como instrumento de “paz social²⁸”, mas nunca dentro de um sistema constitucional que tem como corolário a presunção de inocência e a proteção aos direitos individuais.

Ainda segundo o citado autor, esse alargamento da definição de ordem pública, coloca nas mãos do juiz um poder praticamente discricionário, cujo exercício fica condicionado às informações fornecidas pela polícia e pelos meios de comunicação, que instrumentalizam sabiamente o clamor social conforme os diversos momentos políticos e econômicos. Ademais, não se pode, em função de “acalmar” o meio social, se decretar segregação cautelar por qualquer motivo, e ao maior número possível.

A respeito o argumento da hediondez do crime, muito usado para impor a prisão preventiva no crime de tráfico de drogas, este termo é usado em duas concepções. Uma delas se confunde com a característica do crime imputado (PRADO; SANTOS, 2018), revelando-se como uma circunstância do fato o que acaba dependendo do ponto de vista da autoridade policial, do Ministério Público, e da anuência do magistrado com a versão apresentada pelo órgão investigador.

A outra concepção, é de impor a preventiva, para o crime concebido como hediondo pela legislação especial (Lei nº 8.072), esse argumento, inclusive, já foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal no RHC nº 68631, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence²⁹, merecendo destaque a sua fala de que:

²⁸ No tocante à expressão “paz social”, importante esclarecer que o fundamento da ordem pública costuma ser empregado sob o pretexto de pacificação social, que é uma das promessas do sistema penal. Todavia, não é novidade que este não cumpre (ANDRADE, 2006) com as funções declaradas que legitimam a sua existência, vindo à tona as reais consequências desse mecanismo, como a construção seletiva da criminalidade através da violência institucional, criminalizando-se os estratos sociais mais vulnerabilizados. Deste modo, quando a prisão preventiva é imposta pela “paz social”, o verdadeiro significado desse estado é a manutenção do *status quo*, de um sistema punitivista que beneficia apenas a parte da sociedade que não é alvo da criminalização seletiva.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Revista Sequência, nº. 52, p 163-182, jul., 2006. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>>. Acesso em 26 de maio de 2021.

²⁹ RHC nº 68631 / DF, relator Min. Sepúlveda Pertence, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, publicado no dia 23 de agosto de 1991, a Turma deferiu a ordem para tornar sem efeito o mandado de prisão, nos termos do voto do Relator. Unânime.

Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur44178/false>>. Acesso em 07 de maio de 2021.

A gravidade do crime imputado, um dos malsinados "crimes hediondos" (Lei 8.072/90), não basta a justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse dos interesses do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizado, a punir sem processo, em atenção a gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (CF, art. 5., LVII).

Não obstante, muitos magistrados acabam invocando rótulos, como "tráfico de substâncias entorpecentes", "crime hediondo", "crime organizado" para decretarem a segregação cautelar sem o menor fundamento ou demonstração da necessidade (LOPES Júnior, 2020, p. 1.025). Assim, meros prognósticos, juízos fundados em suposições, totalmente desvinculados do plano concreto (GIACOMOLLI, 2013) acabam virando dogmas, que não servem para justificar a prisão preventiva, visto que não tem real necessidade de cautela.

5.3 A prisão preventiva pela garantia da ordem pública, a inconstitucionalidade e o aprisionamento massivo

A Constituição Federal de 1988, consagrou no artigo 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência, e de acordo com Gustavo Badaró (2008) é possível extrair duas consequências sobre o tratamento do acusado durante o processo penal. A primeira, é de que o referido postulado é incompatível com a prisão antes do trânsito em julgado, desde que ela tenha natureza cautelar. A segunda, revela que é conflitante com a presunção de inocência, qualquer prisão que constitua execução provisória ou antecipada da pena. Logo, a prisão preventiva, será ilegítima se não tiver natureza cautelar, e não poderá ser aplicada como uma forma de antecipação da condenação penal.

No tocante à imposição da medida para garantir a ordem pública, como já visto, é um conceito juridicamente indeterminado, usado como uma verdadeira "cláusula guarda-chuva" para abarcar qualquer significado, e servir a discursos autoritários e posturas inquisitivas. A preventiva é uma providência cautelar (NICOLLIT, 2011) instrumental, que serve apenas para tutelar o processo de conhecimento ou de execução, e qualquer outra forma satisfativa de tutela jurisdicional sob esse pretexto, viola a presunção de inocência.

Ainda segundo o citado autor, é vedado, prender para qualquer outro fim que não seja resguardar o próprio processo, sob pena de se antecipar a pena privativa de liberdade e tratar um sujeito presumidamente inocente, de forma que o diminui moral e fisicamente perante a sociedade. Deste modo, usar de uma prisão processual para garantir a ordem pública, é manifestamente inconstitucional, pois transcende a ordem do processo, e antecipa as consequências de uma condenação definitiva.

Como revela Antônio Magalhães Gomes Filho:

À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação de liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em ‘exemplaridade’, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é um ‘instrumento a serviço do instrumento’, mas uma antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade. (1991, p. 67/68)

Consoante Luiz Regis Prado e Diego Santos (2018) um desdobramento lógico de se presumir a inocência é reconhecer o alto preço de uma prisão prematura. As referidas definições de ordem pública, por si só são incompatíveis com a estrita legalidade, fazendo, inclusive, se presumir a responsabilidade do réu. Como por exemplo, o fundamento de que o acusado cometerá novos delitos gera uma dupla presunção, de que ele realmente cometeu o crime pelo qual foi acusado, e que se em liberdade, continuará delinquindo.

Ademais, de acordo com os citados autores, a contradição entre a presunção de inocência e a prisão preventiva é notória, ao manter-se o postulado, tem que se afastar as finalidades não cautelares da segregação provisória. Tal como o fundamento da ordem pública, que na situação de um imputado, significa ser submetido às sanções de uma pena com as mesmas restrições de um regime fechado.

De acordo com a Constituição Federal, apesar da segurança pública ser um dever do Estado e de responsabilidade de todos (GIACOMOLLI, 2013), que é exercida para preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, esta é desempenhada pelas autoridades policiais e não judiciais. É uma grave degeneração transformar uma medida processual (LOPES JR, 2020) em atividade tipicamente policial, utilizada indevidamente, como medida de segurança pública, completamente alheia ao processo penal.

Nas palavras do citado autor, esse discurso de garantir a ordem pública, demonstra a posição de juiz de “comprometido com a verdade”, que julgando-se como um “homem de bem”, emprega uma cruzada contra os hereges, afastando-se do que há de mais nobre na magistratura, que é o papel de garante dos direitos fundamentais do acusado, sem falar, o dever de ser imparcial. Essa postura por si só revela um comportamento inquisitivo por parte do juiz, que enxerga e trata o acusado como um meio para se chegar à “verdade absoluta”.

Segundo Renato Brasileiro (2012) afirmações a respeito do crime já submetidos ao próprio tipo penal, o clamor social provocado pelo delito, a necessidade de segregar

cauteladamente o agente para acautelar o meio social, devem ser alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva, especialmente, para garantir a ordem pública. Isto porque, a cautelar não seria decretada pela necessidade do processo, mas apenas para satisfazer os anseios da população e da mídia, destaca-se que o Poder Judiciário está sujeito à Constituição, à lei, mas, jamais à opinião pública, que é facilmente manipulada pela mídia.

Apesar de não haver nenhuma novidade de que o conceito de juiz não é de herói vingador, a percepção dos próprios magistrados como agentes de segurança pública é proporcional ao descrédito atribuído ao direito, que passa a ser usado como um elemento da política de segurança do Estado, instrumento de “paz social”. Como por exemplo, a permanência de um juiz por muito tempo em uma vara de tóxicos, julgando apenas esses delitos, pode fazer com que ele perca contato com a realidade da própria justiça criminal, fazendo com que haja desproporcionalidade com a aplicação da pena, e má avaliação do conjunto probatório (VALOIS, 2017).

Deste modo, quanto mais o magistrado cede ao senso comum, mais torna-se alheio ao rigor técnico (SEMER, 2019) deixando de exercer o poder que tem nas mãos de defender os princípios e normas do ordenamento jurídico. Assim, a busca pela verdade obtida de qualquer forma, a presunção de culpabilidade do réu, e o aniquilamento dos limites legais, torna-o uma figura praticamente dispensável, completamente absorta à sua função de processar e julgar, designada pela Constituição de forma privativa.

No que se refere à ordem pública e o encarceramento em massa, se extrai do Relatório das Audiências de Custódia em Salvador/BA, realizado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia³⁰, que no ano de 2019, das 5.153 prisões em flagrante analisadas, em 2.112 casos foi decretada prisão preventiva. Inclusive, em 99,7% das vezes em que essa medida foi imposta, observou-se que a manutenção da ordem pública foi fundamento para decretação da segregação, e que apenas 0,3% das prisões possuíam outros fundamentos para o seu decreto. Inclusive, nos crimes da Lei de Drogas (lei nº 11.343/2006) houve aplicação de preventiva em 41,2% dos casos.

Também merece destaque, as estatísticas extraídas do Banco Nacional de Monitoramento de Prisão (BNMP), do Conselho Nacional de Justiça³¹, atualizado em 2021, a

³⁰ Relatório das audiências de custódias em Salvador/BA: ano 2019. /Defensoria Pública do Estado da Bahia. - 1ª ed. - Salvador: ESDEP, 2020, p. 01/71.

