



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO CONSTITUCIONAL
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

JOSÉ BORGES DE MORAIS JÚNIOR

**GARANTISMO E PRISÃO PREVENTIVA NO TRÁFICO
PRIVILEGIADO DE DROGAS NA COMARCA DE
FORTALEZA/CE: UMA VISÃO EMPÍRICA DAS GARANTIAS
DO CIDADÃO**

**FORTALEZA
2023**

JOSÉ BORGES DE MORAIS JÚNIOR

**GARANTISMO E PRISÃO PREVENTIVA NO TRÁFICO
PRIVILEGIADO DE DROGAS NA COMARCA DE
FORTALEZA/CE: UMA VISÃO EMPÍRICA DAS GARANTIAS
DO CIDADÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Nestor Eduardo Araruna Santiago.

FORTALEZA

2023

Ficha catalográfica da obra elaborada pelo autor através do programa de geração automática da Biblioteca Central da Universidade de Fortaleza

De Moraes Júnior, José Borges.

GARANTISMO E PRISÃO PREVENTIVA NO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS NA COMARCA DE FORTALEZA/CE: UMA VISÃO EMPÍRICA DAS GARANTIAS DO CIDADÃO / José Borges De Moraes Júnior. - 2023
140 f.

Dissertação (Mestrado Acadêmico) - Universidade de Fortaleza. Programa de Mestrado Em Direito Constitucional, Fortaleza, 2023.

Orientação: Nestor Eduardo Araruna Santiago.

1. Prisão preventiva. 2. Tráfico privilegiado. 3. Ordem pública. 4. Garantismo penal. 5. Direitos fundamentais.. I. Santiago, Nestor Eduardo Araruna . II. Título.

JOSÉ BORGES DE MORAIS JÚNIOR

**GARANTISMO E PRISÃO PREVENTIVA NO TRÁFICO
PRIVILEGIADO DE DROGAS NA COMARCA DE
FORTALEZA/CE: UMA VISÃO EMPÍRICA DAS GARANTIAS
DO CIDADÃO**

Dissertação julgada e aprovada para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional (PPGD), outorgado pela Universidade de Fortaleza. Área de Concentração: Direito Constitucional Público e Teoria Política.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Nestor Eduardo Araruna Santiago
(Orientador/ Universidade de Fortaleza – UNIFOR)

Professor Doutor Gustavo Raposo Pereira Feitosa
(Examinador/ Universidade de Fortaleza – UNIFOR)

Professor Doutor Vinícius Diniz Monteiro de Barros
(Examinador/ Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC MG)

AGRADECIMENTOS

Uma pesquisa científica é o resultado de muitos saberes acumulados, assim como é construída a partir da colaboração de muitas pessoas. Toda pesquisa científica, portanto, é uma obra coletiva. O caminho percorrido ao longo do desenvolvimento da presente pesquisa não foi diferente, uma vez que muitas pessoas e instituições contribuíram para a construção deste trabalho. Merecem, assim, especial registro de agradecimento.

Inicialmente, ao Ministério Público do Estado do Ceará, por incentivar a qualificação de seus membros.

À Universidade de Fortaleza (UNIFOR), assim como aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza – PPGD/UNIFOR, com os quais tive a rica experiência de uma aprendizagem humana e respeitosa.

Aos amigos que fiz ao longo dessa jornada, com os quais compartilhei alegrias, angústias e aprendizado.

Ao professor Doutor Nestor Eduardo Araruna Santiago, pela orientação séria e competente.

Aos professores da banca examinadora, por disponibilizarem seu tempo para contribuir com o aprimoramento do presente trabalho.

À minha família, especialmente aos meus pais, José Borges e Zenilde Moreira, que sempre estimularam os meus estudos e caminhos acadêmicos.

À Camila Vergara Lopes, por viabilizar a descoberta e releitura de sentimentos, sentidos e significados para a vida.

À Andrezza Aguiar Coelho, pela generosidade e leveza.

À Carolina Torquato, pelo estímulo às aventuras acadêmicas.

À Liane Maria, pelo aprendizado valioso de que a pesquisa deve ser uma experiência humana e acolhedora.

À Ana Beatriz Fernandes, pela lealdade e dedicação.

Em memória, ao Thor, amigo de 4 patas, pela camaradagem.

“Ele era um usuário e foi enquadrado como traficante. Agora está solto, ‘privilegiado’ pela justiça brasileira (...). Se ele fosse pego novamente, a cadeia ia comer no centro. Podia virar um bandido bem perigoso e, talvez, nem sair. Quem sabe morto, tudo isso em questão de dias, horas ou minutos, entraria para o livro das estatísticas prisionais.”

Eva Bárbara. Traficante Privilegiado

RESUMO

De acordo com os dados relativos ao primeiro semestre de 2020 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), observa-se que quase metade da população carcerária do Estado do Ceará é composta por presos provisórios. Por outro lado, a prisão provisória corresponde à medida cautelar processual penal mais grave prevista na ordem jurídica, e só deve ser decretada em situações excepcionais. Diante disso, da vagueza do conceito de ordem pública enquanto modalidade de prisão preventiva, assim como do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que nega caráter hediondo ao tráfico privilegiado, cuja pena, em caso de condenação definitiva, é cumprida em meio aberto, como regra, propõe-se analisar a interação entre o crime de tráfico privilegiado e a prisão preventiva, com fundamento na ordem pública, com vistas a esclarecer se o tratamento jurídico conferido ao traficante privilegiado viola garantias fundamentais do cidadão, à luz do garantismo penal e da Constituição de 1988. Para tanto, realiza-se pesquisa bibliográfica, nas bases de dados *redalyc*, *scielo* e *google scholar*; e documental, a partir da análise de jurisprudências, legislação e processos de tráfico de drogas da Comarca de Fortaleza, Ceará; com o uso do método hipotético-dedutivo e abordagem qualitativa e quantitativa, nos campos teórico e empírico, mediante a análise de sentenças das Varas de Drogas da Comarca de Fortaleza, Ceará, entre 1º de setembro de 2017 e 31 de agosto de 2022. Quanto aos objetivos, trata-se de pesquisa descritiva e explicativa. Diante disso, aborda-se, na primeira seção, a relação entre o tráfico privilegiado e a prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro. Na sequência, analisa-se os princípios constitucionais da presunção de inocência, da legalidade e da dignidade da pessoa humana, relacionados às garantias fundamentais do cidadão, no contexto da prisão preventiva do traficante privilegiado. Por fim, avalia-se a aplicação prática do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas pelos juízes criminais da Comarca de Fortaleza/CE, à luz do garantismo penal, com foco em seu caráter de contenção do poder punitivo estatal, e dos direitos fundamentais. Em sede de resultados, constata-se que a prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado ofende as garantias fundamentais do cidadão previstas na Constituição Federal de 1988. Assim, como contribuição metodológica, propõe-se a contemplação de um filtro garantista, ancorado nos princípios constitucionais da legalidade, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de conferir racionalidade às decisões judiciais, de modo a assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Outrossim, constata-se que a instrumentalização disfuncional da prisão preventiva com fundamento na ordem pública no contexto do tráfico privilegiado representa oneração excessiva dos cofres públicos.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Tráfico privilegiado. Ordem pública. Garantismo penal. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

According to data from the National Penitentiary Department (DEPEN) for the first half of 2020, it is observed that almost half of the prison population in the state of Ceará is composed of provisional prisoners. However, provisional imprisonment corresponds to the most serious procedural criminal protective measure provided for in the legal system and should only be ordered in exceptional situations. Given the vagueness of the concept of public order as a form of pre-trial detention, as well as the position of the Federal Supreme Court, which denies the heinous nature of privileged trafficking, and in which the sentence for such crimes, in the event of a final conviction, is served in open prison as a rule, we intend to analyze the interaction between the crime of privileged trafficking and pre-trial detention, based on public order, in order to clarify whether the legal treatment given to the privileged trafficker violates fundamental guarantees of the citizen, in light of penal garantismo and the 1988 Constitution. To this end, a bibliographical research is carried out in the redalyc, scielo, and google scholar databases; and documentary research is conducted, based on the analysis of jurisprudence, legislation, and drug trafficking cases from the judicial district of Fortaleza, Ceará. The study employs the hypothetical-deductive method and a qualitative and quantitative approach in both the theoretical and empirical fields, analyzing sentences from the Drug Courts of the judicial district of Fortaleza, Ceará, between September 1, 2017, and August 31, 2022. The research is both descriptive and explanatory in nature. The first section examines the relationship between privileged drug trafficking and pre-trial detention in the Brazilian legal system. Next, the study analyzes the constitutional principles of presumption of innocence, legality, and human dignity, in relation to the fundamental guarantees of citizens, within the context of pre-trial detention of privileged drug dealers. Finally, the practical application of article 33, paragraph 4, of the Drug Law by criminal judges in the district of Fortaleza, Ceará is evaluated in light of penal guarantees, with a focus on its role in restraining state punitive power and upholding fundamental rights. Based on the results, it is found that pretrial detention based on public order for privileged drug dealers violates the fundamental guarantees of citizens as provided for in the 1988 Federal Constitution. As a methodological contribution, we propose the adoption of a garantist filter anchored in the constitutional principles of legality, presumption of innocence, and human dignity, with the purpose of ensuring that judicial decisions are rational and maximize the effectiveness of fundamental rights. Furthermore, it is noted that the dysfunctional use of pretrial detention based on public order in the context of privileged trafficking represents an excessive burden on public coffers. .

Keywords: Preventive detention. Privileged trafficking. Public order. Penal garantismo. Fundamental rights.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Decisões das Varas da Comarca de Fortaleza/CE	97
Figura 2 – Prisão preventiva	98
Figura 3 – Prisões preventivas com fundamento na ordem pública	99
Figura 4 – Natureza da droga	100
Figura 5 – Ano da sentença.....	102
Figura 6 – Pena imposta na sentença.....	103
Figura 7 – Regime prisional.....	104
Figura 8 – Modalidade de prisão com fundamento na ordem pública.....	105
Figura 9 – Prisão preventiva com fundamento na ordem pública na modalidade gravidade concreta da conduta.....	106
Figura 10 - Prisão preventiva com fundamento na ordem pública na modalidade reiteração criminosa.....	107
Figura 11 - Prisão preventiva com fundamento na ordem pública na modalidade periculosidade do agente.....	109
Figura 12 - Existe ofensa à presunção de inocência em caso de prisão preventiva com fundamento na ordem pública?.....	111
Figura 13 - Existe ofensa à legalidade em caso de prisão preventiva com fundamento da ordem pública?.....	118

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 TRÁFICO PRIVILEGIADO E PRISÃO PREVENTIVA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO	19
1.1 Análise da política criminal do tráfico privilegiado no Brasil	19
1.1.1 <i>Aspectos legais e inflação dos núcleos do tipo penal do tráfico no ordenamento jurídico brasileiro: direito penal da guerra à droga</i>	23
1.1.2 <i>Tráfico privilegiado no sistema judicial brasileiro: perspectivas jurisprudenciais</i>	36
1.2 Prisão preventiva do traficante privilegiado: ofensa a direito e a garantias fundamentais previstos na Constituição Federal?.....	44
1.2.1 <i>Prisão preventiva e as hipóteses caracterizadoras do periculum libertatis no ordenamento jurídico brasileiro</i>	46
1.2.2 <i>Prisão preventiva com fundamento na ordem pública e o tráfico privilegiado: aporias em torno da gravitação jurídica invertida e o acessório que corrompe o principal</i>	50
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À TUTELA PENAL E PROCESSUAL PENAL NO CONTEXTO DA PRISÃO PREVENTIVA DO TRAFICANTE PRIVILEGIADO	59
2.1 Dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo no Estado Democrático de Direito brasileiro	60
2.2 Presunção de inocência e suas dimensões constitutivas no direito processual penal brasileiro	65
2.3 Entre o princípio da legalidade e a prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública: relativização possível?	72
3 PRISÃO PREVENTIVA NO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS NA COMARCA DE FORTALEZA/CE: ANÁLISE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS À LUZ DO GARANTISMO PENAL	81
3.1 Filtro garantista como limite do poder de decidir no direito penal e processual penal	81
3.2 Análise de conteúdo na produção científica do Direito: o compromisso do rigor metodológico e o percurso interpretativo do pesquisador	85
3.2.1 <i>Justificativas e limitações do percurso metodológico da análise de decisões judiciais das Varas Especializadas de Drogas na Comarca de Fortaleza/CE</i>	89
3.3 Análise do tratamento jurídico conferido ao traficante privilegiado na Comarca de Fortaleza/CE: prisão preventiva, ordem pública e garantias constitucionais	96
CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS.....	131

INTRODUÇÃO

A complexidade do tratamento penal das drogas vai além da questão estritamente jurídica, e demanda uma ampla rede de conexões com outros saberes, vinculados por meio de relações de interdependência características de uma realidade multifacetada. Tal complexidade é reconhecida pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição Federal de 1988 equipara o crime de tráfico de drogas aos crimes de natureza hedionda, que possuem uma maior reprovação social. Com isso, cabe ao Estado reprimi-los com maior intensidade.

Na legislação ordinária, o tráfico de drogas encontra-se regulamentado pela Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Lei de Drogas, que veio instituir a Política Pública Nacional sobre Drogas, além de estabelecer normas de caráter repressivo e definir crimes, entre outras providências. Assim, ao admitir as condutas que se apresentam no contexto do comércio de drogas, e as decorrentes sanções, para cada uma delas, o legislador brasileiro enumera três figuras distintas: o usuário, o traficante ocasional (ou privilegiado) e o traficante habitual.

No que se refere ao consumo de droga para uso pessoal, cumpre assinalar que a promulgação da referida lei apresenta uma alteração de paradigma em relação à legislação anterior, com o abrandamento da abordagem desta conduta, a partir de sua despenalização. Com isso, o infrator encontra-se submetido somente às penas de advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo, conforme estabelecido no artigo 28, da Lei de Drogas.

Entre o usuário e o traficante habitual, dois polos extremos, destaca-se, na presente pesquisa, a figura do traficante privilegiado ou ocasional. O tráfico ocasional ou privilegiado é caracterizado pelo comércio de droga praticado por agente primário, com bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. O traficante privilegiado goza do benefício de redução de pena de um sexto a dois terços, consoante dispõe o artigo 33, §4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Por sua vez, o tráfico habitual, também conhecido como crime de tráfico propriamente dito, consiste na prática contumaz do comércio de drogas como meio de vida, a partir do qual

o traficante se sustenta, e normalmente está associado a organizações criminosas estáveis, estruturadas e com divisão de tarefas bem definidas entre seus integrantes. A Lei n.º 11.343/2006 é responsável pelo endurecimento das sanções aplicáveis ao crime de tráfico propriamente dito, uma vez que aumentou a pena mínima do delito de tráfico de drogas para 5 (cinco) anos, e veio enfatizar a abordagem punitiva geral de penas privativas de liberdade para este tipo penal específico. Cumpre assinalar, neste ponto, que o ordenamento jurídico brasileiro apenas atribui a nota distintiva da hediondez ao crime de tráfico habitual ou propriamente dito.