Disponível em: <https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2020/10/sanitize_relatorio-audiecc82ncias-de-custodia-salvador-20192.pdf_291020-120915.pdf>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

³¹ Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNP), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

população carcerária do Estado da Bahia³², é de 20.648, excluindo o número de pessoas internadas que é de 70. Considerando o número total de indivíduos submetidos ao sistema penitenciário baiano (20.648), 96,23% é composto por homens (19.870), e apenas 3,77% é formado por mulheres (778).

Dentro deste número (20.648), extrai-se que 9.128 são de presos provisórios, e que 11.520, são os que já foram condenados (sendo que 5.973 estão em execução definitiva e 5.547 estão em execução provisória). Logo, observa-se que quase metade dos indivíduos que estão presos ainda não foram condenados, e se encontram segregados devido a imposição de prisão cautelar.

Dessa maneira, salienta-se que a prisão preventiva é muito mais gravosa do que a própria pena, já que é decretada sem a realização qualquer de juízo em relação ao mérito, e anterior ao trânsito em julgado. Esta medida é a responsável pelo imenso número de pessoas presas sem sentença em todo o país (AMARA; MELLO Neto; SANTOS, 2021) sendo a ordem pública o fundamento mais recorrente.

Quando se prende para proteger a “ordem pública” a verdadeira intenção não é conservar uma situação de forma que seja assegurado a utilidade e eficácia de uma futura sanção penal. Pelo contrário, na prática existe uma antecipação dos efeitos práticos de uma condenação, pois o imputado, ainda que de forma provisória, é privado de sua liberdade, sem nenhum motivo processual (BADARÓ, 2008).

Consoante Luiz Regis Prado e Diego Santos (2018) o “senhor” do Poder Judiciário é a Constituição Federal, e não a sua própria popularidade, além disso, a paz pública não é alcançada através de uma prisão isolada. Deste modo, a segregação preventiva não pode ser decretada com base em juízos morais, sociais, influenciada pela veiculação de informações através da mídia, com perspectivas de antecipação de pena e em desrespeito aos princípios constitucionais da presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

Logo, além do fundamento da ordem pública ser inconstitucional, pois suas múltiplas definições ferem o princípio da presunção de inocência, também se salienta a ilegalidade de tal motivo, não apenas por sua subjetividade e diversos significados ferirem a legalidade estrita. Mas porque, conforme a previsão do artigo 313, § 2º, do Código de Processo Penal³³, não se

³² Em que se pese as estatísticas extraídas do portal do CNJ, destaca-se que encontrou-se divergência em relação aos dados do Mapa da População Carcerária, que consta no site da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização (SEAP) da Bahia, o qual dispõe que Estado possui um total de 13.282 pessoas encarceradas, deste total, 6.444 são de presos provisórios e 6.838, condenados. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/pt-br/dados/17>>. Acesso em 05 de maio de 2021.

³³ Código de Processo Penal: Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

admite que a preventiva seja imposta com finalidade de antecipação de cumprimento de pena, o que acontece justamente quando é empregado o fundamento ora questionado.

Desta maneira, para que seja decretada a prisão preventiva, em primeiro lugar, devem ser demonstrados os fatos e as circunstâncias concretas ensejadores da segregação, pois meras conjecturas (GIACOMOLLI, 2013) e suposição abandonam o plano dos fatos e se inserem em abstrações imprevisíveis e possibilidades futuras.

Esclarecidas todas as premissas em relação à importância constitucional de motivação das decisões judiciais, e todas as particularidades do fundamento da ordem pública, no próximo capítulo será demonstrado como este argumento é aplicado na prática pelos juízes para encarcerar cada vez mais indivíduos imputados pelo crime de tráfico de drogas, através da análise dos argumentos empregado para justificar a segregação.

2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

6. ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS

Todos os capítulos anteriores tiveram um importante papel de esclarecer conceitos fundamentais, desde princípios constitucionais, à doutrina, legislação e jurisprudência, para que neste momento fosse possível se aprofundar no conteúdo de cada decisão escolhida, partindo-se de uma base já construída ao longo deste trabalho.

No presente título objetiva-se analisar a fundamentação usada pelos magistrados ao decretarem a Prisão Preventiva pela garantia da Ordem Pública, prevista no artigo 312, caput, do Código de Processo Penal, especificamente nos crimes de tráfico de drogas, e compreender em que medida, essa motivação contribui para a decretação excessiva de prisões preventivas, no Estado da Bahia.

Para isso será feita uma análise de decisões judiciais (interlocutórias), tendo em vista que, para alcançar o objetivo do presente trabalho, será necessário examinar os argumentos empregados, para identificar os estereótipos, e as definições de ordem pública que compõem esses pronunciamentos.

6.1 Metodologia

A abordagem adotada será a de natureza qualitativa, pois o objetivo desta monografia é fazer uma análise de conteúdo dessas decisões interlocutórias, para que se possa compreender as informações obtidas, os argumentos mais recorrentes, e o papel que desempenha o fundamento da garantia da ordem pública no encarceramento em massa de presos provisórios, nos crimes de tráfico de drogas.

Para isso, foram selecionadas 30 (trinta) decisões judiciais de primeiro grau, da Justiça Comum Estadual, onde foi decretada a prisão preventiva, diante da suposta prática do delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, usando a garantia da ordem pública, proferidas no Estado da Bahia, capital e municípios do interior, entre 06 de janeiro de 2019 a 03 de janeiro de 2021.

As decisões analisadas podem ser encontradas nos autos de nº 0312853-52.2020.8.05.0001 (fls.50/52), 0304965-66.2019.8.05.00019 (fls. 34/35), 0304963-96.2019.8.05.0001 (fls. 17/18), 0315233-82.2019.8.05.0001 (fls. 27/31), 0300465-02.2020.8.05.0201 (fls. 24/26), 0307514-15.2020.8.05.0001 (fls. 64/66), 0301102-93.2019.8.05.0004 (fls. 28/31), 0302065-13.2019.8.05.0001 (fls. 47/51), 0301059-68.2019.8.05.0001 (fls. 85/89), 0303916-87.2019.8.05.0001 (fls. 23/25), 0300125-08.2019.8.05.0229 (fls. 33/34), 0304162-83.2019.8.05.0001 (fls. 36/41), 0313169-

02.2019.8.05.0001 (fls. 27/28), 0300914-07.2019.8.05.0229 (fls. 42/43), 0300314-83.2019.8.05.0229 (fls. 48/49), 0311746-07.2019.8.05.0001 (fls. 25/26), 0311220-40.2019.8.05.0001 (fls. 20/23), 0300104-37.2019.8.05.0001 (fls. 26/27), 0307724-03.2019.8.05.0001 (fls. 30/31), 0307808-04.2019.8.05.0001 (fls. 45/47), 0700057-78.2019.8.05.0039 (fls. 25/26), 0500264-73.2019.8.05.0229 (fls. 40/42), 0500005-91.2021.8.05.0105 (APF nº 8000183-79.2021.8.05.0001) (fls. 53/54), 0300229-18.2020.8.05.0244 (fls. 42/50), 0300163-20.2019.8.05.0229 (fls. 15/18), 0302449-56.2019.8.05.0039 (fls. 27/28), 0300906-26.2019.8.05.0004 (fls. 27/29), 0302377-69.2019.8.05.0039 (fls. 25/27), 0300882-02.2019.8.05.0229 (fls. 29/30), 0302165-48.2019.8.05.0039 (fls. 25/26).

6.2 Algumas considerações sobre a prisão preventiva, a ordem pública e o crime de tráfico de drogas:

Conforme trabalhado nos capítulos anteriores, os requisitos para a decretação da prisão preventiva estão previstos nos artigos 312³⁴ e 313³⁵ do Código de Processo Penal, sendo a garantia da ordem pública um dos fundamentos que autorizam a imposição da medida estudada. Além disso, deve ser observado, o princípio constitucional da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna de 1988, corolário do sistema acusatório, que representa não só uma limitação à toda prisão antes do trânsito em julgado que implique em antecipação dos efeitos da pena, como também uma norma de tratamento ao imputado.

Ademais, existem outras limitações legais, que dispõem sobre como deve ser a decisão que decretar a prisão preventiva, como o §2º³⁶, do artigo 312 do CPP, que prevê a necessidade

³⁴ Código de Processo Penal - Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º

³⁵ Código de Processo Penal - Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

§ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

³⁶ Código de Processo Penal - Art. 312, §2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada

de fundamentação em fatos concretos, novos ou contemporâneos à medida; o §2º³⁷, do artigo 313 do CPP, estabelece uma vedação ao uso desta cautelar para o fim de antecipar a execução da pena, ou até como uma espécie de prisão obrigatória; e no artigo 315, §2º³⁸ também do CPP, o qual, não apenas determina a necessidade de motivação de uma decisão judicial, como também indica tudo aquilo que não é considerado como uma decisão fundamentada.

No tocante ao fundamento da ordem pública, ficou demonstrado anteriormente que este termo, por ser juridicamente indeterminado, acaba servindo como uma cláusula geral, que abarca qualquer conteúdo quando existe o interesse de aprisionar, e não estão presentes os outros fundamentos processuais (conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal). Outrossim, essa motivação acaba servindo para o fim de antecipar os efeitos de uma eventual condenação, posto que, não resguarda o processo pois é usada como uma medida de defesa social.

Em relação ao crime de tráfico de drogas, do artigo 33 da Lei 11.343/2006, como já foi elucidado, existe um estereótipo que começou a surgir a partir dos movimentos de Lei e Ordem, em que o traficante passou a ser visto como o inimigo oficial do Estado, uma figura extremamente agressiva, responsável pelo aumento da criminalidade na sociedade. Esta visão, a todo tempo propagada pela mídia, não reflete apenas na população em si, mas nas autoridades policiais, em promotores e juízes, que reproduzem essas crenças ao realizarem prisões e aplicarem a lei.

Assim, a “guerra às drogas” adiciona mais uma engrenagem ao motor do encarceramento em massa, não de qualquer pessoa, mas daquele sujeito que está na posição mais precária da cadeia do tráfico, o “varejista”, que está mais exposto, ganha menos, e que

³⁷ Código de Processo Penal – Artigo 313, § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

³⁸ Código de Processo Penal – Artigo Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

devido à cor da sua pele, e à sua condição social vulnerabilizada, se torna um alvo fácil da criminalização secundária, realizada pelos agentes de polícia.

6.3 Das decisões judiciais

Adentrando na análise das decisões interlocutórias, importante destacar que todas fizeram uso do fundamento da ordem pública de diferentes formas para impor a segregação cautelar, mas em nenhuma das decisões verificou-se a presença de interesse processual na imposição da prisão preventiva. Afim de dar mais clareza ao estudo, e devido as diversas definições que foram aplicadas ao conceito de ordem pública, serão analisados os argumentos mais recorrentes, do ponto de vista constitucional, legal e jurisprudencial.

Durante a análise das decisões judiciais, muitos juízes diante do delito de tráfico de drogas, ao usarem o fundamento da ordem pública, apresentaram uma postura de defesa social para justificar a segregação do imputado, vestindo-se do papel de um verdadeiro agente de segurança pública.

Isso é bastante nítido nas decisões selecionadas, onde os magistrados apelam para o alto índice de violência em Salvador, justificando uma repressão maior ao crime de tráfico de drogas, por acreditarem que este delito, além de afetar diretamente a saúde pública, é o responsável pelo aumento de homicídios, crimes contra patrimônio, de porte de arma, e corrupção de menores.

Ademais, também se manifesta o sentimento de que o judiciário precisa atuar para manter custodiadas as pessoas que se envolvem nos crimes de tráfico de drogas, afim de que assim, se impeça que sejam desencadeados novos delitos pelo sentimento de impunidade. Ainda por cima, a prisão é considerada como uma forma de apoiar o trabalho desenvolvido pelas Polícias Civil e Militar:

Especialmente em relação ao delito de tráfico, verifica-se a necessidade de sua forte repressão, uma vez que existe alto índice de registros deste grave crime nesta Cidade, além da constatação de envolvimento, cada vez maior, de menores e crianças nesta prática, o que torna imprescindível a contenção do tráfico de entorpecentes, inclusive como forma de apoio ao trabalho que vem sendo desenvolvido pelas Polícias Civil e Militar. Ademais, o delito de tráfico afeta diretamente a saúde pública, eis que expõe a população aos efeitos danosos e mortais das drogas, aumentando o número de homicídios, porte ilegal de armas, corrupção de menores, dentre outras condutas delitivas. A violência em Salvador está em índice alarmante. Constantemente as pessoas estão tendo a vida ou patrimônio prejudicados por motivos simples e banais. É preciso a atuação do Poder Judiciário visando a manter custodiadas as pessoas que se envolvem na prática de tais delitos, sob pena de o sentimento de impunidade desencadear uma série de novos delitos e aumentar a sensação de insegurança dos cidadãos. Processo nº 0315233-82.2019.8.05.0001 (fls. 27/31).

É desta forma que devido à ausência de definição específica, o conceito de ordem pública vai sendo usado como uma “cláusula guarda-chuva” de forma indiscriminada para decretar prisões preventivas, em que o magistrado no seu discurso, vai acrescentado vários “ingredientes”, tal como o aumento da criminalidade, o sentimento de impunidade, a insegurança pública, saúde pública, e até mesmo a atuação das autoridades policiais, serve para impor uma segregação cautelar.

De fato, existe uma crença entre os juízes, de que o delito de tráfico de drogas desencadeia diversos outros crimes, e que apesar de todos os indicativos contrários (SEMER, 2019), a prisão do microtraficante consegue abalar a cadeia do tráfico de entorpecentes, quando na realidade, apenas gera a sua substituição. Neste momento, o magistrado incorpora os traços do pânico moral, tratando o delito de forma genérica, como uma epidemia que destrói lares, moralidade, e todas as normas de consciência que sustentam a sociedade:

Já com relação ao *periculum libertatis*, este se reveste na garantia da ordem pública. Ora, o crime que está sendo apurado é o de tráfico de drogas, delito de extrema gravidade e que vem crescendo de maneira avassaladora em nossa comunidade, destruindo o futuro de muitos jovens.(...) Por outro lado, a população dos municípios do Recôncavo Baiano sofre diuturnamente com os efeitos maléficos que o tráfico de drogas causa. Jovens sendo aliciados ao tráfico e ao consumo de drogas, que invariavelmente levam aos homicídios, furtos, roubos e demais delitos, sendo, pois, um crime central, por onde orbitam os demais crimes. Por tal motivo, o requisito da garantia da ordem pública se encontra presente, não sendo, pois, cabível a concessão da liberdade provisória. Ademais, não vislumbro a existência de medidas cautelares diversas da prisão preventiva adequadas e suficientes para tutelar a situação de perigo do caso em questão. Processo nº 0300163-20.2019.8.05.0229 (fls. 15/18).

Ademais, muitas vezes é realizado uma manobra argumentativa, visto que o crime é considerado como um “cancro” -câncer- na sociedade, fora a responsabilidade do suposto traficante pelo vício dos usuários, ou pelo sofrimento das famílias. Assim é realizada uma presunção de culpabilidade, ao considerar todos os supostos envolvidos como “perniciosos”-malignos- à convivência em sociedade, que caso livres, poderão voltar a delinquir, perturbar a produção de prova, e ainda, fugir para que a condenação -já tida como certa- não seja aplicada:

Há indícios suficientes da materialidade do delito e de serem eles os autores dos fatos narrados nos autos, que são graves e o comércio da droga é considerado o “cancro” da sociedade brasileira, que tem dizimado as famílias e os nossos jovens. A ação infracional imputada aos réus, nos presentes autos, é penalmente tutelada, infiançável e imprescindível para a garantia da ordem pública e desestímulo das atividades delitivas dos acusados. Além disso, os réus são perniciosos para a convivência social e, em liberdade, podem significar perigo para a ordem pública, reiteração delitiva e, ainda, tentados a perturbar a prova e, se condenados, criarão embaraços ao cumprimento da pena, afastando-se do distrito da culpa. Processo nº 0500005-91.2021.8.05.0105 (APF nº 8000183-79.2021.8.05.0001) (fls. 53/54).

Segundo Luís Carlos Valois (2017) a importância institucional da “guerra às drogas”, aumenta a distorção do juiz ao julgar o crime, fazendo com que o poder judiciário aplique penas mais altas a este delito do que em casos de estupro, por exemplo. As varas de tóxicos, são verdadeiros ambientes de guerra, que dão ao magistrado a simbologia de que ele está na função de combater o tráfico de entorpecentes.

Assim, o julgador, sempre associando à ordem pública com repercussão social, clamor público, sentimento de impunidade, e insegurança, sustenta, que é necessária uma máxima resposta do Estado, pois o crime de tráfico de drogas é visto como o grande “financiador” de diversos outros delitos. E então se atribui a um único sujeito acusado, o fardo e a culpa pelo aumento das mazelas sociais, pelos índices de violência, por uma estrutura de guerra que vem sido alimentada muito antes dele nascer:

Observa-se que a gravidade concreta do delito está nas suas circunstâncias e consequências. A repercussão social, como diz o próprio nome, é representada pela intensidade do clamor público fidedigno, a comoção, a revolta, descrédito da justiça, sentimento de impunidade, o sentimento de insegurança, propriamente dito. Presentes tais circunstâncias, verifica-se abalo à ordem pública. (...) Vale ressaltar que o crime de tráfico de drogas, diante da disseminação e reiteração de sua prática em nossa sociedade, tem repercutido de maneira extremamente negativa, propiciando a sensação de impunidade dos agentes e de insegurança nos cidadãos, os quais passam a ser alvo de outros crimes graves, como forma de “financiamento” do tráfico, a exemplo de sequestros e roubos. Tudo isso sem falar nas inúmeras notícias de homicídios relacionados ao tráfico de drogas. Ademais, o aumento do tráfico de drogas também fomenta a facilidade de aquisição e consumo de drogas, levando sofrimento e desagregação aos usuários e seus familiares. Tais fatos decorrentes do tráfico de drogas são cotidianamente relatados nos noticiários, o que, sem dúvida, por si só, abala a ordem pública, diante do descrédito da justiça e insegurança social provocados pelo tráfico. E nem se diga que tais fatos decorrentes do tráfico de drogas não se relacionam com o fato ora em apuração. Na realidade, o que se notícia no presente feito, vem confirmar o aumento do tráfico de drogas na sociedade, aumentando suas mazelas, exigindo uma atuação estatal mais efetiva para coibi-lo. Processo nº 0301059-68.2019.8.05.0001(fl. 85/89).