Diante do escalonamento das sanções previstas para o comércio ilícito de drogas no Brasil, correspondente às figuras do usuário de drogas, do traficante ocasional e do traficante habitual, percebe-se que o critério norteador da norma para a pena prevista consiste na gravidade em abstrato da conduta típica. Destarte, pune-se com maior rigor o traficante profissional, de um lado; enquanto a prática do consumo de droga ilícita é despenalizada, de outro.

Embora a própria Constituição Federal tenha considerado o tráfico de drogas equiparado a crime hediondo, cabe registrar que tal raciocínio não se aplica ao usuário e ao traficante privilegiado. Nestes casos, há uma abertura para utilização de instrumentos típicos de justiça penal negociada, a depender da situação concreta. Tais instrumentos objetivam, dentre outras funções declaradas: facilitar o acesso à Justiça; desafogar o sistema de justiça criminal; contribuir para reduzir o alcance do fenômeno do encarceramento em massa; e minorar os efeitos da estigmatização da parte acusada no processo penal.

Com efeito, e sob a perspectiva processual, observa-se a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal (ANPP) no crime de tráfico privilegiado, com fundamento no artigo 28-A, do Código de Processo Penal (CPP), alterado pela Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Trata-se de figura processual que estimula uma justiça penal negociada e possibilita o ajuste de algumas condições do investigado com o Ministério Público que, em contrapartida, obriga-se a não oferecer denúncia. Além disso, o ordenamento atribui o cumprimento de pena em regime aberto, como regra, em caso de condenação definitiva de traficante privilegiado.

O tratamento acima não se aplica, contudo, ao traficante habitual. Neste caso, destaca-se a possibilidade de decretação da prisão preventiva, com a finalidade, como regra, de salvaguardar a ordem pública, dada a gravidade em abstrato da conduta delitiva prevista pelo legislador, concebida como crime hediondo. No que diz respeito ao traficante privilegiado, parte-se da hipótese de que este tratamento jurídico configura instrumentalização disfuncional

de medida cautelar extrema, à luz do garantismo penal, em detrimento do ordenamento jurídico e do contexto jurisprudencial brasileiro.

Neste ponto, cumpre registrar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), firmado em 2016, em decisão proferido no habeas corpus n.º 118.533/MS, de que o tráfico privilegiado não se reveste da natureza de crime hediondo (BRASIL, 2016). Este julgado influenciou a alteração da legislação ordinária, por força da nova redação contida no artigo 112, §5º, da Lei n.º. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execuções Penais), que é clara no sentido de que o tráfico privilegiado qual não constitui crime hediondo, para fins de progressão de regime.

Ainda, quanto ao tratamento conferido pelos Tribunais Superiores ao assunto, destaca-se, em 2020, uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), proferida no habeas corpus n.º 596.603/SP, que determinou a fixação do regime aberto a todos os condenados por tráfico privilegiado, com pena de um ano e oito meses, no Estado de São Paulo (BRASIL, 2020). Logo, o diálogo entre a prisão preventiva com fundamento na ordem pública e o crime do tráfico privilegiado deve considerar as nuances deste tipo penal, especificamente, e não do gênero tráfico de drogas.

Como toda medida cautelar, a prisão preventiva deve contribuir para a concretização do direito material, por meio do apoio que presta à efetividade do procedimento definitivo. Assim, de acordo com o artigo 313, do Código de Processo Penal (CPP), pode ser decretada com fundamento na necessidade de garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Todavia, ao passo em que os fundamentos relacionados à conveniência da instrução criminal e à garantia da aplicação da lei penal traduzem medidas cautelares, o mesmo não se pode dizer quanto aos fundamentos concernentes à garantia da ordem pública ou econômica, conceitos jurídicos indeterminados, que devem ser tensionados perante os princípios da presunção de inocência, da legalidade e da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, promove-se o diálogo do assunto com a teoria do garantismo penal, que trabalha questões de tutela penal e processual dos direitos e garantias fundamentais, com foco no instituto do tráfico privilegiado ou ocasional. Isto porque a teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli, escolhe o direito penal como palco privilegiado de violações a direitos fundamentais. Propõe-se, assim, um aprofundamento sobre as nuances do reconhecimento do tráfico privilegiado, notadamente nos casos em que ocorre a prisão preventiva, com fundamento na ordem pública.

Em linhas gerais, o modelo garantista objetiva traçar um arcabouço jurídico e filosófico que resgata preocupações iluministas com os limites do poder do soberano, mediante o estabelecimento de limites claros de contenção do poder estatal em face do indivíduo. Com a moldura teórica desenvolvida por Ferrajoli, apreendida a partir de uma perspectiva de política criminal, o poder punitivo encontra-se delineado por vínculos e limites próprios de democracias constitucionais, como a brasileira, que reduzem ou minimizam a violência autorizada do Estado. Nessa perspectiva, o garantismo se apresenta como uma vereda segura, possível e viável de um projeto de política criminal de redução de danos; além de se ocupar com a necessária efetivação concreta dos direitos fundamentais e da contenção do poder punitivo estatal.

O estudo da prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública constitui fenômeno jurídico de destaque para a compreensão da crise de legitimidade do sistema de justiça criminal brasileiro, por contrariar princípios constitucionais expressos, notadamente a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência e o princípio da legalidade, o que contribui para o fenômeno do encarceramento em massa.

Diante destes contornos normativos e jurisprudenciais, e dos flagrantes que envolvem o tráfico privilegiado de drogas, que resultam em conversão em prisão preventiva, é preciso realizar uma análise aprofundada da interação entre este tipo penal e a prisão preventiva no Brasil. Com isso, é possível avaliar se o tratamento jurídico conferido ao traficante privilegiado observa as particularidades deste tipo penal, especificamente, ou se constitui o resultado de um processo de criminalização operado pelo sistema de justiça, que ofende garantias fundamentais previstas na Constituição.

Além disso, a utilização da prisão preventiva, na atividade do Poder Judiciário, como o principal instrumento de resposta estatal, em nome do enfrentamento às drogas, tende a favorecer a expressiva ocupação do sistema penitenciário por presos provisórios, além de operar como mecanismo de controle social dos marginalizados, excluídos e indesejáveis. De acordo com os dados relativos ao primeiro semestre de 2020 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2021a), no Brasil, quase metade da população carcerária do Estado do Ceará é composta por presos provisórios, isto é, pessoas que não possuem condenação em definitivo.

A prisão preventiva, espécie de prisão provisória, corresponde à medida cautelar processual penal mais grave prevista na ordem jurídica, que contempla um catálogo de outras medidas cautelares, cuja utilização deve ter preferência em relação à prisão. Por tal razão, a prisão preventiva apenas deve ser decretada em situações excepcionais, com a finalidade

específica de resguardar a jurisdição (aplicação de lei), de tutelar a prova (conveniência da instrução criminal) ou, ainda, de preservar a comunidade social (ordem pública).

Logo, as evidências apontam que as prisões cautelares não estão sendo decretadas como última ratio das medidas cautelares. Ainda, os mesmos dados informam que aproximadamente um quinto (21,03%) das pessoas inseridas no sistema penitenciário estadual responde pelo crime de tráfico (DEPEN, 2021b). Em relação às mulheres, observa-se que as prisões desta natureza representam mais da metade da quantidade de incidência do citado tipo penal, o que pode sugerir que a política criminal de enfrentamento às drogas é constituída por zonas fronteiriças que abarcam diversas temáticas, entre elas a questão de gênero (DEPEN, 2021b).

Neste cenário, propõe-se analisar a possibilidade de violação das garantias fundamentais do cidadão previstas na Constituição de 1988, na perspectiva do garantismo penal, nas Varas de Drogas da Comarca de Fortaleza, no Estado do Ceará, pela decretação de prisão preventiva de infratores denunciados por crime privilegiado de tráfico de drogas, com fundamento na ordem pública.

Diante disso, não é exagerado valer-se da genialidade musical de Chico Buarque (1978) para, metaforicamente, cogitar considerar o traficante privilegiado como a “Geni” do processo penal brasileiro, “[...] ela é feita para apanhar, ela é boa para cuspir [...]: maldita Geni”. Maldito privilégio. A questão a ser enfrentada, nestes termos, é a seguinte: em que medida a prisão preventiva com fundamento na ordem pública de infratores denunciados por crime privilegiado de tráfico de drogas, na Comarca de Fortaleza/CE, é capaz de violar as garantias fundamentais do cidadão, previstas na Constituição de 1988, à luz do Garantismo Penal?

Vislumbra-se, assim, a relevância da realização de pesquisa no campo teórico e empírico, na comarca de Fortaleza/CE, nos moldes propostos acima, mediante a interação da Lei de Drogas, no que toca ao tráfico privilegiado, a prisão preventiva e a teoria do garantismo penal, frente aos contornos da realidade local e dos entendimentos das Cortes Superiores brasileiras, na esfera federal.

Com a finalidade de responder ao problema que ora se apresenta, realiza-se pesquisa bibliográfica, em artigos de periódicos científicos, livros, teses e dissertações, material extraído da internet, a partir das bases de dados redalyc, scielo e google scholar; e documental, a partir da análise de fontes primárias que não receberam tratamento analítico anterior, como: jurisprudências, legislação e processos de tráfico de drogas da Comarca de Fortaleza, Ceará; e/ou secundárias, ou ainda em material que de algum modo já foi analisado, tais como relatórios

e tabelas estatísticas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e do Departamento Penitenciário Nacional (GIL, 1989).

Quanto ao método, optou-se pelo hipotético-dedutivo, partindo do geral ao particular, de forma a chegar a conclusões puramente formais em virtude de sua lógica, que se dará por meio da análise do tráfico privilegiado e da prisão preventiva à luz do marco teórico do garantismo penal e da Constituição Federal de 1988. No que diz respeito à abordagem do problema, trata-se de pesquisa qualitativa, porque se propõe a compreensão dos fenômenos a partir de um nível de realidade que não pode ser quantificado, pois “[...] trabalha com o universo dos significados, dos motivos, das aspirações, das crenças, dos valores, das atitudes” (MINAYO, 2009, p. 21). Neste esforço, utiliza-se a técnica da análise de conteúdo, de Lawrence Bardin, para apreciar os dados coletados.

Por outro lado, o uso da abordagem quantitativa se justifica por ser capaz de quantificar o cenário em análise e promover uma compreensão acerca de sua dimensão, por meio da compreensão de relatórios e estatísticas relacionadas às prisões provisórias decretadas nos crimes de tráfico privilegiado, na Comarca de Fortaleza/CE, entre 1º de setembro de 2017 e 31 de agosto de 2022.

A pesquisa é realizada, portanto, nos campos teórico e empírico. Neste caso, o recorte temporal adotado se justifica uma vez que, no ano de 2016, em decisão proferida nos autos do Habeas Corpus nº. 118533/MS, o STF reconheceu que o tráfico privilegiado não constitui crime hediondo. Neste sentido, a análise de sentenças a partir do ano seguinte viabiliza a análise de eventual incorporação dessa orientação pelos juízes de primeiro grau de jurisdição, em Fortaleza, Ceará.

Outrossim, no ano de 2020, entrou em vigência o pacote anticrime (Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019), por meio do qual foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro o instituto do acordo de não persecução penal. Além disso, foi reconhecido, expressamente, para fins de progressão de regime de pena, que o tráfico privilegiado não tem natureza de crime hediondo. Neste aspecto, a análise de conteúdo das sentenças proferidas pelas Varas de Drogas de Fortaleza, Ceará, a partir do citado marco legislativo, é capaz de indicar as medidas processuais preferenciais previstas pelo ordenamento, em abstrato, e aplicadas pelo sistema de justiça criminal, em relação ao traficante privilegiado, no caso concreto.

Quanto aos objetivos da pesquisa, esta possui caráter descritivo, porque propõe-se descrever as principais características do fenômeno da prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública, de forma objetiva, no contexto jurídico

brasileiro; e explicativo, uma vez que busca compreender a razão e os motivos por trás do tratamento penal e processual conferido ao crime de tráfico ocasional, em um diálogo entre prisão preventiva, tráfico privilegiado, ordem pública, garantismo penal e direitos fundamentais.

Ademais, o estudo das sentenças de tráfico privilegiado na Comarca de Fortaleza/CE, a 2ª maior cidade do Nordeste e uma das 5 (cinco) maiores capitais do país, possibilita uma análise da problemática das prisões preventivas envolvendo essa figura delitiva em um dos maiores centros urbanos do País, que compartilha com os demais as preocupações comuns acerca do enfrentamento ao tráfico de drogas, da violência urbana e do aumento da população carcerária.

A opção pela pesquisa de processos em primeiro grau de jurisdição guarda relação com o fato de que os processos julgados em primeiro grau revelam maior aproximação do sistema de justiça criminal com o jurisdicionado, assim como os fatos trazidos a julgamento, o que possibilita analisar, de forma quantitativa e qualitativa, a prestação jurisdicional praticada no cotidiano forense. Ademais, o acesso à segunda instância é mais custoso, depende da contratação de advogado particular ou de atuação da Defensoria Pública, instituição ainda em processo de melhor estruturação, de maneira que, tendencialmente, um contingente significativo de demandas criminais se resolve em primeiro grau de jurisdição.

De todo modo, o recorte realizado oferece subsídios concretos para a compreensão do mecanismo engendrado por meio das decisões judiciais que decretam a prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública, no contexto de possíveis violações de direitos fundamentais, com potencial para análises futuras acerca da violação de direitos fundamentais na prática processual, a partir da figura do traficante privilegiado.

Com os esforços metodológico acima delimitados, importa analisar o instituto do tráfico privilegiado e da prisão preventiva com fundamento na ordem pública no ordenamento jurídico brasileiro, frente a ocorrência de violações de direitos fundamentais decorrentes do tratamento jurídico conferido pelas agências punitivas estatais, no contexto de um crime cometido sem violência ou grave ameaça, sem natureza hedionda.

Para isso, analisa-se, na primeira seção, o instituto jurídico do tráfico privilegiado e da prisão preventiva à luz do ordenamento constitucional vigente, bem como o entendimento vigente das Cortes Superiores brasileiras, que cumprem papel de relevo na defesa dos direitos fundamentais, na estabilização das relações jurídicas por meio da vinculação de seus precedentes ao Poder Judiciário e que atuam como faróis a orientar as decisões proferidas pelos

juízes de primeira instância. Com isso, vislumbra-se delinear o problema e a hipótese da pesquisa, no que se refere à prisão preventiva do traficante com fundamento na ordem pública.

Na seção seguinte, propõe-se identificar os princípios constitucionais relacionados aos direitos fundamentais, no que diz respeito à tutela penal e processual penal, no âmbito da aplicação do instituto do tráfico privilegiado e da decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública. Neste momento, busca-se averiguar se há uma inversão da lógica constitucional no sentido de constatar possível ofensa ao princípio da legalidade, em sua função de limitar o poder punitivo estatal; do princípio da presunção da inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; e, por fim, do princípio da dignidade da pessoa humana, que irradia seus efeitos por todo sistema jurídico brasileiro.

Na terceira seção, realiza-se um estudo aprofundado acerca do garantismo penal, bem como pesquisa empírica a partir da análise dos processos das Varas de Drogas da Comarca de Fortaleza/CE, entre 2017 e 2022, com foco na decretação de prisão preventiva de traficante privilegiado com fundamento na ordem pública. Analisa-se, neste contexto, em sentença definitiva, se há ou não o reconhecimento da ocorrência do tráfico privilegiado, a partir da teoria do garantismo penal.

Destarte, a terceira seção concentra-se no esforço de avaliar a aplicação prática da decretação da prisão preventiva à figura do tráfico ocasional, previsto no artigo 33, §4º, da lei de drogas, pelos juízes criminais da comarca de Fortaleza/CE, à luz do garantismo penal e da Constituição Federal de 1988, no debate acerca da violação de direitos e garantias fundamentais na prática processual penal.

1 TRÁFICO PRIVILEGIADO E PRISÃO PREVENTIVA NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

O objetivo desta seção é compreender o instituto do tráfico privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro, assim como analisar as hipóteses de cabimento da prisão preventiva com fundamento na ordem pública.

Para isso, o texto está distribuído em quatro subseções. As duas primeiras estão relacionadas ao tráfico privilegiado. Na primeira delas, são analisados os aspectos relacionados à política criminal e à Lei de Drogas no Brasil. Em seguida, aborda-se o tratamento jurídico atribuído ao traficante privilegiado pelas Cortes Superiores brasileiras. Em um terceiro momento, são descritos os tipos de prisão preventiva previstos no ordenamento jurídico, com a identificação daqueles que não se revestem, especificamente, de natureza cautelar. Na quarta e última subseção, são analisados os pontos de tensão dentro da ordem jurídica-constitucional decorrentes da decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública no crime de tráfico privilegiado.

1.1 Análise da política criminal do tráfico privilegiado no Brasil

A política criminal pode ser compreendida como o “ramo das ciências penais que orienta a tomada de decisões nas três esferas de poder, suas instituições e agentes” (USP, 2022, s.p.). Ocupa-se, portanto, da valoração e da seleção de bens a serem tutelados penalmente, assim como indica os caminhos a serem trilhados para, efetivamente, promover essa tutela.

No Brasil, até o início do século XX, o uso e o comércio de drogas eram tratados segundo um modelo sanitarista. Nesse período, o Brasil não se ocupou de criar uma política nacional de proibição das drogas em razão dos limites estabelecidos pelo arranjo de forças políticas que se organizavam dentro de um sistema federalista incipiente. Com isso, havia uma maior autonomia para os Estados e para os Municípios para criação de leis que tipificassem condutas relacionadas ao uso de drogas (SILVA, 2020).

No plano internacional, a primeira reunião sobre o controle de drogas ocorreu no século XX, na conferência de Haia, em 1912. No entanto, o grande marco jurídico mundial a respeito das drogas psicoativas é a Convenção Única da ONU, de 1961, vigente até o presente momento, por meio da qual o modelo proibicionista se universalizou, nos níveis de saúde pública e de segurança pública (LABATE; RODRIGUES, 2018).

Nos EUA, a repressão à produção e distribuição de drogas é orientada a partir das seguintes premissas, voltadas, respectivamente, ao controle da oferta e da demanda: fiscalização sobre a entrada das drogas, por meio do endurecimento da repressão contra o tráfico, e adoção de mecanismos para inibir o uso de entorpecentes, como a prisão de usuários (FEITOSA; PINHEIRO, 2012).

A partir da consolidação do paradigma proibicionista no plano internacional, segue-se a mesma tendência no âmbito doméstico, e a questão das drogas passa a ser tratada por uma perspectiva proibicionista e repressiva em todas as legislações brasileiras subsequentes. Isso se verifica, especialmente, com a edição da Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, que deixa inequívoca a passagem do modelo sanitaria para o bélico.

O direito penal torna-se, nesse cenário, instrumento para acionar uma guerra permanente entre o Estado, representante de uma sociedade saudável e moralmente correta, contra um inimigo interno, rotulado de criminoso, identificado como perigoso e ameaçador da ordem pública (LABATE; RODRIGUES, 2018).

Já a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) ocupou-se de enumerar valores democráticos e preocupações sociais, e reforçou a opção repressiva em relação às drogas, ao se responsabilizar pelo estabelecimento de tutelas penais por meio dos mandados de criminalização. Nesse sentido, o artigo 5º, XLIII, do texto constitucional determina que a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 1988).

De igual maneira, o tratamento rigoroso diferenciado no que concerne à questão das drogas é reforçado na CF/88, em seu artigo 5º, LI, que excepciona a possibilidade de extradição de brasileiro naturalizado à hipótese de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (BRASIL, 1988). Por essas razões, Carvalho

(2016) considera que a Constituição Federal de 1988 atribuiu o mais elevado grau de resposta punitiva estatal, no sistema penal e processual penal brasileiro, ao comércio ilegal de drogas.

No entanto, é preciso destacar como ponto de tensão, dentro da ordem constitucional vigente, a coexistência de mandados de criminalização constitucional com a expressa salvaguarda de direitos e garantias fundamentais (MATTOS, 2019).

Esse movimento de forças contrárias no interior da ordem constitucional se apresenta, de um lado, pela construção de limites ao poder punitivo, notadamente como meio de salvaguardar a dignidade da pessoa humana. De outro, o conteúdo social do Estado reclama prestações positivas no sentido de atingir metas para redução de desigualdades, o que orienta algumas exigências de criminalização. No entanto, como adverte Semer (2020), a história sugere que a força dissuasória do direito penal em relação à efetiva tutela dos bens por ele tutelados é restrita. Não raro, os efeitos colaterais decorrentes da instituição da tutela penal provocam efeitos demasiadamente nocivos à democracia.

Daí ser necessário cautela na aplicação dos mandados de criminalização, sob pena de comprometimento de valores fundantes do Estado Democrático de Direito. É preciso observar uma proporcionalidade no que se refere à pertinência e adequação da tutela penal do bem jurídico protegido. Se, de um lado, existe a determinação constitucional para proteção de determinado bem, de outro, há que se levar em consideração os princípios limitadores do poder punitivo. Isso porque a irrestrita adesão à guerra às drogas, paradoxalmente, enfraquece a proteção da saúde pública que se pretende resguardar (SEMER, 2020).

Potencialmente, a saúde pública resta comprometida quando a opção militarizada pela guerra às drogas ocasiona mortes em decorrência da atuação policial, assim como por força da canalização de vultosos recursos públicos para as polícias, com a finalidade de efetuar a compra de veículos, aeronaves, armas e equipamentos, em detrimento da construção de hospitais e expansão do saneamento básico.

Nesse caminho, que se equilibra entre níveis de prevenção modulados e graus de repressão, são consagrados, a um só tempo, os limites ao poder de punir e os horizontes mais amplos de criminalização, segundo o modelo constitucional vigente. É, nesse contexto, que foi editada a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad, o qual prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelece normas para

repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes e dá outras providências (BRASIL, 2006).

Trata-se de uma lei híbrida, na qual se apresentam de forma simultânea o legado repressivo e propostas alternativas, a defesa da punição e propostas descriminalizantes. Nessa linha, apresentam-se os dois grandes objetivos da Lei n. 11.343/2006, quais sejam, a prevenção e a repressão (LABATE; RODRIGUES, 2018). Na mesma linha, Capano (2015) afirma que a lei antidrogas opera em dois eixos programáticos, prevenção e repressão. Para o usuário de drogas, trabalhou a prevenção e reinserção. Para o crime organizado e para o traficante, a repressão.

Com o advento da referida lei, a intenção declarada do legislador foi se afastar de uma política criminal absolutamente repressiva, de modo a viabilizar a diferenciação entre as figuras do traficante e do usuário, tratando-os de forma diversa, com objetivo de prestigiar o caráter ressocializador da pena. De igual maneira, inovou ao distinguir o traficante habitual daquele que, de forma ocasional e única, envolveu-se na traficância, cuja punição deve ser mais branda do que aquela conferida ao indivíduo que faz do tráfico seu meio de vida.

De forma inédita, portanto, a legislação estabeleceu a redução da punição daquele traficante considerado “de primeira viagem”, que não se vê estabilizado por meio de raízes profundas no terreno destinado à cadeia produtiva do comércio de drogas. Nesse sentido, a exposição de motivos da Lei nº 11.343/2006 deixou clara a necessidade de tratamento penal mais benigno ao traficante ocasional, assim considerado aquele “pequeno traficante, de regra dependente, embora imputável” (BRASIL, 2006). A esse tipo de traficante é conferida a possibilidade da incidência de causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º da referida Lei¹.

Eis a localização do tráfico privilegiado na legislação penal sobre drogas no Brasil, inserida no contexto de uma política criminal que se orienta entre a dimensão repressiva, de um lado, e os níveis de prevenção, de outro. Nesse sentido, verifica-se que a política criminal adotada no Brasil, na perspectiva repressiva, optou por conferir ao tráfico ocasional uma abordagem mais branda.

Considera-se proveitoso, nesse cenário situado o tráfico privilegiado na política criminal brasileira, identificar a natureza jurídica desse instituto, analisar os requisitos legais para seu

1 “§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

reconhecimento, para, na sequência, averiguar de que maneira a Lei de Drogas, no Brasil, nos termos como foi formulada, pode contribuir para expansão do poder punitivo estatal e, assim, colaborar para os que agentes formais de poder adotem a prisão preventiva como medida preferencial em desfavor do traficante privilegiado.

1.1.1 Aspectos legais e inflação dos núcleos do tipo penal do tráfico no ordenamento jurídico brasileiro: direito penal da guerra à droga

Primeiramente, é preciso destacar que as controvérsias jurídicas atuais acerca do traficante privilegiado são pertinentes e ocupam posição de destacada relevância. Os debates que envolvem essa figura delitiva se estabelecem desde a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal e da discussão a respeito das circunstâncias fáticas que autorizam, objetivamente, o reconhecimento do privilégio, como a possibilidade de utilização da natureza e da quantidade de droga para afastar o reconhecimento do privilégio normatizado, até o momento de aplicação da pena – que motiva o debate sobre os critérios para a fixação da fração de redução da pena.

Em todas essas situações, entre as interpretações possíveis, vislumbra-se a opção menos favorável ao traficante privilegiado, a despeito da intenção do legislador de atribuir a esse tipo de traficância tratamento mais brando, o que justifica o potencial dessa figura para o protagonismo no cenário de violações de direitos fundamentais praticadas pelas agências punitivas.

Diante das hipóteses legais exigidas para o reconhecimento do privilégio, é possível estabelecer as necessárias conexões com os limites e com as possibilidades de decretação da prisão preventiva no contexto do tráfico ocasional. Para tanto, é preciso delinear o pensamento jurisprudencial brasileiro sobre o assunto, naquilo que se relaciona com a possibilidade de adoção da medida processual mais gravosa prevista no ordenamento jurídico pátrio.

Assentados esses pressupostos, registre-se que a natureza jurídica do tráfico privilegiado não é compatível com um privilégio propriamente dito, uma vez que não se trata de um tipo penal derivado, com penas mínimas e máximas diferentes das que foram previstas para o tipo penal básico (LIMA, 2020). Isso porque as penas mínimas e máximas correspondem às do tráfico, estabelecidas entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos. Assim, o tráfico privilegiado, tal como

estabelecido na Lei n. 11.343/2006, tem natureza de causa de redução de pena, à fração de 1/6 a 2/3, na terceira fase de dosimetria da pena (BRASIL, 2006).

Ademais, para o reconhecimento da causa de diminuição de pena, a lei exige a presença de determinados requisitos cumulativos, a saber: a) primariedade do acusado; b) bons antecedentes; c) não dedicação a atividades criminosas; e d) não integrar atividade criminosa.

O conceito de primariedade extrai-se a partir da definição legal de reincidência contida no artigo 63 do Código Penal, que é quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (BRASIL, 1940).² Assim, considera-se primário quem não é reincidente, ou seja, aquele indivíduo que não cometeu outro crime, após ter sido anteriormente condenado de forma definitiva por crime anterior, no prazo de 5 (cinco) anos (NUCCI, 2014).

Nesse particular, importante registrar o entendimento ainda não consolidado perante as Cortes Superiores acerca da possibilidade de condenação anterior por uso de substância ilícita gerar reincidência e, por consequência, prejudicar o reconhecimento do privilégio. Com efeito, enquanto o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental no *habeas corpus* n.º 539720/SP, com lastro no princípio da proporcionalidade, compreende que a condenação anterior pelo uso de droga não pode gerar reincidência genérica (BRASIL, 2020), observa-se, no Supremo Tribunal Federal, a partir do que foi decidido no *habeas corpus* n.º 148484/SC, um entendimento predominante diverso (BRASIL, 2019).

A definição de bons antecedentes, tal como ocorre com a primariedade, é estabelecida por exclusão, de modo que é dotado de bons antecedentes aqueles que não possuem maus antecedentes. Logo, maus antecedentes podem ser definidos como as intercorrências presentes no histórico criminal do indivíduo, que não têm o condão de gerar reincidência (CRUZ; RUY; SOUZA, 2021).

Dessa maneira, considera-se como uma situação passível de configurar maus antecedentes a condenação por fato anterior, quando o trânsito em julgado ocorrer no transcurso da ação penal em questão. Todavia, em homenagem ao princípio constitucional da inocência, é vedada a utilização de inquéritos e ações penais em curso, sem sentença condenatória transitada

² Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

em julgada, que não se prestam para justificar maus antecedentes, conforme preconiza a Súmula 444³, do STJ (BRASIL, 2010).