Tamanha é a contaminação do julgador em relação ao estereótipo da figura do traficante, que nem mesmo aquele sujeito primário, com residência fixa, e emprego lícito, consegue escapar do funil da ordem pública, e acaba sendo equiparado a sujeitos que integram organizações criminosas, mesmo não havendo nenhum elemento que o implique. Todavia, segundo o juiz, o risco de contaminação com o Covid-19 não pode servir como “carta de alforria” para manter fora da prisão um indivíduo altamente perigoso – mas sem histórico de violência-, que vai passar a atormentar as pessoas de bem:

Com efeito, analisando o presente caso, observa-se que a medida mais adequada é a conversão da prisão em flagrante em preventiva, porquanto as medidas cautelares são insuficientes para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Nem se diga que a primariedade do flagranteado, a residência fixa e a profissão definida são motivos suficientes, de per si, para afastar a prisão preventiva, quando existentes nos

autos outros elementos que recomendam, efetivamente a sua prisão, como só ser a manutenção da ordem pública, com garantia de segurança, não só para a sociedade, mas também para as vítimas diretas do uso de entorpecentes. De mais a mais, como já mencionado, o risco de contaminação da população carcerária pelo novo Coronavírus não pode servir de carta de alforria para presos com histórico de reiteração delitiva, de alta periculosidade, integrantes de facções criminosas etc, de forma a submeter os demais cidadãos, além do risco do Covid-19, ao qual todos estamos expostos, também ao risco de serem vítimas nas mãos de delinquentes contumazes em sociedade, ou seja, a um contexto de verdadeira violência urbana. Processo nº 0300229-18.2020.8.05.0244 (fls. 42/50).

Ainda dentro esta ótica do juiz enquanto “vingador”, que deve assegurar que a “justiça seja feita”, mesmo para aquele réu primário com residência e emprego, fixos, não são recomendáveis as medidas cautelares diversas à prisão. Isto porque, no Brasil, elas têm zero eficácia, nenhuma fiscalização, e são incapazes de prender em casa os criminosos contumazes, que saem pela cidade cometendo novos crimes, e ostentando suas armas de fogo. O que funciona mesmo, para o juiz “*Batman*” é a prisão preventiva ou definitiva, de preferência em regime fechado, porque o resto é faz de conta, enquanto que a sociedade sofre com a violência urbana:

Não bastasse, é de conhecimento público e notório que a prisão domiciliar e/ou outras medidas cautelares diversas da prisão, no Brasil, têm efetividade beirando a taxa de 0% (zero por cento) para refrear as condutas de delinquentes contumazes, diante da ausência absoluta de fiscalização no cumprimento das medidas e do total descumprimento dos próprios presos no atendimento às medidas. O que temos visto, no dia a dia, são acusados, com prisão domiciliar ou outra medida cautelar diversa da prisão, perambulando pelas cidades, descumprindo as medidas, praticando novos delitos e exibindo armas de fogo, como se estivesse regozijando de sua soltura. Sim, soltura! Pois, infelizmente, na prática, temos visto que, no Brasil, só há uma forma de cumprimento de prisão – definitiva ou provisória – que é no estabelecimento prisional e sob o regime fechado. De resto, não passa de um faz de conta. As instituições da justiça e de segurança pública fazem de conta que o acusado está sob prisão domiciliar ou outra medida cautelar e o próprio faz de conta que está cumprindo as medidas mais brandas. Enganação endêmica e a sociedade é quem sofre as consequências do estado de impunidade e violência urbana. Processo nº 0300229-18.2020.8.05.0244 (fls. 42/50).

Salienta-se que, esse papel de agente de segurança pública, no qual muitos juízes se apropriam, principalmente em se tratando do crime de tráfico de drogas, desconhece todo e qualquer limite, desconsiderando que o ordenamento jurídico pátrio é regido não só pelo princípio da presunção de inocência, mas pela dignidade da pessoa humana e individualização das penas. Acrescente-se que, a prisão preventiva na maioria dos casos é decretada quando derivada do flagrante, antes mesmo do término do inquérito policial e do ajuizamento da denúncia, muitas vezes se baseando apenas nas informações contidas o Auto de Prisão em Flagrante.

Por este motivo é totalmente inaceitável que um magistrado declare, em qualquer pronunciamento, mas principalmente em uma decisão interlocutória, que no Brasil, só é eficaz

a prisão, definitiva ou provisória, cumprida sob o regime fechado³⁹. O que demonstra uma postura manifestamente inconstitucional, contrária ao sistema acusatório, de um juiz totalmente parcial, inflamado, que presume a culpa, despersonaliza o imputado, acusa, julga e se pudesse já teria aplicado a pena. Não resta dúvidas que o seu convencimento já foi formado para condenar, e ainda, aumentar a pena afim de que o cumprimento tenha início em regime fechado.

Na realidade, verifica-se que nem nessa decisão, ou em nenhuma das outras referenciadas acima, a prisão preventiva fundamentada pela garantia da ordem pública foi decretada para tutelar o processo de conhecimento. Pelo contrário, foi utilizada a percepção do magistrado acerca da gravidade do crime de tráfico de drogas, argumentos de segurança pública, o discurso médico jurídico que culpa o traficante e isenta o usuário, a preocupação da justiça não ficar descredibilizada perante a sociedade, e até a suposta ausência de fiscalização das cautelares diversas à prisão serviu como preço a ser pago com a liberdade do acusado.

Tendo a presunção de inocência sido ferida mortalmente em cada uma dessas decisões, que em seu próprio texto deixaram evidente que a sua função era de servir como uma antecipação dos efeitos da pena. Pois, quando o juiz justifica a segregação cautelar para desestimular a prática de novos delitos no seio social ou impedir que o acusado volte a delinquir, essa medida apenas serve como uma condenação penal antecipada, de um sujeito que é considerado presumidamente inocente pela Constituição Federal.

Ainda, no campo de pronunciamentos flagrantemente inconstitucionais, a impressão que fica é que como o traficante é o inimigo oficial do Estado, vale toda e qualquer manobra argumentativa. Inclusive ir contra jurisprudência sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal, e afirmar que é constitucional o artigo 44, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que prevê a vedação de liberdade provisória, nos crimes previstos nos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, mesmo que não esteja presente nenhum requisito para decretar a preventiva:

Deve-se registrar que o crime é equiparado aos hediondos (art 5º, XLIII, CF e art. 2º da Lei nº 8.072/90) e é insuscetível de liberdade provisória, em face da vedação prevista tanto no art. 2º, II, da retro mencionada Lei, como no art. 44, da Lei nº

³⁹Realça-se ainda que, o parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90 que estabelecia que aqueles que fossem condenados por crimes hediondos e equiparados deveriam iniciar o cumprimento de pena em regime fechado, foi declarado inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Na ocasião, cinco ministros se pronunciaram pela inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90: Dias Toffoli (relator), Rosa Weber, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Em sentido oposto, três ministros pronunciaram: Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, entendendo pelo indeferimento da ordem. Na sessão do dia 27 de junho de 2012, o julgamento foi finalizado, com o voto dos os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Ayres Britto, que acompanharam o voto do relator, ministro Dias Toffoli, sendo concedida ordem ao HC, para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=210893>> Acesso em 28 de abril em 2021.

11.343/2006. Ressalte-se que a referida proibição, de se conceder fiança ou liberdade provisória aos acusados de crimes hediondos ou de crimes previstos no art. 33, caput e 1º, e 33 a 37, da Lei nº 11.343/2006, não apresenta vício de inconstitucionalidade, pois se trata de benefício cuja regulamentação ou admissão é deferida pela Constituição Federal à lei ordinária. Assim, autuado em flagrante pela prática de delito equiparado aos hediondos ou de delito de tráfico de drogas ou entorpecentes, o autor deve permanecer preso durante a instrução até o julgamento da lide penal, ainda que primário e de bons antecedentes e mesmo que não ocorra na espécie hipótese de prisão preventiva. Processo nº 0303916-87.2019.8.05.0001 (fls. 23/25).

Destaca-se que a decisão em questão foi proferida em de 2019, anos depois do Supremo Tribunal Federal ter, no julgamento do o HC 104.339/SP⁴⁰, reconhecido em Plenário a inconstitucionalidade de parte do artigo 44, da Lei nº 11.343/06, que vedava a concessão da liberdade provisória, nos crimes de tráfico de entorpecentes, por violar o princípio da presunção de inocência, e retirar do magistrado a oportunidade de, analisar o caso concreto. Logo, não poderia o juiz de primeiro, diante da ausência de requisitos da preventiva, e de um réu primário, com bons antecedentes, ir contra entendimento sedimentado pelo STF para forçar uma segregação cautelar obrigatória.