Em contrapartida, o conceito do que se compreende por não dedicação às atividades criminosas não é pacífico. Para parcela da doutrina, trata-se de expressão estranha e que nada diz (NUCCI, 2014), visto que, demonstrada a primariedade e afastada a ocorrência de maus antecedentes, desconsidera-se a possibilidade de o agente se dedicar à atividade criminosa. Para não tornar letra morta tal previsão legal, Cruz, Ruy e Souza (2021) sustentam que indícios coligidos a partir de inquéritos ou ações penais em tramitação podem gerar uma probabilidade suficiente quanto à condição de traficante contumaz ou criminoso habitual.

O último dos requisitos previstos em lei condiciona o reconhecimento do privilégio à demonstração de que o agente não integre organização criminosa, cujo conceito está previsto no §1º, do artigo 1.º, da Lei n.º 12.850, de 2 de agosto de 2013, segundo o qual uma organização criminosa consiste na associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (BRASIL, 2013).⁴

Nessa perspectiva, a participação do agente em organização criminosa, integrado a uma estrutura criminosa organizada voltada para a prática de infrações penais, não se coaduna com o tratamento mais brando conferido pelo legislador àquele que se envolve de maneira ocasional no tráfico ilícito de drogas.

Pontue-se que, em observância ao sistema acusatório, nos termos do artigo 3º-A do Código de Processo Penal⁵, cabe ao órgão acusatório, com a finalidade de afastar a incidência da minorante, provar que o agente não preenche os requisitos legais (BRASIL, 1941). Portanto, cabe ao Ministério Público provar a incidência de ao menos uma das situações indicadas em lei no sentido de demonstrar que o agente não é primário, não possui bons antecedentes, dedica-se a atividades criminosas ou integra organização criminosa, com a finalidade de afastar a causa

3 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula 444 do STJ)

4 “§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

5 “Artigo 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”.

de diminuição de pena. Caso contrário em caso de dúvida, esta se resolverá em favor do réu, e o privilégio deverá ser reconhecido (MARCÃO, 2015).

É preciso colocar em relevo, ainda, que os requisitos para reconhecimento do tráfico privilegiado são cumulativos. Por conseguinte, na ausência de qualquer dos requisitos legais, não cabe cogitar o reconhecimento da causa de diminuição de pena. No entanto, Oliveira, Cunha, Bianchini e Gomes (2014) consideram que a causa de diminuição da pena é direito subjetivo do réu. Assim, preenchidos os requisitos legais, o benefício não se situa na órbita discricionária do juiz, que deve reduzir a pena.

O tratamento legislativo conferido ao traficante privilegiado, nesses termos, revela a intenção do legislador de atribuir contornos mais benignos a essa figura delitiva. Assim, há que se ponderar a incompatibilidade da decretação da prisão preventiva com a prática do tráfico ocasional.

No entanto, a intenção legislativa carece de efetividade normativa, uma vez que encontra obstáculos práticos para sua implementação. Nessa medida, o padrão de controle criminal proibicionista desponta como possível causa, uma vez que as agências formais de poder, vinculadas a forças de um passado opressor que orienta as ações do presente, ressentem-se da dificuldade de aplicar uma legalidade libertária, do que resulta a preferência pelo gozo sistêmico proporcionado pela imposição de dor e de sofrimento ao corpo alheio por meio da decretação da prisão preventiva ou da pena privativa de liberdade (MATTOS, 2019).

Compreender esse mecanismo autoritário e opressor que se espalha nas entranhas das agências punitivas estatais é tarefa complexa. É preciso reconhecer, porém, que a aplicação autoritária da lei penal não depende, unicamente, das pré-compreensões de mundo do julgador, tampouco de um decisionismo absolutamente desconectado do texto legal. O direito penal, no âmbito da guerra às drogas, é utilizado enquanto técnica de controle social preferencial do Estado.

Dessa maneira, analisar a tessitura, os arranjos, as feições e características da norma penal aplicável no contexto do uso e do comércio de drogas pode contribuir na compreensão desse fenômeno que permite a captura de pessoas acusadas de tráfico privilegiado pelo sistema de justiça criminal, aparentemente sem resistência oferecida pela ordem constitucional.

Diante dos contornos fáticos e jurídicos até o momento suscitados, compreende-se que o direito penal tem sido adotado como uma técnica eficaz de controle social, sobretudo por força de práticas e mecanismos que possuem potencial para corromper o sistema de justiça penal.

Nesse sentido, inúmeras circunstâncias como excesso de condutas puníveis, desproporção entre conduta e pena e a utilização de norma penal em branco, por exemplo, contribuem para afastar a noção de que o direito penal é instrumento que se presta a proteger o indivíduo contra o exercício arbitrário do poder punitivo do Estado.

Destaca-se, assim, a existência do direito penal da “guerra às drogas”, expressão cunhada por Valois (2020), que opera dentro de uma lógica voltada a viabilizar, na maior medida possível, a criminalização do sujeito, em descompasso com um sistema racional subjacente. Com isso, e por via de consequência, tal lógica contribui para o encarceramento irrefreável de indivíduos.

Por suas características e pela forma de estruturação normativa, a forma jurídica da legislação penal utilizada na repreensão às drogas permite maior amplitude na ação punitiva estatal, o que colabora com o incremento da prisão enquanto forma preferencial de resposta estatal na abordagem dos ilícitos penais envolvendo as drogas.

É preciso destacar, porém, que as leis não são autoaplicáveis. Isto porque dependem, para a produção de efeitos concretos, da intermediação do órgão julgador. Nesse cenário, o papel do Judiciário na repressão ao uso e comércio de drogas ilícitas possui caráter complementar, sobretudo por meio da relativização de princípios, do que resulta sua atuação como verdadeiro “aliado da polícia de drogas”. Essa constatação se aparta da ideia de um órgão julgador imparcial e ao mesmo tempo crítico, com participação ativa na garantia de direitos fundamentais (VALOIS, 2020).

Nessa linha, o direito penal pervertido representa o insumo necessário para a concretização, pelas agências punitivas, de processos de criminalização em escala. Considera-se relevante, portanto, compreender as dinâmicas e os processos que interagem na produção de uma legislação penal de exceção que fragiliza direitos fundamentais dos indivíduos.

Para tanto, vislumbra-se a ocorrência das seguintes situações que, tomadas em seu conjunto, colaboram para deslegitimar o sistema punitivo, a saber: a) a relativização do dolo nos crimes de drogas e o excesso de condutas puníveis previstas em lei, as quais têm o condão de violar os princípios da necessidade, da legalidade e da proporcionalidade; b) a desproporção observada entre conduta e pena; c) a utilização de norma penal em branco e; d) a ausência de coerência do sistema, que tem como resultado perverter a racionalidade que o legitima.

No Código Penal, o artigo 18 preceitua que o crime é doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (BRASIL, 1940). Trata-se, na definição de Zaffaroni

e Pierangeli (2020), de uma dada vontade que pressupõe um dado conhecimento. O dolo é constituído, assim, por um aspecto cognoscitivo, relacionado a um “saber”, e um aspecto volitivo, relacionado a um “querer”. O indivíduo que comete um crime, portanto, não apenas deseja praticar uma conduta ilícita, mas possui, previamente, o conhecimento acerca do caráter ilícito dessa conduta.

No caso específico da lei de drogas, porém, a inexigibilidade de finalidade específica para o amplo rol de verbos relacionados ao crime de tráfico de drogas relativiza a necessidade de comprovação do dolo. Nesse sentido, a generalização do texto definidor do crime viabiliza, por exemplo, a criminalização da conduta de possuir droga em desacordo com determinação legal sem a necessidade de provar qualquer desígnio do possuidor. Em outras palavras, é dispensável a demonstração de que a posse da droga se destinava ao comércio ilegal, para fins de criminalização. Isso é produto do uso do direito penal como medida de polícia. Nesses moldes, a opção por essa política criminal contribui, portanto, para desnaturar a legislação penal do conceito de norma jurídica capaz de garantir a liberdade do indivíduo contra o poder punitivo do Estado (VALOIS, 2020).

O excesso de condutas puníveis pela lei de drogas, por outro lado, afronta o princípio da necessidade, porque amplifica em demasia os delitos relacionados ao tráfico. Dessa forma, importa investigar a força incriminadora observada por meio da presença de dezoito verbos nucleares – integrantes do tipo penal correspondente ao tráfico de drogas.

Nos termos do artigo 33 da Lei n.º 11.343/2006, constitui crime importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 2006).

Diante dessa excessiva e redundante previsão legal de condutas proibidas, é possível contemplar o grau de intervenção jurídico-penal do Estado na esfera do indivíduo, o que compromete as garantias do cidadão contra o próprio poder punitivo estatal. Fala-se, por esse motivo, na hiperinflação legal de condutas tidas como ilícitas no contexto do tráfico de drogas, o que revela, a um só tempo, o abuso do legislador e uma espécie de legalismo enviesado pelo punitivismo. Tudo isso sem a necessidade de demonstração da intenção do sujeito de desenvolver atividade mercantil relacionada à droga.

Nesse ponto, cabe tecer um diálogo introdutório do assunto com o paradigma garantista de Ferrajoli (2002), objeto de análise aprofundada em seção futura, pelo qual a lei penal deve se ocupar de punir apenas as ações valoradas negativamente, ou seja, que representam efeitos lesivos a terceiros. Por essa lógica, o princípio da necessidade ou de economia de proibições penais motiva uma dupla limitação ao poder punitivo estatal, nos seguintes aspectos: a) pena mínima necessária e; b) máxima economia na configuração dos delitos.

Destarte, e tal como configurada, a legislação penal sobre drogas contraria, em uma análise preliminar, o paradigma garantista, ao passo que a intervenção punitiva subjacente consubstancia uma técnica de controle social que mais gravemente atinge a liberdade e a dignidade das pessoas do que logra êxito em concretizar o direito penal enquanto remédio extremo de limitação do poder estatal (FERRAJOLI, 2002).

Nessa medida, destaca-se a desnecessidade de comprovação do dolo específico para a mercancia, frente ao extenso rol de condutas relacionadas ao tráfico, bem como a restrição da ideia de direito penal como instrumento de garantia do indivíduo contra o Estado, porquanto amplifica em demasia não apenas as condutas passíveis de sanção, como também se potencializa o efeito incriminador por meio da inexigibilidade do dolo específico. Com isso, qualquer pessoa que tenha tido contato (intencional ou não) com uma substância ilícita estará sujeita, potencialmente, a uma severa punição.

Nesse contexto, Valois (2020) assinala que juízes e tribunais agem como aliados na guerra, respaldados pela ausência de técnica legislativa, enxergando-se como agentes capazes de afetar a prática de tráfico de drogas por meio de decisões judiciais e interpretações rigorosas da lei. Essas posturas, longe de restringirem a incidência do tipo penal, ampliam-no e, por consequência, legitimam-no.

Diante disso, Valois (2020) arremata que o delírio e a alucinação do legislador em decorrência da criação de um crime permanente e inescapável viabilizou a utilização de um instrumento capaz de submeter a todos a uma revista policial a qualquer tempo. Como sucedâneo dessa lógica repressiva, dá-se a presunção de inversão do ônus da prova, em decorrência da própria presunção do crime de tráfico de drogas.

No que diz respeito à proporção entre a pena e a gravidade da conduta relacionada ao tráfico de drogas, faz-se necessário realizar uma análise comparativa com as penas de outros delitos previstos na legislação criminal, que envolvem o emprego de violência ou grave ameaça. No caso do homicídio simples, por exemplo, a pena máxima é de 20 (vinte) anos, nos termos

do artigo 121, *caput*, do Código Penal. No roubo, consistente na subtração de coisa alheia móvel mediante emprego de violência, é de 15 (quinze) anos, como determina o artigo 157, § 2º, do mesmo diploma. O mesmo se aplica ao estupro contra menor de 14 (catorze) anos, em atenção ao artigo 217-A, da referida norma (BRASIL, 1940). Já para o crime de tráfico de drogas, a pena máxima prevista é de 25 (vinte e cinco) anos, considerada a causa de aumento prevista no artigo 40 da Lei n. 11.343/2006 (BRASIL, 2006).

Destarte, constata-se que as penas estabelecidas especificamente para o tráfico de drogas são muito altas, a despeito de as condutas previstas em lei não envolverem os requisitos da violência e grave ameaça. No entanto, as penas aplicadas ao comércio ilegal de drogas são tão ou mais severas que aquelas aplicadas a crimes violentos. Por essa perspectiva, esvai-se o caráter retributivo da pena, uma vez que inflige dor além da justa medida, o que torna a sanção cruel e desumana.

Cabe enfatizar que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVII, “e”, veda expressamente a imposição de penas cruéis (BRASIL, 1988). No entanto, em desconpasso com a norma constitucional, a aplicação concreta da pena prevista em abstrato na Lei de Drogas confere ao traficante tratamento jurídico mais severo do que a sanção imposta ao sujeito que comete um crime de estupro ou de roubo. Isso conduz à conclusão de que a sanção aplicada ao crime de tráfico não se presta a retribuir o mal que foi praticado pela conduta considerada ilícita, mas sobretudo tornar, sem razoabilidade jurídica, mais gravosa a dor alcançada pela pena.

Essa desproporção entre a gravidade da pena e a conduta ilícita relacionada ao tráfico de drogas é evidenciada de forma mais patente quando se decreta a prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado. Trata-se de situação ainda mais desproporcional do que aquela verificada no cotejo estabelecido entre a gravidade da pena e a conduta relacionada ao tráfico ilícito de drogas.

Primeiro porque, em razão de política criminal, o legislador ordinário conferiu ao traficante privilegiado contornos mais benignos em relação ao traficante habitual ou contumaz, uma vez configurada a impossibilidade de cumprimento de pena em regime fechado, como regra. Segundo porque, em sendo o tratamento mais benigno, o remédio ministrado não pode ser o mais gravoso previsto na legislação processual.

Em outras palavras, não cabe cogitar a aplicação de medida extrema da prisão preventiva, desvirtuada pelo caráter de antecipação de pena, a uma pessoa que, se condenada em definitivo, não precisará cumprir pena em regime fechado. Trata-se de uma contradição real verificada no

interior da legislação penal e processual penal, que será objeto de maior detalhamento na seção seguinte, a partir do filtro garantista. Na ocasião, serão identificadas possíveis violações a princípios constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, nos casos que envolvem a prisão preventiva do traficante privilegiado.

A deslegitimação do sistema punitivo pela aplicação do direito penal da guerra às drogas não se encerra, porém, no excesso de condutas puníveis ou na desproporção entre a pena e a conduta ilícita. A utilização de normas penais em branco também contribui para o enfraquecimento do direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos relevantes e do indivíduo, em face do poder punitivo do Estado, em razão do afastamento do princípio da legalidade.

O parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei n. 11.343/2006⁶, oferece o conceito de drogas para fins legais, consideradas aquelas substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (BRASIL, 2006). A legislação não especifica as substâncias ou produtos capazes de causar dependência. Trata-se, portanto, de uma lei penal em branco.

Leis penais em branco são aquelas que estabelecem pena para uma conduta que se encontra descrita em outra lei, seja ela formal ou material (Zaffaroni, 2020). No caso da Lei de Drogas, não se elencam as drogas consideradas proibidas. Tal encargo é atribuído a órgãos administrativos do Estado, que elaboram listas de drogas consideradas ilícitas. As substâncias consideradas drogas estão listadas na Portaria n. 344. de 12 de maio de 1998, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde, nos termos do artigo 66 da Lei n. 11.343/2006⁷ (BRASIL, 2006).

Para Valois (2020), a figura do direito penal da guerra às drogas se destaca nesse cenário de violações a direitos fundamentais, e é reforçada pelo uso da norma penal em branco, a qual necessita de complementação do âmbito de aplicação do preceito primário da norma incriminadora. Essa circunstância possibilita ao Estado criminalizar, independente de lei em

6 “Artigo 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes”.

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

7 “Artigo 66. Para fins do disposto no parágrafo único do artigo 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998”.

sentido estrito, o uso e o comércio de determinadas substâncias. Disso resulta a relativização do princípio da legalidade, à medida que aumenta a discricionariedade do poder punitivo estatal.

A exigência de lei penal escrita e prévia é um dos sustentáculos do direito penal moderno, cujas razões históricas remontam à necessidade de limitar o poder do soberano. Assim, tem-se a ideia de que a restrição na liberdade dos indivíduos só pode ser legitimada a partir de uma norma geral elaborada pelos representantes do povo, segundo o devido processo legislativo.

No caso da Lei de Drogas, à medida que a elaboração da lista de drogas proibidas é estabelecida por meio de ato administrativo do Poder Executivo, e não do legislador, abre-se espaço para a indevida delegação da lei penal, prática vedada em razão do que dispõe o artigo 68, da Constituição Federal⁸, sob pena de grave violação ao princípio da legalidade (BRASIL, 1988).

A perda de legitimidade do sistema penal decorre, assim, da ausência de coerência do sistema, seja por meio da relativização do dolo, pelo excesso de condutas puníveis relacionadas às drogas ou, ainda, pela utilização da norma penal em branco. Essas incongruências, todavia, não operam distorções pontuais dentro de dada ordem jurídica. Orientam-se segundo duas dimensões que se entrecruzam e se reproduzem: a inserção de normas sem racionalidade dentro do sistema e o comprometimento da racionalidade do sistema a partir da inserção dessas normas.

Nessa perspectiva, compreende-se que a essência garantista da norma penal depende da racionalidade do sistema. Assim, à medida que normas penais com racionalidade duvidosa vão sendo enxertadas, ampliadas e reforçadas dentro do sistema, o que mina a ideia da norma penal como instrumento de garantia, o próprio sistema vai sendo corrompido, do que resulta o enfraquecimento de todo o conjunto de direitos fundamentais. A crise das garantias do cidadão, dessa maneira, é revelada pelo tratamento desproporcional que não se vale de nenhum argumento racional, como é o caso da Lei de Drogas (VALOIS, 2020).

Com efeito, o modelo ideário de um mundo livre de drogas não é imune a críticas, que se estendem desde uma perspectiva de subserviência a uma política internacional proibicionista até as incoerências geradas pelos critérios de classificação da lista das drogas consideradas

⁸ “Artigo 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos”.

proibidas. Para Ferrugem (2019), tal classificação atende mais a fatores de ordem moral e econômica do que a critérios farmacológicos propriamente ditos, considerado o fato de o álcool, a despeito de ser legalizado, constituir o maior problema de saúde pública do Brasil.

Estima-se que o Brasil perde em torno de 7,3% do Produto Interno Bruto (PIB) com problemas associados ao uso nocivo do álcool, o que causa prejuízos nas funções laborativas. Tal fato impacta de forma direta a economia e ainda pressiona o Sistema Único de Saúde (SUS) em razão do tratamento de doenças associadas ao uso do álcool (CEBRID *et al*, 2014).

Essa incoerência, portanto, é decorrente da opção por criminalizar determinado tipo de substância e outras não, por vezes com potencial lesivo muito maior à saúde pública, como ocorre com o álcool ou o tabaco, drogas consideradas lícitas, cujo uso não apenas é autorizado como também propagandeado.

Por essa lógica, Valois (2020) aponta a desproporcionalidade no fato de se encarcerar alguém que ingressou no comércio informal de determinada substância, cuja mercancia tornou-se criminalizada, visto que tal conduta envolve uma transação, a rigor uma compra e venda voluntária e espontânea, enquanto outros fatos e crimes, praticados com efetiva lesão a bens jurídicos de terceiros, por vezes com violência ou grave ameaça, não são punidos com prisão.

Assim, o autor assinala que não é de todo compreensível que o traficante que se encontra encarcerado nas penitenciárias seja encarado como a representação do mal na terra pelo fato de comercializar substâncias que se encontram disponíveis na natureza, com imensa demanda de consumo, quando a sociedade que o aprisiona estimula a livre circulação de bens e serviços, valoriza a atividade comercial e compreende a ausência de ética na prática concorrencial como natural e correta (VALOIS, 2020).

Ao tratar da sociologia do desvio de Robert Merton, Santos (2021), enfatiza a noção de que a ideologia de uma sociedade igualitária, que pressupõe a aptidão generalizada para obtenção de sucesso a partir de meios legítimos institucionalizados, revela uma contradição real da estrutura que a sustenta. Enquanto as classes mais favorecidas são impulsionadas por essa ideologia, por meio da qual atuam sem acanhamento em relação ao uso de meios ilegítimos, as classes populares encontram-se pressionadas, limitadas que estão pela privação dos meios legítimos de acesso às metas culturais.

Sem possibilidade de ingresso no universo de poder e ostentação que a sociedade estimula por meio da propaganda e dos meios de comunicação, dada a carência de meios legítimos disponíveis aos indivíduos desfavorecidos, o crime se apresenta, dessa forma, como resultado

da assunção de valores sociais de êxito monetário. O criminoso, nessa perspectiva, partilha os mesmos valores que a sociedade edifica, como riqueza e sucesso monetário. Difere, no entanto, em relação à natureza dos meios empregados para atingir a prosperidade estimulada e, por consequência, almejada.

Sob um outro prisma, a legislação da guerra às drogas persiste em contribuir para degenerar o direito penal enquanto instrumento de contenção do poder punitivo, ao ignorar a importância da tutela penal na preservação dos bens jurídicos. Isso porque a ideia de que o direito penal deve proteger os bens jurídicos mais relevantes, e que a eleição do bem jurídico a ser tutelado deve servir de limite ao poder de punir, sucumbe diante da necessidade de a doutrina e a jurisprudência chancelarem a criminalização do uso e do comércio de substâncias consideradas ilícitas (VALOIS, 2020).

No entanto, torna-se necessário resgatar a noção de que a legitimidade do direito penal está diretamente relacionada à sua capacidade de equilibrar duas forças que se antagonizam na história das sociedades modernas: a liberdade dos indivíduos e o exercício do poder. Vale dizer, a intervenção jurídico-penal na esfera de liberdade dos indivíduos depende da função social exercida pelo direito penal, consistente em assegurar o máximo de coexistência livre, pacífica e socialmente segura, com a menor medida de afetação da liberdade individual possível. (ROXIN, 2018).

Nesse contexto, merece destaque a teoria do bem jurídico, que foi desenvolvida na Alemanha do pós-guerra enquanto um importante edifício intelectual, com a finalidade de restringir o poder punitivo estatal. A premissa central dessa teoria pressupõe que o direito penal deve proteger bens jurídicos concretos, e não doutrinas religiosas ou concepções políticas e morais (ROXIN, 2018).

O conceito de bem jurídico, porém, não está limitado a bens jurídicos individuais. Contempla, de igual modo, a criação e manutenção de instituições estatais adequadas para assegurar a preservação dos bens jurídicos individuais. Assim, abrange uma administração livre de corrupção, um sistema monetário e de impostos saudáveis, além de uma administração de justiça eficiente (ROXIN, 2018).

Nesse sentido, vislumbra-se que uma administração de justiça eficiente depende da racionalidade do sistema, o que não se observa quando se trata da tutela penal relacionada às drogas, cuja força incriminadora revela a expansão punitiva que contribui para o descrédito do sistema como um todo.

A legislação brasileira de drogas considera os crimes relacionados ao uso e comércio de determinadas substâncias como violadores da saúde pública, bem jurídico abstrato, vago e, portanto, de difícil definição. Em uma de suas manifestações, pode ser conceituado como o direito básico à saúde e ao bem-estar físico, mental e social da população, nos termos do artigo 3º, da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (BRASIL, 1990).⁹

O dever do Estado de garantir a tutela penal da saúde pública encontra, no entanto, sérias objeções no plano da realidade. Sobretudo quando se verifica, concretamente, o descaso do Poder Público por meio do abandono de hospitais, da ausência de incentivo às atividades de prevenção a doenças, da ausência de saneamento básico. Diante da carência de prioridade do fortalecimento da saúde pública enquanto política pública, torna-se duvidosa a legitimidade estatal de invocar o direito penal para sancionar, de forma tão severa, uma conduta consensual a título de crime contra a saúde pública (VALOIS, 2020).

Há que se pensar que não se deve priorizar a intervenção penal para assegurar a preservação da saúde pública, em detrimento do investimento em políticas públicas específicas. Caso contrário, subverte-se o princípio norteador segundo o qual a lei penal apenas deverá ser aplicada como última medida, quando os demais ramos do direito não lograrem salvaguardar os bens jurídicos que se pretende tutelar. Em outras palavras, dá-se a inversão da lógica que confere legitimidade e coerência ao próprio sistema jurídico, o que resulta na utilização preferencial do direito penal em detrimento de sua utilização residual.

Valois (2020) afirma, assim, que a injustiça na punição de pessoas que vivem em estado de total abandono, sem acesso à assistência médica ou a saneamento básico, em nome da saúde pública, soa como escárnio. De fato, é difícil sustentar a coerência que garante a legitimidade do poder punitivo na perspectiva de que o Estado está tão preocupado com a saúde de seus cidadãos que chega a puni-los com a finalidade de que eles não a prejudiquem.

Por tal razão, vislumbra-se que há um argumento de classe que permeia a lógica da criminalização, a partir da valorização da saúde pública enquanto bem jurídico tutelado nos crimes de drogas. Isto porque, não é razoável aguardar de quem é privado de direitos

⁹ “Artigo 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social”.

fundamentais – como a própria saúde e o saneamento básico, uma preocupação com o tipo de droga que está sendo transacionado.

Essa lógica que opera a partir do proibicionismo produz relações e formas de pensar complexas, que se expressam das mais variadas formas nas instituições de saúde, de educação e, sobretudo, nas instituições de segurança. A manifestação dessa lógica nas instituições de segurança carrega a nota da perversidade, revelada pela letalidade, pela capacidade de gerar mortes simbólicas decorrentes do encarceramento em massa, que produz buracos e ausências nas vidas de famílias e comunidades, resultado de uma guerra contra um inimigo comum: o traficante (FERRUGEM, 2019).

Nesse sentido, cabe questionar o real escopo da criação de um delito de fácil apuração e condenação, mediante a ampliação, ao máximo, dos verbos definidores do crime de tráfico. (VALOIS, 2020). Nesses moldes, a existência de tipos penais abertos, de caráter generalizante, com excesso de condutas puníveis, ausência de proporcionalidade nas sanções e presença de norma penal em branco configuram circunstâncias incompatíveis com o modelo garantista penal, que não favorecem a contenção do poder estatal. Outrossim, tal conformação da legislação penal sobre drogas representa uma porta de entrada para a atuação instável da discricionariedade do juízo, por suas convicções pessoais, em detrimento dos valores do ordenamento, e viabiliza a construção de uma ambiência favorável à massificação das prisões preventivas.

Situados os reflexos da política criminal de drogas na legislação brasileira, de base predominantemente punitivista, assim como os aspectos legais da repressão às drogas no contexto do traficante privilegiado, considera-se profícuo compreender em que momento se encontra o pensamento jurisprudencial brasileiro atual em relação ao tratamento jurídico conferido a esse tipo de traficante.

1.1.2 Tráfico privilegiado no sistema judicial brasileiro: perspectivas jurisprudenciais

As decisões dos Tribunais Superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), são relevantes para os processos de interpretação, de aplicação e de integração do Direito. A partir dessas decisões, criam-se precedentes, sinalizam-se mudanças de entendimento e prepara-se a comunidade jurídica para a recepção de novas compreensões jurídicas.

Ademais, tais decisões são responsáveis por garantir a coerência e a integridade do sistema jurídico, cuja preservação garante a racionalidade que legitima o poder punitivo.

Registre-se, nesse particular, a relevância da estabilidade da jurisprudência para garantir a segurança jurídica enquanto elemento agregador do ordenamento jurídico brasileiro, o que tem levado o STF e o STJ a atualizar seu entendimento acerca da aplicação da Lei de Drogas, “forte na compreensão de que é aspecto fundamental da democracia substancial a estabilidade da jurisprudência” (SANTIAGO; CHAVES, 2016, p. 437-468).

A importância da jurisprudência dos Tribunais Superiores, nesses termos, torna-se ainda mais evidente ao se vislumbrar o impacto de suas decisões na vida dos indivíduos, notadamente quando observado o percentual significativo de pessoas encarceradas por crimes relacionados à Lei de Drogas.

Equiparado a crime hediondo, previsto na Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, o tráfico ilícito de drogas é considerado um crime que não permite fiança, insuscetível de graça, anistia ou indulto.¹⁰ O tratamento conferido pela legislação ao crime considerado hediondo, portanto, é bastante severo, e repercute também nos requisitos para concessão do livramento condicional (artigo 83, V, do Código Penal) (BRASIL, 1940)¹¹ ou progressão de regime (artigo 112, V, da Lei n.º 7.210/1984) (BRASIL, 1984)¹².

No entanto, é possível identificar esforços realizados pela jurisprudência no sentido de corrigir excessos de uma legislação marcada pelo punitivismo, característica identificada na legislação das drogas. Exemplo ilustrativo desse movimento jurisprudencial ocorreu por ocasião da declaração de inconstitucionalidade da exigência de cumprimento de pena integralmente em regime fechado em razão do reconhecimento de violação ao princípio da individualização da pena, conforme decisão proferida no *habeas corpus* n.º. 82.959/SP (BRASIL, 2006).