Assim, mesmo que o imputado tenha todas as circunstâncias pessoais favoráveis, os magistrados ainda alegam o interesse em decretar a prisão preventiva. Se o acusado está desempregado, considera-se que é melhor prender para garantir a ordem pública, pois se ficar em liberdade, ou irá voltar a delinquir já não tem meios lícitos para se sustentar, ou ainda vai fugir, e que por isso surgiria o motivo de assegurar a aplicação da lei penal:

No que pertine aos fundamentos da custódia cautelar ou ao *periculum libertatis*, constata-se presente a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, obstando-se, destarte, a reiteração criminosa. Consta-se, destarte, analisados estes fatos, que o flagranteado evidencia conduta tendente à prática do crime que lhe é atribuído, demandando , por conseguinte, a necessidade da prisão preventiva como garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que o mesmo solto, desempregado poderá voltar a valer-se da prática de atos delituosos, já que não tem meios lícitos para se manter ou evadir-se do distrito da culpa. Processo nº 0313169-02.2019.8.05.0001 (fls. 27/28).

O que praticamente corresponde a uma criminalização daquelas pessoas que estão nas classes sociais mais vulnerabilizadas, com uma dupla presunção de culpabilidade. Pois, apenas

⁴⁰ Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, concedeu ordem ao **HC nº 104.339/SP**, declarando a inconstitucionalidade de parte do artigo 44, da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), que proibia a concessão de liberdade provisória nos casos de tráfico de entorpecentes. O relator, Min. Gilmar Mendes, votou pelo reconhecimento da inconstitucionalidade de parte do artigo 44, da lei nº 11.343/2006 e os ministros Dias Toffoli, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Celso de Mello, e presidente, ministro Ayres Britto, acompanharam o relator. Em divergência, os ministros Luiz Fux, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, votaram pela constitucionalidade da norma.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>>. Acesso em 28 de abril de 2021

a partir da condição de desemprego o magistrado presume que o réu é culpado pelo delito que foi acusado, e ainda, por esta condição, voltará a delinquir para se sustentar, ou que, diante da sua culpa, ele fugirá para não ser preso. Apesar disso, não passa pela cabeça do juiz que, uma vez encarcerado, é aí que o imputado não conseguirá mesmo um trabalho fixo.

Do mesmo modo, o imputado que tem residência fixa, trabalho lícito, primário e de bons antecedentes, muitas vezes também não é solto, porque apesar de todas as suas circunstâncias pessoais serem favoráveis, o juiz sempre vai encontrar outro motivo para ter havido a violação da ordem pública. Como o fato criminoso ter grave repercussão devido ao temor da população, causado pela atuação de traficantes na cidade:

O requerente alega possuir residência fixa, trabalho lícito, primário e de bons antecedentes. Entretanto, pela análise das informações que constam nos autos do processo principal, é possível observar fortes indícios da autoria delitiva do acusado. O fato criminoso ora investigado é de grave repercussão, impondo-se a medida como garantia da ordem pública, inegavelmente abalada, vez que a atuação de traficantes nesta cidade tomou proporções que vem causando temor e medo à população.” “No que diz respeito ao confronto entre os princípios fundamentais, estando eles no mesmo patamar liberdade (direito individual) x dignidade da pessoa humana (direito coletivo), deve preponderar o interesse social, violado, em grande intensidade, pela suposta conduta delituosa. O princípio constitucional da presunção da inocência não revogou dispositivos infraconstitucionais relativos à prisão provisória. E o fato de possuir endereço certo e profissão definida, por si só, não impede a segregação cautelar, se presentes os requisitos necessários à constrição da liberdade, como tem reiteradamente decidido o Excelso Pretório. 0307514-15.2020.8.05.0001 (fls. 64/66).

Desta forma, ao não conceder o benefício da dúvida, ou melhor, aplicar a presunção de inocência, não é considerado pelo magistrado que se decretada a prisão preventiva, muito provavelmente esse sujeito vai perder seu emprego e até sua residência fixa, e então deixará de possuir todas essas circunstâncias favoráveis. Além de que, futuramente essa situação de desemprego vai ser usada contra ele, quando o juiz for provocado a analisar um requerimento de liberdade provisória.

Assim, dois acusados com características diferentes, um está desempregado, e se impõe a prisão pois ele não comprovou que tem meios lícitos para se sustentar, havendo um receio que de continue delinquindo. O outro, possui residência fixa, trabalho regular, mas a segregação é imposta também pela ordem pública, pois o juiz considerou que suposta prática delituosa violou tremendamente o interesse social. O que remete a única coisa que eles têm em comum: a suposta traficância.

Logo, o imputado por este crime, nunca é julgado apenas pela sua conduta específica, ou por suas condições pessoais, mas, recai sobre ele a responsabilidade por toda a cadeia do tráfico, pela existência de organizações criminosas, o aumento de crimes violentos como

roubos, sequestros, homicídios, pelo vício dos usuários e o que isso desencadeia no seio de uma família:

Da mesma forma, se extrai dos autos o fundamento da segregação cautelar, na sua modalidade preventiva, para garantir a ordem pública, acautelar o meio social e as instituições democráticas. No caso em tela, a prisão cautelar é necessária pois os crimes supostamente praticados violam frontalmente a ordem pública por suas peculiaridades e consequências, seja por fomentar a prática de outros delitos, seja pelo risco à saúde dos usuários, merecendo ser tratado com rigor a fim de preservar a paz social. Processo nº 0500264-73.2019.8.05.0229 (fls. 40/42).

Ainda que o Ministério Público, o titular da ação penal, pleiteie pela concessão da liberdade provisória, em algumas decisões o juiz, à revelia do sistema acusatório, e saindo totalmente da sua função de imparcial, usa genericamente o conceito da ordem pública, desvirtuando o caráter instrumental da medida. Geralmente mistura a gravidade em abstrato do crime, com os efeitos da antecipação da pena privativa de liberdade, uma vez que, dentro dessa “cláusula guarda-chuva”, cabe tudo:

O Ministério requereu fosse concedida a liberdade provisória, entendimento corroborado pelo Defensor constituído do conduzido. O crime imputado aos representados admite a prisão preventiva, nos termos do artigo 313 do CPP, pois possui pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. De outro lado, manifesta-se a necessidade da prisão cautelar do representado, para garantia da ordem pública. A prisão preventiva busca evitar que determinada conduta praticada por aquele a quem se imputa a autoria do delito coloque em risco a sociedade e a efetividade do processo. Da análise dos autos emerge a lesividade da conduta do indiciado, sendo necessária a prisão para salvaguarda do meio social. Processo nº 0300104-37.2019.8.05.0001 (fls. 26/27).

Em que pese o parecer do Ministério Público entendo, pelos elementos colacionados aos autos do inquérito policial, que há demonstração da necessidade da segregação cautelar dos indiciados.(...) Trata-se de Crime de tráfico de entorpecentes, devastadora da sociedade, que em si revela a gravidade do crime e, pois, a necessidade e a adequação da custódia cautelar dos indiciados (C.P.P, art. 282, I e II), impondo-se promover a garantia da ordem pública justamente para que se evite a prática de outros delitos, impeça o próprio preso de executar outros crimes, dê efetividade ao efeito preventivo da sanção penal e faculte que não se impere na sociedade o sentimento de impunidade do ilícito, pois ela não se permite tolerar o retorno do indiciado ao seu convívio, ao menos temporariamente. Processo nº 0700057-78.2019.8.05.0039 (fls. 25/26).

No tocante ao sujeito acusado de ser traficante, incide uma presunção não apenas de culpabilidade, mas de que esse indivíduo não consegue resistir à prática delituosa e vai continuar cometendo diversos crimes enquanto não for preso. Diante dessa crença, não importa a situação em que o imputado esteja, o magistrado sempre vai fazer uma “alucinação argumentativa”, criar requisitos e interpretar circunstâncias, para justificar a prisão preventiva. Como por exemplo, imaginar que o flagrantado estaria portando pouca quantidade de substância entorpecente para enganar as autoridades, e se passar por usuário:

Com efeito, a pouca quantidade de droga apreendida com o Conduzido, não afasta, por si só, a incidência do delito de tráfico, o que se afere a partir de todas as circunstâncias da prisão. Outrossim, é certo que traficantes costumam adotar esta prática de portar uma quantidade pequena de droga, justamente a fim de caracterizar uso na hipótese de uma eventual abordagem, como no caso em comento, e, também, com vistas a evitar a perda de uma significativa quantidade, evitando um prejuízo financeiro maior. (...) Tais dados, portanto, nos fornecem fortes indícios do seu envolvimento em atividades criminosas de extrema gravidade, sendo imperiosa, portanto, a manutenção de sua custódia, posto que mais que demonstrado que as medidas alternativas à prisão não se revelam suficientes no seu caso. Processo nº 0311220-40.2019.8.05.0001 (fls. 20/23).

Outra característica presente em muitas decisões é a importância demasiada dada pelos magistrados aos relatos dos policiais, em detrimento do depoimento do acusado, que por si só é capaz de formar o convencimento dos julgadores de que o acusado é perigoso para a sociedade, e que nenhuma outra medida é capaz assegurar a ordem pública, se não a prisão:

Não há como não dar crédito para os policiais militares que participaram das diligências tão somente pela negativa verbal do acusado Irineu, uma vez que aqueles são treinados pelo Estado. Registro, aqui, que o indiciado Irineu afirmou não ter inimigos, não havendo, assim, razão para que uma pluralidade de policiais militares resolvesse, sem motivo algum incriminá-lo. Assim, tenho por convencimento que a postura de ambos os acusados serem presos com considerável quantidade de drogas, em cognição sumária, tenho os mesmos como pessoas perigosas a sociedade, conforme as razões acima descritas, não havendo no meio das medidas cautelares substitutivas alguma que assegure a ordem pública. Processo nº 0300314-83.2019.8.05.0229 (fls. 48/49).