Nesse cenário, pretende-se, nesta seção, analisar o pensamento jurisprudencial atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no que se refere ao tratamento

10 “Artigo 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança”.

11 “Artigo 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: [...] V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza”.

12 “Artigo 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: [...] V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;”

jurídico que essas Cortes Superiores dispensam ao traficante privilegiado. Optou-se por não trazer ao presente estudo jurisprudências relacionadas à definição da fração de redução da pena nos casos de reconhecimento do privilégio, assim como à discussão sobre a possibilidade de utilização da quantidade e qualidade da droga para fins de elaboração do cálculo da pena na primeira e na terceira fase da dosimetria.

Essas discussões, de relevante controvérsia jurídica, repercutem na definição da pena ao traficante privilegiado que, por se tratar de indivíduo primário e de bons antecedentes, receberá, potencialmente, ao menos no aspecto quantitativo, uma pena compatível com o regime aberto ou com o regime semiaberto.

Justifica-se esse recorte pela delimitação do objeto de pesquisa do presente trabalho, qual seja, a possível incompatibilidade da decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado com a ordem constitucional vigente. Desse modo, como essas questões guardam relação com a pena em si, que não irão refletir de forma direta na discussão acerca da possibilidade de prisão antecipada do traficante ocasional, propõe-se destacar as jurisprudências relativas ao traficante privilegiado que dialoguem de forma direta com as hipóteses de prisão preventiva com fundamento na ordem pública.

Por tal razão, objetiva-se analisar as discussões e argumentos da jurisprudência do STF e do STJ no que concerne às questões que envolvem o reconhecimento de que o tráfico privilegiado não é considerado crime hediondo. Observa-se também a possibilidade de utilização de atos infracionais pretéritos, inquéritos policiais e ações penais em curso para demonstrar possível dedicação a atividades criminosas, a utilização da quantidade e da qualidade da droga para fins de afastamento da causa de diminuição de pena, assim como a possibilidade de condenados pelo tráfico ocasional, à pena mínima de 1 (um) ano e 8 (meses), cumprirem pena em regime inicial fechado.

Feito esse recorte metodológico, acrescenta-se que não será realizado um estudo de caso. Para os fins a que se propõe o presente trabalho, as jurisprudências analisadas serão tomadas como representativas de temáticas atuais que aportam nos Tribunais Superiores, com a finalidade precípua de situar o pensamento jurisprudencial vigente sobre o traficante privilegiado.

Nesse sentido, aborda-se inicialmente o reconhecimento ou não do tráfico ocasional como crime hediondo, matéria discutida nos autos do Habeas Corpus n. 118.533/MS, julgado em 23

de junho de 2016, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que, por maioria de votos, concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas (BRASIL, 2016).

A importância do referido julgado é destacada pelo fato de que o tratamento severo conferido aos crimes etiquetados como hediondos impede o gozo de inúmeros benefícios, tais como a fiança, a graça, a anistia e o indulto, além de repercutir nos critérios para concessão do livramento condicional ou da progressão de regime, e na dilação do prazo da prisão provisória. Reconhecer o caráter não hediondo do crime, portanto, implica conferir tratamento penal que, hipoteticamente, não se harmoniza com a utilização de instrumentos processuais penais mais gravosos.

O caso foi levado ao Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 118.533/MS, envolveu a prisão de dois indivíduos no município de Andradina, no Mato Grosso do Sul. Na ocasião, um dos indivíduos conduzia o caminhão que transportava 772 kg de maconha e o outro, que cumpria a função de batedor, conduzia uma caminhonete. Ambos foram condenados a sete anos e um mês de reclusão em regime fechado, como incursos no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (BRASIL, 2006). A sentença, na oportunidade, afastou a incidência da hediondez prevista na Lei n.º 8.072/1990 (BRASIL, 1990). Ficaram vencidos os Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Marco Aurélio. Reajustaram os votos os Ministros Edson Fachin, Teori Zavascki e Rosa Weber.

Divergências à parte acerca da discussão de fundo, todos os Ministros que participaram do julgamento reconheceram que o caso específico escolhido para discutirem a tese da hediondez não era o mais apropriado, uma vez que envolvia grande quantidade de droga. Além disso, as circunstâncias do fato permitiam uma discussão a respeito do reconhecimento da dedicação às atividades criminosas por parte dos pacientes. Todavia, dada a relevância da matéria, firmaram a tese no sentido de afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, nos seguintes termos, de acordo com os votos apresentados.

O voto vencedor da Ministra Cármen Lúcia destacou que a etiologia do crime é incompatível com o crime hediondo. Nesse sentido, esclareceu que a própria legislação oferece tratamento menos gravoso, por meio do qual é considerado o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. Esse tratamento que visa beneficiar o réu e atender à política pública sobre drogas, portanto, não pode ser equiparado àquele tratamento conferido a crimes tidos por repulsivos, ignóbeis, sórdidos e provocadores de elevada indignação moral. Em suas

manifestações, a Ministra demonstrou preocupação em relação ao percentual de pessoas presas pelo cometimento de crimes relacionados à Lei de Drogas, especialmente de mulheres.

O voto do Ministro Edson Fachin abriu divergência em razão de precedentes que consideram que a causa de diminuição não desnatura o caráter hediondo do crime de tráfico de entorpecentes. Além disso, destacou que, no caso concreto, a quantidade de drogas reforça o caráter hediondo do tráfico. Após, o Ministro reajustou seu voto e seguiu o voto da Relatora no sentido de afastar a hediondez do tráfico privilegiado. Ao mudar seu entendimento, o Ministro revelou a incongruência da legislação penal sobre drogas. Destacou que o tráfico privilegiado seria crime hediondo e a associação para o tráfico, exercida de forma habitual e estável, não. Afirmou, ainda, que sob a perspectiva da quantidade de pena mínima não se coaduna com a agressividade própria da hediondez, e que o encarceramento não é uma opção legislativa aos agentes episódicos.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, realçou o fracasso da guerra às drogas mediante exacerbação do direito penal e considerou a hipótese de considerar a quantidade da droga para fins de reconhecer que o réu integra organização criminosa. Trouxe em seu voto estudos que indicam que a maioria das pessoas presas é com quantidade inferior a 100 gramas.

O Ministro Teori Zavascki procurou se orientar por uma solução “técnica”. Assim, ao seguir o voto divergente do Ministro Edson Fachin, argumentou que o tráfico privilegiado é voltado para a condição pessoal do agente. Dessa maneira, concluiu que o crime não deixa de ser ou não hediondo por conta da primariedade do agente

A Ministra Rosa Weber, inicialmente, acompanhou a divergência do voto do Ministro Edson Fachin sem apresentar maiores argumentos. Depois, ajustou seu voto para seguir o voto da Ministra Relatora.

O Ministro Luiz Fux, na linha do voto divergente, ressaltou que o tráfico se desprende da pessoa do traficante, ele é hediondo por si. Revelou preocupação com a possível tese vencedora, a qual poderia servir de incentivo para pessoas se aventurarem no tráfico diante do pouco tempo que permanecerão presas.

O Ministro Dias Toffoli seguiu o voto divergente, e manifestou preocupação com a possibilidade de o precedente atrair mais gente com bons antecedentes para as fronteiras do comércio ilícito de drogas.

Em substancial voto, o Ministro Gilmar Mendes apontou que os mandados de criminalização não excluem a necessidade de adotar reação estatal proporcional ao injusto.

Destacou, ainda, que o próprio legislador excluiu o tráfico privilegiado do tratamento conferido ao tráfico, uma vez que o artigo 44 da Lei n. 11.343/2006¹³ não menciona o artigo 33, §4º, correspondente ao tráfico privilegiado. Em sua compreensão, o caráter isolado do envolvimento é que autoriza o afastamento da hediondez. Por fim, acrescentou que o dispositivo é aplicável a quem tomou parte do crime de forma episódica, e não deve levar em consideração a quantidade de drogas.

O voto do Ministro Presidente Lewandowski trilhou a mesma vereda da Ministra Relatora e destacou que a compreensão da realidade sociológica relacionada às mulheres presas pelo tráfico configura fator decisivo para melhor entender as nuances da discussão sobre a hediondez do tráfico privilegiado.

O impacto desse julgamento foi significativo na ordem jurídica brasileira, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça cancelar a súmula 512¹⁴, que dizia que a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas (BRASIL, 2014). Orientou, de igual maneira, o legislador ordinário, em razão de recente alteração legislativa que resultou na previsão de que não se considera, para fins de progressão de regime, o tráfico privilegiado como crime hediondo.

O ganho reflexivo trazido sobretudo pelos votos vencedores guarda relação com a relevância atribuída à compreensão da realidade social para a melhor interpretação e aplicação do direito. Conclui-se, daí, a importância de a dogmática penal dialogar com a política criminal e levar em consideração os resultados da guerra contra as drogas, sobretudo em relação ao encarceramento, elemento que não pode ser desprezado no momento de concretização do programa da norma.

Tema de particular relevo no contexto da possibilidade de prisão preventiva do traficante privilegiado que aporta nos Tribunais Superiores é a utilização de atos infracionais pretéritos para configurar a dedicação a atividades criminosas e, por consequência, afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado. Nesse particular, divergem de entendimento o STF e o STJ.

O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de reconhecer que a existência de atos infracionais, por si só, não fundamenta o afastamento da minorante. A segunda turma

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

14 A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.

do referido Tribunal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n° 210.056/MG, encaminha-se pela consolidação do entendimento no sentido da não admissão de que atos infracionais anteriores possam gerar afastamento de minorante aptos a caracterizar maus antecedentes ou dedicação a atividades criminosas (BRASIL, 2022).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, inclina-se no sentido contrário em relação a essa temática. Referido Tribunal, na decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n° 711.617/SP (2021/0393728-0) adota o entendimento de que atos infracionais indicam a prática de atividade criminosa, especialmente quando relacionados ao tráfico de drogas. Essa situação, segundo tal compreensão, configura circunstância apta a ensejar o afastamento da causa de diminuição de pena (BRASIL, 2022).

Outra situação que demanda especial atenção no que diz respeito ao reconhecimento do tráfico privilegiado passa pela utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para fins de afastar a causa de diminuição de pena. Nesse particular, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2022) e do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2022) caminham de mãos dadas. Em respeito ao princípio constitucional da inocência, os referidos Tribunais entendem que inquéritos policiais em andamento e ações penais em curso não são circunstâncias aptas a demonstrar a dedicação a atividades criminosas.

Vislumbra-se, nesse cenário, o possível estabelecimento de liames (i)lógicos entre as hipóteses de utilização de atos infracionais pretéritos, inquéritos em andamento e ações penais em curso para fins de não afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado e a utilização dessas mesmas hipóteses para legitimar a decretação da prisão preventiva do traficante privilegiado, a quem não se punirá com pena privativa de liberdade.

Inferir o entendimento atual das Cortes Superiores em relação à utilização de atos infracionais pretéritos, inquéritos em andamento e ações penais em curso para fins de afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado convoca reflexões quanto às repercussões dessa situação no contexto do tratamento processual que deve ser conferido ao traficante ocasional, o que será discutido na seção seguinte, oportunidade em que será analisada a possibilidade de prisão preventiva ao traficante privilegiado com fundamento na ordem pública.

Outro tema que não está pacificado nos Tribunais Superiores e que gera intensos debates diz respeito à consideração quanto à quantidade e à qualidade da droga para fins de afastar a minorante. No STF, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n° 200.988/CE, enfrentou-se uma situação em que se sustentava que a quantidade

expressiva da droga, aliada à conduta de caráter interestadual, autorizam a conclusão de contumácia delitiva, circunstância apta a afastar a condição de tráfico privilegiado (BRASIL, 2021). O caso envolvia a condição de “mula” do tráfico, que transportava 100 kg de cocaína de São Paulo ao Estado do Ceará.

O Supremo Tribunal Federal, no referido julgamento, compreendeu, primeiramente, que a condição de mula, ainda que efetivado transporte interestadual, por si só, não comprova participação estável e permanente em organização criminosa ou dedicação à prática delitiva. Destacou, ainda, que em observância ao princípio da legalidade, dentre os critérios estabelecidos pelo legislador para aplicação da causa de diminuição de pena, não figuram a quantidade e a qualidade de drogas apreendidas. E é precisamente em razão de tais circunstâncias não estarem relacionadas nos requisitos do § 4º do artigo 33, que a mera menção a tais dados não satisfaz à necessidade de adequada motivação das decisões judiciais.

Em voto divergente, o Ministro Nunes Marques ponderou que a quantidade de droga é indicativa de dedicação a atividades criminosas, uma vez que, presumivelmente, uma carga de milhões de reais não seria entregue a um neófito do mundo do crime. Defendeu, assim, que a quantidade de drogas não constitui, por si, circunstância apta a afastar, de forma absoluta, a ocorrência do tráfico privilegiado.

No caso do Superior Tribunal de Justiça, há decisões divergentes no sentido de que a quantidade e qualidade das substâncias entorpecentes, em conjunto com apetrechos para o tráfico, denotam que o réu se dedica a atividades criminosas (BRASIL, 2021) e no sentido de que a quantidade e qualidade apresentadas, de forma isolada, não são suficientes para afastar a minorante (BRASIL, 2021).

A compreensão de que a quantidade e a qualidade da droga não exercem influência no reconhecimento do tráfico privilegiado traz importantes reflexões, de igual maneira, acerca das implicações dessa situação no contexto do tratamento processual que deve ser conferido a essa figura delitiva, o que será discutido na seção seguinte, oportunidade em que será analisada a possibilidade de prisão preventiva com fundamento na gravidade concreta da conduta ao traficante privilegiado.

Por fim, importa registrar como se comporta a jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça quando o assunto é a possibilidade de traficantes privilegiados condenados à pena mínima de 1 (um) ano e 8 (oito) meses cumprirem a pena em regime inicial fechado. Considera-se relevante compreender como esse assunto é tratado no STJ, uma vez que diz respeito à

possibilidade de cumprimento de pena em regime mais gravoso do que o legalmente admitido (BRASIL, 2020).

Nesse contexto, em decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 596.603, o STJ fixou o regime aberto a todos os condenados por tráfico privilegiado no Estado de São Paulo, com pena mínima de um ano e oito meses, assim caracterizado pelo comércio de droga praticado por agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. No referido *Habeas Corpus*, informou-se que cumpriam pena, em regime fechado, nos estabelecimentos penais paulistas, 1.018 homens e 82 mulheres, condenados à pena mínima de 1 ano e 8 meses de reclusão pelo crime de tráfico privilegiado (BRASIL, 2020).

No julgamento, o Ministro Relator Rogério Schietti Cruz destacou diretrizes que devem ser seguidas por juízes e tribunais de todo o país, dentre as quais algumas que, pela sua conexão com a hipótese desenvolvida no presente trabalho, destaca-se a seguir: a) não se pode impor regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta; b) o condenado por crime de tráfico privilegiado a pena inferior a 4 anos de reclusão faz jus a cumprir a reprimenda em regime inicial aberto ou, excepcionalmente, em regime inicial semiaberto e; c) o acusado de crime de tráfico privilegiado não pode permanecer preso preventivamente, após a sentença (ou mesmo antes, se já caracterizada a ocorrência da minorante legal), especialmente porque não cabe prisão preventiva por crime punido com pena privativa máxima igual ou inferior a 4 anos nos termos do artigo 313, I do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Em face dessa moldura jurisprudencial atual acerca do tráfico privilegiado, sustenta-se, como hipótese, a incompatibilidade da decretação preventiva com fundamento na ordem pública ao traficante ocasional, por ofensa a direitos fundamentais. Assim, as possibilidades, limites e as tensões existentes entre essa hipótese e a ordem constitucional vigente serão abordadas na seção seguinte, a qual abordará a problemática acerca da prisão preventiva.

1.2 Prisão preventiva do traficante privilegiado: ofensa a direito e a garantias fundamentais previstos na Constituição Federal?

Uma vez localizado e analisado o instituto do tráfico privilegiado no ordenamento jurídico brasileiro sob o ponto de vista da política criminal; considerados os aspectos legais, que revelam um modelo punitivista de exacerbação penal; e jurisprudenciais sobre a matéria, descrevem-se a seguir os tipos de prisão preventiva previstos no ordenamento jurídico brasileiro, assim como aqueles que não se revestem de natureza cautelar. A seguir, busca-se

analisar os pontos de tensão decorrentes da decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública e o crime de tráfico privilegiado no contexto da ordem constitucional vigente.

Importa registrar que a problematização referente à naturalização da prisão preventiva não é circunscrita ao território nacional, uma vez que abrange, com igual preocupação, todo o continente americano. Em relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas, elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), vislumbra-se o diagnóstico de que “aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva é um problema crônico na região” (CIDH, 2017, p. 13) do que resulta a crise de legitimidade do sistema de justiça criminal.

Nesse contexto, mostra-se oportuno destacar que o mesmo relatório constatou que apenas reformas processuais não são suficientes para reverter o uso irracional da cautelar extrema, caso não sejam acompanhadas de transformações na cultura institucional dos operadores do direito, por meio das quais devem ser fomentadas a independência e a autonomia funcional desses profissionais. Tudo isso no sentido de promover uma verdadeira mudança de paradigma na concepção sobre a necessidade de decretação de prisão preventiva na cultura e na prática judiciais (CIDH, 2017).

O referido documento internacional registra, ainda, que o encarceramento como proposta preferencial de políticas criminais, com vistas a solucionar a questão referente à insegurança cidadã, é um dos principais fatores que recaem no uso ordinário da prisão preventiva. Essa situação fica ainda mais destacada nas altas taxas de encarceramento das pessoas envolvidas nos crimes relacionados às drogas (CIDH, 2017).

Preocupada com essa realidade, a CIDH produziu um novo relatório em 2021, no qual retratou a situação dos direitos humanos no Brasil. No documento, recomendou expressamente ao País a adoção de medidas nos âmbitos judiciais, legislativos e administrativos, no sentido de diminuir as taxas de encarceramento e aplicar a prisão preventiva em estrita observância aos princípios da excepcionalidade, legalidade, proporcionalidade e necessidade (CIDH, 2021). Recomendou, ainda, a criação de uma política de drogas com ênfase na reintegração social e na saúde pública, de modo a evitar tratamentos criminalizadores e repressivos, especialmente em relação àquelas pessoas que tenham sido detidas por porte de drogas, ou que tenham cometido crimes de menor gravidade em razão da sua dependência (CIDH, 2021).

Esse cenário relatado pelos aludidos documentos internacionais revela os componentes de uma intrincada rede de fatos e circunstâncias que se entrecruzam, se influenciam

mutuamente e se reproduzem. Nela, o tratamento preferencialmente repressivo conferido à questão das drogas recebe do aplicador do direito uma resposta estatal mais severa, por meio da utilização ordinária de medidas excepcionais, como a prisão preventiva, o que implica, por via de consequência, em altas taxas de encarceramento. Drogas, mentalidade inquisitória e prisão, portanto, compõem essa trama jurídica complexa, permeada por impasses, incongruências e doses de irracionalidade.

Nestas circunstâncias, da mesma forma como analisada a legislação penal referente às drogas, entende-se oportuna a análise dos pressupostos, requisitos e características da norma processual penal que autoriza a aplicação da medida cautelar extrema correspondente à prisão preventiva, no contexto do tráfico privilegiado.

1.2.1 Prisão preventiva e as hipóteses caracterizadoras do periculum libertatis no ordenamento jurídico brasileiro

A doutrina clássica justifica o provimento cautelar como medida necessária para garantir o êxito do provimento jurisdicional de mérito. As atividades cautelares vêm em apoio do processo, a fim de evitar que o dano resultante da violação ao direito seja incrementado pela inevitável demora da prestação jurisdicional, cujos atos reclamam tempo. O provimento cautelar é fundado na hipótese de um possível provimento favorável ao autor da demanda (*fumus boni iuris*) conjugada com o pressuposto do dano gerado pelo retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2000). Releva-se, neste particular, a característica marcante da experiência brasileira de sustentar, do ponto de vista argumentativo, a prisão cautelar como suscetível de salvaguardar direitos (GLOECKNER, 2018).

A diferença fundamental que se observa entre prisão cautelar e prisão-pena dá-se no plano da finalidade de cada uma delas. Enquanto a primeira objetiva a preservação de fins processuais, ou seja, visa proteger o desenrolar dos atos processuais, isto é, prende-se para resguardar o processo; a segunda possui finalidades declaradas de retribuição, prevenção e ressocialização daquele que foi condenado de forma definitiva após o devido processo legal (SILVA, 2019).

No campo específico do processo penal, dotado de particularidades próprias que são inerentes à tutela da liberdade individual, as medidas cautelares em geral, prisão preventiva inclusive, destinam-se a preservar os meios (tutela da prova) e os fins do processo penal

(concretização do direito material por meio da imposição de pena ou reconhecimento da absolvição, com a conseqüente restauração da ordem jurídica), ou, ainda, a própria integridade da sociedade, que se vê intimidada pela possibilidade de cometimento de novas infrações penais (CRUZ, 2021).

As medidas cautelares no processo penal compreendem tanto as medidas cautelares diversas da prisão, tais como o comparecimento periódico em juízo, a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, a proibição de manter contato com pessoa determinada, a proibição de ausentar-se da Comarca, o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga ou a monitoração eletrônica, quanto a prisão preventiva, também denominada prisão cautelar ou prisão processual, cuja aplicação é admitida tão somente naquelas situações em que a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão sejam inadequadas ou insuficientes,

Em seu artigo 312, o Código de Processo Penal¹⁵ estabelece que poderá ser decretada a prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes indícios suficientes de autoria e materialidade, adicionado ao risco do estado de liberdade do indivíduo (BRASIL, 1941).

Dito de outro modo, para que seja decretada a custódia cautelar, é necessária a presença de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), bem como, ao menos, uma das exigências cautelares previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal (*periculum libertatis*), vale dizer, risco à jurisdição, ao processo ou à ordem pública decorrente do estado de liberdade do indivíduo (BRASIL, 1941).

O artigo 313, I, do mesmo Código¹⁶, dispõe que será admitida a prisão preventiva nos crimes dolosos cuja pena máxima for superior a 4 (quatro) anos. Compreende-se que os demais incisos do referido artigo são inaplicáveis aos casos de prisão preventiva do traficante privilegiado. Isso porque a reincidência, prevista no inciso II, obsta a aplicação da minorante;

15 “Artigo 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”.

16 “Artigo 313. Nos termos do artigo 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 artigo 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; IV - (revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011). § 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”.

e a previsão do inciso III, por sua vez, corresponde a crime de natureza diversa, razão pela qual não será objeto de análise. Assentada essa premissa, passa-se a analisar cada uma das situações previstas em lei, que correspondem ao *periculum libertatis* (BRASIL, 1941).

A primeira situação prevista em lei autoriza a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública. A definição do que seja ordem pública é tarefa tormentosa tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência. Isso porque é expressa por meio de termo vago, impreciso e ambíguo que pode se apresentar sob qualquer aparência, a depender do verniz argumentativo e da circunstância para a qual foi convocada. Essa enfermidade jurídica foi corretamente diagnosticada com anemia semântica (ROSA, 2021).

Na jurisprudência, a ordem pública manifesta-se das mais variadas formas. Ela se apresenta a partir do clamor público gerado pela prática do crime, da necessidade de assegurar a credibilidade do judiciário, do risco de reiteração criminosa, do modo de execução do delito, que, no caso específico dos crimes relacionados às drogas, manifesta-se por meio da quantidade exorbitante da droga ou a sua manifesta variedade, dentre outros. (NUCCI, 2015).

De forma resumida, a ordem pública pretende evitar o risco de reiteração criminosa, que se manifesta a partir dos seguintes critérios: a) cometimento de infrações penais em curto espaço de tempo relacionadas a bens jurídicos correlatos; b) descumprimento de medidas cautelares diversas em processos pretéritos; c) múltiplas infrações ou ações penais envolvendo o mesmo modo de agir (ROSA, 2021).

A garantia da ordem econômica é uma espécie do gênero garantia da ordem pública que padece dos mesmos vícios relacionados à imprecisão semântica. Na jurisprudência, manifesta-se comumente nos crimes de colarinho branco, em que a liberdade do agente pode comprometer a credibilidade das instituições e fomentar a sensação de impunidade no meio social. (NUCCI, 2015). Ainda sobre a hipótese de decretação da preventiva com fundamento na preservação da ordem econômica, deve-se ter em conta a conduta apurada concretamente, lastreada na gravidade e potencialidade coletiva decorrente da manutenção do agente em liberdade, e não apenas aspectos genéricos (ROSA, 2021).

Segundo a legislação processual vigente, a decretação da prisão preventiva também está autorizada para assegurar a instrução criminal. Nessa hipótese, vislumbra-se a verdadeira natureza cautelar da medida, porquanto destinada a garantir o regular andamento do processo.

Do mesmo modo se apresenta a possibilidade de decretação da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, uma vez que tal medida se destina a proteger o processo e,

portanto, a própria jurisdição penal. Por tal razão, é incontestável a natureza cautelar dessa medida.

Assim, de acordo com a legislação processual penal brasileira, é possível identificar desde logo que as necessidades legais que autorizam prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública ou na ordem econômica não têm natureza de cautelares e, portanto, são potencialmente inconstitucionais e incompatíveis com a ordem constitucional vigente.

Primeiro porque são termos vagos, imprecisos e indeterminados que não se harmonizam com a precisão semântica exigida na esfera penal, que afeta diretamente a liberdade do cidadão, o que viola o princípio da taxatividade e da legalidade estrita. Segundo porque a decretação da prisão preventiva com base nesses fundamentos assume contornos de verdadeira pena antecipada, afrontando a presunção de inocência e o devido processo legal. Vale dizer, processa-se punindo, o que resulta na atribuição de função de prevenção geral ou especial ou, ainda, de retribuição à prisão preventiva, que são funções típicas da pena, o que é vedado expressamente pelo artigo 313, §2º, do Código de Processo Penal¹⁷ (BRASIL, 1941).

Para se chegar a essa conclusão, é preciso restringir a seara de incidência das medidas cautelares à finalidade precípua de assegurar a eficácia do procedimento definitivo, o qual, por sua vez, tornará efetivo o direito material. Daí porque a nota caracterizadora da medida cautelar ser a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado, visto que está a serviço do instrumento processo. Por tal razão, qualquer prisão cautelar que se afastar de sua finalidade será considerada ilegítima, deixando de ser cautelar, como é o caso da prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica, que nada tem a ver com as finalidades genuinamente cautelares e processuais que legitimam esses provimentos (LOPES JÚNIOR, 2021).

Rangel (2015, p. 810), no entanto, compreende não haver vagueza ou imprecisão no conceito de ordem pública. Para o referido autor, a ordem pública consiste na paz social, no *modus operandi* da vida em sociedade, que se encontra ameaçada pelo comportamento do acusado, meliante contumaz. Nesse sentido, a prisão preventiva sob esse fundamento preserva sua natureza cautelar, uma vez que o provimento jurisdicional final resta comprometido com a liberdade do acusado que, em liberdade, viola o direito de todos viverem em paz. Na mesma linha, Tucci (2004, p. 382) considera preservada a natureza tipicamente cautelar da prisão

17 “§ 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”.

preventiva com fundamento na ordem pública, uma vez que tem por finalidade assegurar o “resultado proffícuo do processo penal de conhecimento de caráter condenatório”.

Em posicionamento intermediário, em que se admite a possibilidade de delimitação do conceito de ordem pública, Madeira, Badaró e Cruz (2021) reconhecem o caráter vago do termo empregado pelo legislador. No entanto, enquanto pressuposto dessa modalidade de prisão, compreendem que a ordem pública consiste na proteção do meio social contra fatores de perturbação que orientem a conclusão de que, solto, o agente cometerá novos crimes.

Analisado o contexto das hipóteses de cabimento da prisão preventiva na legislação processual vigente, optou-se, para fins de desenvolvimento do presente estudo, por analisar as prisões processuais com fundamento na ordem pública. Tal opção se deve ao fato de não guardarem relação com a finalidade precípua de acautelar o processo penal ou a jurisdição penal, ou seja, não visam tornar efetivo o direito material, senão assumir o próprio caráter aflitivo da pena, especialmente nos casos em que envolve o tráfico privilegiado, crime que não se reveste de natureza hedionda e que não resulta, como regra, em cumprimento de pena em regime fechado.

Por tal razão, vislumbra-se pervertida a prisão preventiva decretada com base nesses fundamentos, visto que descaracterizada da natureza de medida cautelar, o que não ocorre, a princípio, nas hipóteses de segregação cautelar por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Nesse cenário, propõe-se compreender, na sequência, as críticas relacionadas à ordem pública tal como ela se manifesta na jurisprudência. A seguir, pretende-se compreender como a ordem pública se desvela no contexto que envolve a prisão preventiva do traficante privilegiado. Por fim, propõe-se identificar as incongruências e as tensões provocadas no sistema de justiça penal em decorrência da decretação da prisão preventiva do traficante privilegiado, de modo a verificar a harmonização dessa prisão processual com os princípios e valores constitucionais.