De acordo com Marcelo Semer (2019) existe uma incapacidade de parte dos juízes em admitir qualquer irregularidade por parte dos agentes de polícia. Até porque, sem esses testemunhos, a prova se esvai quase por completamente, mas quando eles são supervalorizados, não é necessário diligenciar para buscar outros elementos. Como a prova policial é o centro do processo nos crimes de tráfico de drogas, admitir sua fragilidade pode significar mais absolvições, e isso é inviável para quem age em nome da ordem pública.

Deste modo, apenas a palavra dos policiais, agentes “treinados pelo Estado”, é capaz de fragilizar o depoimento do acusado, sujeito presumidamente inocente pela Constituição Federal, mas que é considerado, em cognição sumária, como integrante de uma organização criminosa, apesar da única prova ser o testemunho daqueles que efetuaram o flagrante:

Registro que a custódia preventiva é medida de exceção, todavia, para o presente caso, não vislumbro no meio das medidas cautelares substitutivas alguma que possa garantir a ordem pública. Registro aqui, que a quantidade em si resta superada pela forma de acondicionamento da droga, 21 (vinte e uma) trouxinhas, e também pela palavra dos policiais que afirmaram não só a denúncia de tráfico de drogas como ser o acusado pertencente a determinada organização criminosa. De lado inverso, a palavra do acusado que afirma que na residência onde se encontrava não havia drogas, o que resta fragilizado, frente a palavra dos policiais, estes treinados pelo Estado. Assim, em cognição sumária, tenho que a liberdade do indiciado representa perigo direito e em concreto à ordem pública. Processo nº 0300882-02.2019.8.05.0229 (fls. 29/30).

Outro fundamento bastante recorrente, atrelado à ordem pública é a “preocupação” dos magistrados com as instituições e à reputação da justiça perante a sociedade. Sendo isso encarado como uma motivação suficiente para que seja decretada a prisão, e quem “paga” o preço é o imputado que perde sua liberdade para que o judiciário não fique “mal visto”:

Neste contexto, apresenta-se a garantia da ordem pública, como sendo o dever do Estado de evitar que a sociedade continue exposta a cidadãos que, embora não condenados, estão na prática reiterada da delinquência. Desta forma, verifica-se que a garantia da ordem pública, no particular, necessidade de se resguardar a confiabilidade no Poder Judiciário e a tranquilidade pública, se apresenta legal e legitimamente apta a fundamentar o decreto de prisão preventiva, art. 312, caput, do CPP, desde que, presentes as demais exigências legais. Processo nº 0301102-93.2019.8.05.0004 (fls. 28/31).

Dessa forma, verificando que, ao menos neste momento, pairam sobre os mesmos indícios de autoria e materialidade no delito de tráfico de drogas, entendo que a prisão se justifica por conta da necessidade de se preservar a ordem pública. (...) Assim, o fato de não se acautelar o meio social, como se faz na espécie, implicaria numa situação de insegurança da população, trazendo o descrédito na justiça e o sentimento de impunidade, uma vez que este tipo penal é o desencadeador de diversos outros delitos. Processo nº 0300465-02.2020.8.05.0201 (fls. 24/26).

Assim, os juízes se desvirtuam completamente da sua função de garantidores dos direitos fundamentais e de garantias processuais, e passam a se preocupar com o que a mídia está dizendo, em qual o desejo da população, esquecendo-se que a sua legitimidade não vem do meio social, mas sim da Constituição Federal de 1988, cujas previsões tem o dever de observar.

Além disso, existe um argumento muito usado pelos juízes que nunca sai de moda, que é o modelo de decisão genérica, alinhada com a gravidade em abstrata do crime de tráfico de drogas, que provoca consequências nefastas na sociedade:

O argumento trazido acima não colide com o princípio da presunção de não-culpabilidade porquanto se trata de providência de natureza cautelar fundada nos requisitos próprios sendo certo que o *periculum in mora* se traduz, principalmente, no risco social que a liberdade de tal agente tem acarretado.” Não se trata de juízo de probabilidade de condenação pois que aí haveria inquestionável antecipação de pena o que é vedado na ordem jurídica vigente. A custódia provisória, na hipótese em questão, se funda na necessidade de assegurar a ordem pública cuja base é severamente abalada pelo delito de tráfico de drogas cujas consequências funestas tanto no âmbito pessoal e privado quanto social e público dispensam comentários sendo certo ainda que a ausência de informações documentais quanto a atividades laborais e até mesmo endereço residencial do acusado tornam, por ora, inócuas as medidas cautelares de que trata o artigo 319 do CPP. Processo nº 0302449-56.2019.8.05.0039 (fls. 27/28).

Salienta-se que, escrever no decorrer da decisão a expressão “gravidade concreta” para impor a prisão preventiva, não significa que esta se encontra devidamente fundamentada, se o

juiz parte de uma visão abstrata de que o crime em questão é grave, sem apontar elementos do caso concreto de demonstrem isso. Nesse caso abaixo, na motivação não ficou claro como a suposta conduta de embalar uma substância entorpecente, expõe a coletividade a um risco concreto:

Em interrogatório, na delegacia, os flagranteados confessaram que estavam de porte da droga; que foram contratados por traficante para embalar a droga; que, no momento do flagrante, já haviam embalado 115 pinos; que já foram presos por tráfico. (...) Outrossim, faz-se necessária manutenção da prisão dos flagranteados, a fim de garantir a ordem pública, diante da gravidade concreta dos crimes que lhe estão sendo imputados, das circunstâncias e consequências narradas, demonstrando periculosidade do agente, expondo a coletividade a um risco concreto, razão pela qual as medidas cautelares previstas o art. 319 do CPP são insuficientes, neste momento, para acautelar o meio social. Processo nº 0304965-66.2019.8.05.0001 (fls. 34/35).

Imperioso destacar que, esse fenômeno no qual os magistrados passam a agir como agentes de segunda pública, não se manifesta apenas na Bahia. O juiz Rubens Casara (2015) realizou em maio de 2011, uma pesquisa com vinte e sete juízes criminais que atuavam na Comarca da Capital do Rio de Janeiro⁴¹, mediante questionário, a qual identificou indícios de que a maioria dos juízes fluminenses acreditavam atuar como garantidores da segurança pública.

Na coleta de dados, foram apresentadas três perguntas objetivas, para que fosse respondido “sim” ou “não”: “1- Nas decisões criminais, leva-se em conta a segurança pública?”; “2- as decisões criminais produzem efeitos na redução da criminalidade?”; “3- O bem jurídico ‘segurança pública’ é levado em consideração no momento da fixação da pena?”. Segundo essa pesquisa, dos vinte e sete juízes, dois não quiseram responder ao questionário, tendo participado vinte e cinco magistrados.

Na primeira questão, vinte e um responderam “sim”, que levavam em conta a segurança pública ao decidir em casos criminais, e quatro responderam que não. Um magistrado, apesar de ter respondido “não”, apresentou uma justificativa afirmando que nas decisões de medidas cautelares, a segurança pública pode ser levada em conta quando estão envolvidas organizações criminosas estruturadas.

Na segunda questão, dezesseis juízes responderam “sim”, que acreditam que as decisões criminais produzem efeitos na redução da criminalidade. Enquanto seis responderam “não” e três não conseguiram responder. Dos seis que apresentaram resposta negativa, alguns justificaram por escrito.

⁴¹A pesquisa mencionada encontra-se na obra do autor “Mitologia Processual Penal”. CASARA, Rubens R.R. Mitologia Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208/210.

Tendo um deles afirmado que “infelizmente, não, em função de uma legislação penal e processual benevolente”, ainda escreveu que “a exigência do trânsito em julgado e a infinidade de recursos existentes, postergando sempre a execução da pena carcerária, além do descrédito que trazem para a Justiça, não produzem os efeitos desejados na redução da criminalidade”. Ainda nessa pergunta, um dos juízes respondeu que “se só tivermos juízes rigorosos, a criminalidade vai reduzir em curto prazo”.

Na última pergunta, doze magistrados afirmaram que levam em consideração o bem jurídico “segurança pública” para fixar a pena, enquanto que treze responderam “não”. Alguns que responderam sim, justificaram que se “integra organizações criminosas, ou ainda que não as integre, demonstra um perfil violento, que põe em risco à coletividade, o juiz deve considerar aquele bem”. Outro ainda escreveu que levar em conta a segurança pública no momento de fixar a pena era uma forma de “dar exemplo”.

Desta forma, observa-se que o punitivismo ainda é muito presente na mentalidade de boa parte dos juízes, que acreditam que um direito penal efetivo é aquele combate à impunidade. Ou seja, é a convicção da eficiência, de que com leis mais duras, uma aplicação rigorosa, menos recursos e mais prisões, é possível diminuir a criminalidade. Assim, obcecados por prender para se legitimar perante a sociedade, deixam de ser garantidores de direitos e passam a garantir a ordem pública.

Retomando a análise feita nas decisões, verificou-se que em todas, a garantia da ordem pública foi empregada pois não haviam outros requisitos que autorizassem a prisão preventiva pela conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, motivos que realmente servem ao processo.

Isso demonstra que esse conceito juridicamente indeterminado é como um “atalho” previsto em lei -em que pese se questione a sua constitucionalidade-, para permitir que seja aplicada uma segregação, sob o pretexto de uma medida cautelar, instrumental. Quando na realidade, é uma antecipação da pena privativa de liberdade, que visa, impedir que o acusado continue na prática delitiva, e desestimular a prática do crime perante a sociedade.

O delito de tráfico de drogas, torna mais fácil o emprego da ordem pública, justamente porque ele já é visto como um flagelo nacional, um vírus contagioso, que se espalha de forma rápida, atingindo a sociedade como um todo, através das organizações criminosas que financiam crimes violentos, e aos usuários, as famílias, por meio das substâncias entorpecentes.

Portanto, dentro da cláusula da ordem pública cabem infinitos argumentos, como a gravidade em abstrata do crime, a questão da violência, saúde e segurança pública, sentimento de impunidade, sensação de insegurança, temor social, preservar as instituições, à credibilidade

da justiça, aplicar dispositivos declarados como inconstitucionais, dar continuidade ao trabalho da polícia, acalmar o seio social, a ausência de trabalho lícito e residência fixa, o sacrifício da liberdade individual em prol do interesse coletivo, combater o tráfico de drogas, promover a paz, dentre outros.

Deste modo, é assim que o fundamento da ordem pública e as suas inimagináveis derivações promovem contorcionismos argumentativos, dando ensejo a incontáveis prisões desnecessárias, injustas, que ferem o princípio da presunção de inocência, lotando cada vez mais as penitenciárias, no que se chama de “guerra às drogas”. Onde os juízes, abandonam sua função de garantidor, e não mais se curvam à Constituição Federal e nem se preocupam em ao menos parecerem imparciais, pois na sua nova função eles conseguem ser “vingadores”, “protetores da pátria” que “combatem o mal” com as suas decisões rigorosas e inconstitucionais.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A monografia adotou como problema de pesquisa a indagação de como o fundamento da Ordem Pública contribui para a decretação excessiva de prisões preventivas, nos crimes de tráfico de drogas, no Estado da Bahia. Para tentar responder essa pergunta definiu-se como principal objetivo, selecionar e analisar decisões judiciais em que a medida em questão foi decretada, no tipo penal escolhido, com base na expressão questionada.

Contudo, para que fosse possível realizar a análise, foi necessário fazer um estudo de vários temas que circundam a questão principal, a fim de que houvesse embasamento teórico o suficiente para enfrentar os argumentos usados pelos juízes. Assim, logo no primeiro capítulo observou-se que apesar de não haver previsão expressa, que a Constituição vigente adotou o modelo de sistema processual acusatório, ao prever em seu texto os princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, presunção de inocência, imparcialidade do juiz, exigência de publicidade e fundamentação das decisões.

Então, mesmo diante da suspensão liminar, feita pelo Supremo Tribunal Federal do artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, que previa expressamente a opção pelo sistema acusatório. Este fato não pode pôr em dúvida de que o modelo em questão foi adotado pelo legislador constituinte, pois, a Carta Magna é a norma reitora de todo o ordenamento jurídico, e o seu texto não deixa espaço para incertezas.

No tocante a prisão preventiva, a própria Constituição já havia estabelecido, em decorrência da presunção de inocência, que a liberdade do indivíduo sujeito ao exercício do poder de punir do Estado, é regra no ordenamento jurídico, enquanto que a segregação cautelar é exceção. Além disso, sobre a Lei nº 13.964/2019, a despeito de não ter estabelecido um prazo legal para a preventiva, reforçou aspectos importantes como o seu caráter excepcional, provisório, e a necessidade de fundamentação em elementos concretos, novos ou contemporâneos à decretação.

Apesar disso, reconhece-se que esta lei, conhecida como, “Pacote Anti Crime”, não superou o paradigma de um processo penal punitivista, e ainda reflete um direito penal efficientista, preocupado em combater a impunidade, que busca prender mais, e rapidamente. Além de que uma mera mudança legislativa não consegue apagar séculos de uma herança inquisitorial, sendo imprescindível fazer uma mudança política, jurídica e cultural, para que efetivamente haja uma transformação no processo penal.

Em relação a Lei nº 11.343/2006, verificou-se que ela representa o endurecimento do poder punitivo, no tipo penal de tráfico de drogas, do artigo 33, à medida que, partindo de um

discurso médico-jurídico, conduziu o usuário a institutos despenalizadores, enquanto voltou toda a força repressiva em direção ao traficante, sendo usada como uma medida de defesa social para facilitar a punição, estando as condutas do artigo 28 e 33, separadas por um abismo.

Assim, a política de “guerra as drogas” foi sendo completamente incorporada não só no ordenamento jurídico e em seus aplicadores, mas na sociedade como um todo. Existe um estereótipo fantasioso da figura do traficante, como um homem ou mulher, extremamente violentos, imorais, armados, que integram organizações criminosas, e ganham grandes quantias de dinheiro às custas dos vícios de outras pessoas, destruindo vidas de jovens e suas famílias.

Em verdade, o indivíduo enquadrado pelo crime de tráfico de drogas, é submetido a um filtro de criminalização secundária, que seleciona, raça, gênero e classe social, para depois decidir qual vai ser a imputação, se por usuário ou traficante. O que revela que a “guerra às drogas” é uma guerra contra um perfil social específico, que escondida por trás do pretexto de proteger a saúde pública e combater a criminalidade, seleciona como alvos da violência estatal, homens negros vulnerabilizados, que moram em periferias e favelas.

Deste modo, aqueles que realmente ganham dinheiro com o tráfico de drogas, e movimentam essa cadeia, permanecem em sua maioria intocáveis. Enquanto, o pequeno traficante, o “varejista”, é usado como “bode expiatório”, na expectativa de que a sua prisão vai conseguir abalar toda uma rede organizada, quando na verdade, para essa “economia” ele é uma peça substituível. Isso demonstra que, a política proibicionista de “guerra às drogas”, pela via do direito penal não resolve o problema, apesar de prender uma enorme quantidade de pessoas, cada vez mais, o tráfico ilícito de entorpecentes cresce.

Neste contexto, o fundamento da ordem pública, por ser juridicamente indeterminado e capaz de abarcar infinitas definições, é o artifício perfeito para encarcerar o maior número de pessoas sob a alegação de que se está tutelando o processo. Da análise de decisões realizada, apesar de ter previsão legal, a ordem pública não deve ser considerada como motivação cautelar, pois, em todas as vezes que foi empregada, nenhuma delas visava ser instrumental ao processo.

De modo que, o uso do fundamento da garantia da ordem pública, é flagrantemente inconstitucional, pois fere a presunção de inocência ao impor uma prisão com natureza de pena, antes do trânsito em julgado. Além de violar o princípio da legalidade estrita, visto que, o seu conceito é alargado para facilitar uma segregação supostamente cautelar.

Assim, é possível concluir que este fundamento contribui sim para a decretação excessiva de prisão preventiva, nos crimes de tráfico de drogas, no Estado da Bahia, pois em todas as decisões selecionadas, a medida foi decretada abstraída de qualquer necessidade

cautelar ou de elementos do caso concreto, imposta com base em suposições, estereótipos e preconceitos, reproduzidos pelos magistrados.

Como o presente trabalho é de natureza acadêmica, para que este não se limite a apenas identificar um problema, e discorrer sobre ele, considerou-se importante refletir e apontar algumas possíveis soluções para o embaraço das decisões judiciais, que usam o fundamento da ordem pública para transformar a prisão preventiva numa antecipação de pena privativa de liberdade.

Não se descarta a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da constituição, após provocado, analisar a constitucionalidade do requisito da ordem pública, e vir a limitar o seu uso, estabelecer uma definição ou até mesmo, “excluí-la”. Como já aconteceu outras vezes, por exemplo, no HC nº 104.339/SP quando o Plenário declarou inconstitucional a vedação da concessão da liberdade provisória prevista pelo artigo 44, da Lei 11.343/2006, para os delitos dos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta mesma lei.

No campo legislativo, o ideal seria conceituar e limitar o termo “ordem pública”, do artigo 312 do Código de Processo Penal. Mas diante do fato que de a Lei nº 13.964/2019 é uma reforma bastante recente, e que provavelmente não existe movimentação política para realizar uma nova modificação, elaborou-se o seguinte questionamento: O que poderia ser feito para controlar essas decisões?

No campo nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado justamente para aperfeiçoar o trabalho do judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual⁴². Inclusive, uma de suas atuações abarca a “Prestação de Serviços ao Cidadão” para “receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado.”

Assim, o órgão poderia, dentro da sua função de controle, receber reclamações acerca de decisões manifestamente inconstitucionais, que violam a presunção de inocência e o sistema acusatório. Ou até fiscalizar a fundamentação, jamais para comprometer a autonomia dos juízes e o seu livre convencimento, mas no sentido de observar se estas se adequam aos parâmetros objetivos estabelecidos pelo artigo 315, § 2º, do Código de Processo Penal. Inclusive, como é de costume do CNJ desenvolver políticas judiciárias, da mesma forma como são elaboradas

⁴² Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>>. Acesso em 18 de maio de 2021.

metas, poderia ser elaborada alguma orientação em relação ao dever de motivação das decisões judiciais.

Não pode ser deixado de lado que essa fiscalização também pode ser feita pelo Ministério Público, tanto no campo federal, mas principalmente no estadual, visto que é abarcado pelas suas funções, atuar como fiscal da lei, defender o regime democrático, e direitos sociais e individuais. Assim, o próprio promotor do processo, ao se deparar com uma decisão judicial que usa a ordem pública para fazer da prisão preventiva uma execução antecipada da pena, poderia enquanto titular da ação penal, recorrer.

Além disso, essa mesma fiscalização pode ser realizada pela Defensoria Pública, pois desempenham uma função essencial à justiça, principalmente porque os defensores representam uma quantidade considerável de pessoas sujeitas ao processo penal. Desta forma, além de recorrer, o que já é bastante comum, como instituição, a defensoria, tanto no campo da união e dos estados, poderia, por exemplo, se mobilizar para identificar essas decisões e emitir um relatório ao CNJ, para que exerça sua função de controle.

Inclusive, a própria Ordem dos Advogado do Brasil (OAB), conforme previsão no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), no artigo 44, inciso I, possui a função de “defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas”.

Deste modo a instituição poderia se posicionar pela fiscalização, criando um ambiente onde os advogados possam “reportar” e “registrar” essas decisões, e por exemplo, quando houvesse uma expressiva quantidade, a Ordem poderia tomar posturas, não apenas perante ao CNJ, mas até questionar a constitucionalidade da garantia da ordem pública, perante o Supremo Tribunal Federal.

Inclusive, os próprios Tribunais de Justiça Estaduais, poderiam promover não apenas para os juízes recém empossados, mas para todos os membros da magistratura, eventos de capacitação, sobre assuntos como, o dever de garantidor, imparcialidade e a necessidade constitucional de motivação das decisões judiciais.

Por fim, as soluções apresentadas, são meramente ilustrativas, e foram colocadas não apenas para começar um debate sobre um possível plano de ação do que poderia ser feito para controlar as decisões arbitrárias, mas principalmente, para demonstrar que todos e todas profissionais atuantes da persecução penal podem exercer essa função. Além disso, acredita-se que ainda que um dia seja editada uma legislação completamente garantista, a forma mais efetiva de realizar uma mudança, é a partir das ações daqueles que trabalham com a prática,

incorporando um processo democrático e garantidor. O que só será possível quando, juízes (as), promotores (as), defensores (as), e advogados (as), se encarregarem de cumprir os seus papéis no sistema acusatório.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. J. M. do; MELLO NETO, B. S.; SANTOS, D. P. **Prisões processuais em tempos de covid-19: falso dilema entre preso e sociedade na recomendação n.62/20**. Revista Pensamento Jurídico, v. 14, n. 2, p. 88-113, 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista Sequência, nº. 52, p 163-182, jul., 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>>. Acesso em 26 de maio de 2021.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; HYPOLITO, Laura Girardi. **Impacto da Lei 11.343/06 no encarceramento e possíveis alternativas**. In CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (orgs.). 10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

BADARÓ, G. H. R. I. **A prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade: proposta de mudanças legislativas**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 103, p. 381-408, 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67811>. Acesso em: 02 maio. 2021

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal: tomo II**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BAHIA. Defensoria Pública do Estado da Bahia. **Relatório das audiências de custódias na comarca de Salvador/BA: anos de 2015-2018**. Salvador: ESDEP, 2019. Disponível em: <<https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2019/09/relatorio-audiencia-de-custodia.pdf>>. Acesso em 29 de abril de 2021.

BAHIA. **Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização (SEAP), Mapa da População Carcerária**. Disponível em: <<http://www.seap.ba.gov.br/pt-br/dados/17>>. Acesso em 05 de maio de 2021.

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 17 de março de 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 17 de março de 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional De Justiça (CNJ), Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP)**. Disponível em: <<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 17 de março de 2021.

BRASIL. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional - (SISDEPEN)**. Disponível em <<https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/sisdepen>>. Acesso em 20 de abril de 2021.

BRASIL é o país com 3ª maior população carcerária. **Conectas Direitos Humanos**, São Paulo, 08 de dez. de 2017. <<https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo>>. Acesso em 20 de abril de 2021.

BRASIL. **Lei Nº 11.343/2006**. Publicada em 23 de agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 17 de março de 2021.

BRASIL. **Lei Nº 8.906/94**. Publicada em 04 de julho de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em 18 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Adin nº 6.298, Rel. Min. Luiz Fux. Decisão cautelar**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 84498/BA, Rel. Min. Joaquim Barbosa**. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87086/false>>. Acesso em 26 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 104.339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>>. Acesso em 28 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 111.840, Rel. Min. Dias Toffoli**. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=210893>> Acesso em 28 de abril em 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 118.533, Rel. Min. Cármen Lúcia**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319638>> Acesso em 28 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 124.681/SP, Rel. Min. Marco Aurélio**. Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur300469/false>>. Acesso em 05 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 152.676 AgR / PR, Rel. Min. Edson Fachin.** Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428885/false>> Acesso em 06 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 183.620 AgR /MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.** Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429766/false>>. Acesso em 05 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Portal de notícias, Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 630.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 68631 / DF, relator Min. Sepúlveda Pertence.** Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur44178/false>>. Acesso em 07 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 635.659, Rel. Min. Gilmar Mendes.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506#>> Acesso em 28 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 1038925, Rel. Min. Gilmar Mendes.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354431>> Acesso em: 04 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl nº 41.387 ED-AgR / SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.** Disponível em: < <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur441031/false> >. Acesso em 05 de maio de 2021.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASARA, Rubens R.R. **Mitologia Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, dec. 1998. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892>>. Acesso em 18 de março de 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre o processo do sistema acusatório e a Defensoria Pública.** Revista da Defensoria Pública da União, n. 14, p. 63-74,

18 dez. 2020. Disponível em: < <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/461>>. Acesso em 18 de março de 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. In: Revista de informação legislativa. 2019. vol. 46, nº 183, p. 103-115. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194935>>. Acesso em 18 de março de 2021.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **Prisão Cautelar – Dramas, Princípios e Alternativas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

FARIA JÚNIOR, César. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. 2010. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa em Pós Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10711>> Acesso em 04 de maio de 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **A Lei nº 11.343/2006 e a Autofagia do Sistema Penal nos crimes de drogas**. In CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (orgs.). 10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. São Paulo, Saraiva, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 5º. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **A política proibicionista de drogas: Olhares sobre a guerra brasileira**. In CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (orgs.). 10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, lei de drogas anotada e interpretada.** São Paulo: Saraiva, 2015.

MASSON, C.; MARÇAL, V. **Lei de Drogas aspectos penais e processuais.** São Paulo: Método, 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O que temos a aprender com o Uruguai.** In: Revista Direito UNIFACS, nº 222, 2018. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5803>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

NICOLITT, André. **O Novo Processo Penal Cautelar. A prisão e as demais medidas cautelares.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OLIVEIRA, Nathália; RIBEIRO, Eduardo. **O massacre negro brasileiro na guerra às drogas: reflexões sobre raça, necropolítica e controle de psicoativos a partir da construção de uma experiência negra.** SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 15, n. 28, p. 35-43, dez. 2018.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Ordem pública e Constituição: um esboço de delimitação conceitual.** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 990, abr. 2018. Disponível em: <http://www.regisprado.com.br/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Ordem%20p%C3%BAblica.PDF>. Acesso em 02 de maio de 2021

PRADO, Luiz Regis. SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão preventiva. A contramão da Modernidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **A proibição como estratégia racista de controle social e a guerra às drogas.** Le monde diplomatique Brasil, edição ° 145, 2019, Osasco/SP. Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/a-proibicao-como-estrategia-racista-de-controle-social-e-a-guerra-as-drogas/>>. Acesso em 11 de maio de 2021.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://cetadobserva.ufba.br/pt-br/publicacoes/control-penal-sobre-drogas-ilicitas-o-impacto-do-proibicionismo-no-sistema-penal-e-na>>. Acesso em 05 de maio de 2021.

ROSA, Pablo Ornelas; RIBEIRO JUNIOR, Humberto; LEMOS, Clécio. **Encarceramento em massa e criminalização da pobreza: ponderações sobre os efeitos biopolíticos da guerra às drogas.** In CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (orgs.). 10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. **Estudos Críticos de Criminologia e Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHINDLER FILHO, Renato Sigisfried Sigismund **As reformas processuais penais na América Latina através de um olhar agnóstico de processo: uma análise da operatividade real do sistema adversarial na realidade marginal.** 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa em Pós Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: <
<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/30167>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: papel dos juízes no grande encarceramento em massa.** Tirant Brasil, São Paulo, 2019.

SILVA, Adriana Barbosa e. **O horizonte de projeção da criminologia crítica na política de drogas no Brasil.** In CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (orgs.). 10 anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

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