1.2.2 Prisão preventiva com fundamento na ordem pública e o tráfico privilegiado: aporias em torno da gravitação jurídica invertida e o acessório que corrompe o principal

A prática jurisprudencial brasileira faz uso da prisão preventiva de forma corriqueira, em situações das mais diversas. A imprecisão do conceito invocado para preenchimento do conteúdo que autoriza a prisão preventiva com fundamento na ordem pública é revelada pela

pluralidade de acepções utilizadas. Isso não significa, contudo, conformidade ao modelo constitucional ou às balizas delineadas pelo regramento processual penal (PRADO; SANTOS, 2018). Ao contrário, todas as acepções são objeto de crítica no cenário jurídico brasileiro, diante da dificuldade de observar a finalidade nitidamente cautelar na prisão preventiva decretada com esse fundamento.

Nessas circunstâncias, compreender as maneiras pelas quais a ordem pública se manifesta na prática jurisprudencial, assim como as críticas correlatas, colabora para restringir o campo de incidência do fenômeno jurídico denominado prisão preventiva às hipóteses que, de alguma maneira, podem incidir no âmbito de reconhecimento do tráfico privilegiado.

Assim, importante destacar que a forma pela qual a ordem pública se expressa no universo jurisprudencial é ampla. Nesse sentido, adverte-se, inicialmente, que as acepções mencionadas no presente estudo, a respeito da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva no processo penal, encontram respaldo na obra de Silas Filho (2021). Para o autor, os significados possíveis atribuídos ao termo variam de acordo com a seguinte classificação: a) ordem pública como sinônimo de gravidade concreta ou abstrata da conduta; b) periculosidade do agente; c) clamor popular; d) credibilidade das instituições e; e) risco de reiteração criminosa.

No que diz respeito à possibilidade de definição do conceito de ordem pública a partir da considerada gravidade abstrata ou concreta da conduta delitiva, compreende-se que não há critério objetivo para uma efetiva diferenciação entre gravidade concreta ou abstrata da conduta. Assim, nos casos relativos a crimes que envolvem tráfico de drogas, especificamente, é possível, com o mesmo substrato fático, admitir a prisão preventiva com base na gravidade concreta da conduta ou não admitir, com fundamento na gravidade abstrata. Ademais, a ideia de punir em razão do crime, abstrata ou concretamente, expressa a noção de retribuição que corrompe o princípio da instrumentalidade do processo, sobretudo nos casos que envolvem tráfico privilegiado, cuja sanção, em abstrato, é incompatível com o regime fechado (SILAS FILHO, 2021).

Outra acepção do termo encontrada na jurisprudência guarda relação com a periculosidade do agente, que é manifestada por algumas formas, segundo a compreensão dos Tribunais, mas sobretudo por meio do *modus operandi* da conduta delitiva. Todavia, esse conceito não é imune a críticas. Nesse sentido, compreende-se que prender alguém por ser considerado perigoso consagra o uso declarado do direito penal do autor, ou do inimigo, o que revela o mau uso da prisão preventiva para essa finalidade (SILAS FILHO, 2021). Ademais,

trata-se de circunstância que deve ser considerada por ocasião do cálculo da pena, não afeta ao processo, mas ao direito material penal (PRADO; SANTOS, 2018).

Cumprir assinalar que o clamor popular ainda é por vezes invocado para fundamentar um decreto de prisão preventiva. Todavia, o risco à liberdade individual de decretar a prisão com esse fundamento é alto. O clamor público acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a “opinião publicada”. Não raro, os meios de comunicação em massa exploram determinado fato à exaustão, de modo a inocular sentimentos de medo e repulsa na população. Nessas circunstâncias, cria-se uma situação de comoção pública artificialmente (LOPES JÚNIOR, 2020).

A ideia central é prender para fazer cessar ou amainar o clamor popular gerado pelo acontecimento. Nesse ponto, Prado e Santos (2018) alertam para a possível violação ao princípio da igualdade nos casos que envolvem comoção social, precisamente pelo fato de que delitos cometidos por pessoas que não são públicas não geram, como regra, efeitos sociais relevantes, do que resulta tratamento diferenciado para situações fáticas semelhantes. De toda sorte, compreender clamor popular como ordem pública representa trocar uma generalidade por outra, por possuir significação imprestável (SILAS FILHO, 2021).

Em muitas ocasiões, costuma-se chamar em auxílio da segregação preventiva, com fundamento na ordem pública, a necessidade de resguardar a credibilidade das instituições, que são ameaçadas pelo impacto da conduta delitiva, o que resulta na sensação de impunidade e insegurança gerada na sociedade. No entanto, essa compreensão é duramente criticada por parte da doutrina, que a considera insustentável. Como salienta Lopes Júnior (2020), nem a credibilidade das instituições depende da prisão de um indivíduo, tampouco a segregação cautelar se presta a tal fim, alheio à salvaguarda do processo e da jurisdição.

Ademais, o Judiciário não depende de credibilidade perante a opinião pública. A função de julgar deve se ancorar na lei e na Constituição, ainda que a decisão seja contramajoritária, de modo que a opinião popular não deve ser levada em conta para essa finalidade (PRADO; SANTOS, 2018). Outrossim, critica-se esse conceito por atribuir à prisão preventiva função de prevenção geral, própria da prisão pena, que se mostra incompatível com a finalidade da prisão processual (SILAS FILHO, 2021).

Concluem-se as críticas relacionadas à ordem pública com a aceção que lhe é atribuída pelo risco de reiteração criminosa. Nesse sentido, Prado e Santos (2018) sustentam que não se pode trabalhar com um nível de suposição tão severo em uma área da ciência, a ponto de se

compreender que a prisão é necessária para estancar o cometimento de novos delitos. Por sua vez, Silas Filho (2021) destaca que qualquer decisão com esse fundamento implica a realização de uma conjectura a respeito do futuro, que se revela incompatível com o princípio da presunção de inocência e com a noção de culpabilidade.

Nessa medida, compreende-se que, para além de não assumir qualquer finalidade cautelar, a prisão preventiva decretada com fundamento no risco de reiteração criminosa convoca um exercício de futurologia incapaz de ser refutado. Afinal, como provar que, solto, o acusado não cometerá novo crime? Trata-se de um prognóstico impossível de ser realizado, de constitucionalidade duvidosa, porquanto a única presunção admitida na ordem constitucional é a presunção de inocência, que permanece incólume em relação a fatos futuros (LOPES JÚNIOR, 2020).

Em contraste, Cruz (2021) sustenta ser admissível a prisão preventiva para garantia da ordem pública, com a finalidade de obstar a prática de novos crimes pelo acusado, em face de sua periculosidade, manifestada concretamente por meio da forma de execução do delito ou pelo comportamento do agente, em momento posterior ou anterior à prática criminosa.

Por sua vez, Lopes Júnior (2020) considera essa modalidade de prisão preventiva manifestamente inconstitucional. Para ele, a invocação da ordem pública para justificar a prisão preventiva pelo risco de reiteração criminosa revela a degeneração da lógica do sistema processual penal, porquanto estabelece uma presunção de culpabilidade do acusado em detrimento do princípio da presunção de inocência.

De toda sorte, conquanto admita a possibilidade da decretação de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública enquanto medida de defesa social, Cruz (2021) deixa claro que a segregação cautelar, nessas circunstâncias, apenas é legítima nos seguintes casos: a) quando restar configurado o risco de reiteração delitiva; b) na hipótese de crimes de tráfico de drogas em caráter não ocasional. A *contrario sensu*, portanto, de acordo com o entendimento desse autor, a prisão cautelar para garantia da ordem pública se mostra incompatível com os crimes de tráfico ocasional.

Uma vez analisadas as críticas relacionadas à ordem pública na doutrina e na jurisprudência, mostra-se essencial delimitar as hipóteses em que as prisões preventivas com fundamento na ordem pública podem se apresentar, no contexto que envolve o tráfico privilegiado. Com isso, torna-se possível desvelar os vínculos que se estabelecem entre a prisão preventiva com esse fundamento e o tráfico privilegiado.

Falar em estabelecimento de vínculos entre institutos jurídicos de natureza tão distinta quanto o tráfico privilegiado e a prisão preventiva pode parecer, à primeira vista, despropositado. Enquanto o primeiro tem natureza de causa de diminuição de pena, o segundo tem natureza de medida cautelar. Os requisitos para o reconhecimento do tráfico privilegiado estão previstos no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, conforme detalhado a seguir: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação às atividades criminosas; d) não participação em organização criminosa (BRASIL, 2006). Já a definição do que é considerado ordem pública, por outro lado, comporta alta carga de imprecisão semântica, minimizada pela prática jurisprudencial, por meio da construção de algumas acepções para o termo, como: gravidade concreta da conduta, periculosidade do agente ou risco de reiteração criminosa.

No entanto, um olhar mais acurado sobre os referidos institutos revela que as situações de fato que ensejam o reconhecimento do tráfico são as mesmas que, se presentes, afastam, potencialmente, a possibilidade de prisão preventiva. Dito de outra maneira, o substrato fático que autoriza a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública é o mesmo que inviabiliza o reconhecimento do tráfico privilegiado.

Assim, sobrepostas as situações fáticas que correspondem aos requisitos objetivos que autorizam o reconhecimento do tráfico privilegiado frente às situações nas quais a ordem pública é reconhecida na prática judicial brasileira, é possível desde logo afastar aquelas que não convergem entre si, seja para reconhecer a causa de diminuição, seja para autorizar a prisão cautelar. Isso se dá nas hipóteses de decretação da prisão preventiva com fundamento no clamor público ou na credibilidade das instituições.

Nessas situações específicas, da prisão preventiva com fundamento no clamor público ou na credibilidade das instituições, não se cogita a possibilidade de conciliação com o reconhecimento do tráfico privilegiado, que não tem natureza de crime hediondo, e cuja reprovabilidade social é de pouca monta. Vislumbra-se, portanto, a baixa probabilidade de que os casos que geram comoção social ou que comprometem a credibilidade das instituições possam vir a corresponder às hipóteses de reconhecimento do tráfico privilegiado.

Situação diversa, porém, ocorre naqueles casos em que a prisão preventiva é decretada com fundamento na ordem pública, assim compreendida como gravidade concreta da conduta, periculosidade do agente ou risco de reiteração criminosa, cujo reconhecimento implica, em tese, o afastamento da causa de diminuição de pena. O substrato fático que ancora essas acepções do termo ordem pública é o mesmo que possibilita o reconhecimento, ou não, do tráfico privilegiado.

Explica-se: das hipóteses previstas em lei necessárias ao reconhecimento do tráfico ocasional, apenas a ausência de demonstração de dedicação às atividades criminosas se relaciona de forma antagônica com os requisitos da prisão preventiva. Em relação à presença de outros requisitos que afastam a possibilidade de reconhecimento da causa de diminuição da pena, a prisão preventiva se apresenta sem resistências conceituais. Isso significa dizer que, demonstrada a reincidência do agente acusado de tráfico, afasta-se o privilégio e, por consequência, considerada a natureza hedionda do crime, abrem-se as portas para a decretação da prisão preventiva com fundamento na gravidade concreta da conduta.

Nessa linha, revelado que o agente não possui bons antecedentes, o privilégio não pode ser reconhecido. Assim, a prisão preventiva com fundamento na ordem pública se mostra como opção disponível com a finalidade de evitar o risco concreto de reiteração criminosa. De igual modo, demonstrado que o agente integra organização criminosa, não há que se falar em tráfico ocasional, o que viabiliza a decretação da prisão cautelar com fundamento na gravidade concreta da conduta ou, ainda, para cessar a atividade criminosa.

Quer-se dizer com isso que o instituto do tráfico privilegiado se vincula de forma umbilical com a prisão preventiva nas hipóteses que se relacionam com a demonstração da dedicação a atividades criminosas. Isso porque o substrato fático de reconhecimento ou cabimento de tais institutos, na prática, são os mesmos. Nesse contexto, as situações fáticas que evidenciam o risco de reiteração criminosa, a gravidade concreta da conduta ou a periculosidade do agente se apresentam, no contexto do tráfico de drogas, respectivamente, na existência de atos infracionais pretéritos, assim como em inquéritos policiais em andamento e ações penais em curso, bem como na quantidade e na natureza da droga apreendida. Essas situações, se presentes, afastam a possibilidade de reconhecimento do tráfico ocasional, porquanto caracterizam dedicação a atividades criminosas.

Assim, o desvelamento da conexão entre esses institutos emerge a partir da constatação de que as situações fáticas que evidenciam a reiteração criminosa, a gravidade concreta da conduta ou a periculosidade do agente e que, portanto, autorizam a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, são as mesmas que definem os critérios para o afastamento do tráfico privilegiado. Dessa maneira, caso não demonstrados os fatos que afastam o reconhecimento do privilégio, com igual razão não estarão presentes os requisitos da prisão preventiva, notadamente a presença do *periculum libertatis*.

Nesse cenário, propõe-se identificar, na sequência, as incongruências e as tensões provocadas no sistema de justiça criminal em decorrência da decretação da prisão preventiva

do traficante privilegiado, de modo a verificar a conformação dessa prisão processual com os princípios e valores constitucionais vigentes, que serão objeto de estudo em seção subsequente.

Conforme analisado no item 1.1.2. deste trabalho, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça reconhecem que o tráfico privilegiado não tem natureza de crime hediondo, uma vez que, por razões de política criminal, o legislador lhe conferiu contornos penais e processuais mais benignos.

Nessa linha de entendimento, a interpretação dada pelos referidos Tribunais Superiores vai se consolidando no sentido de definir as situações que não impedem o reconhecimento privilegiado. Na primeira delas, relacionada à utilização de atos infracionais pretéritos, o posicionamento da 2ª Turma do STF caminha para sedimentar a compreensão da não admissão de atos infracionais anteriores para fins de afastamento da minorante aptos a caracterizar maus antecedentes ou dedicação a atividades criminosas.

No que diz respeito à utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso, para fins de afastar a causa de diminuição de pena, tanto o STF quanto o STJ compreendem que, em deferência ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, inquéritos policiais em andamento e ações penais em curso não são circunstâncias aptas a demonstrar a dedicação a atividades criminosas.

A partir da leitura que se faz da jurisprudência dos Tribunais Superiores, portanto, atos infracionais pretéritos, inquéritos policiais e ações penais em curso não são circunstâncias que revelem a dedicação a atividades criminosas, por força do princípio da presunção da inocência. Torna-se difícil, nessas circunstâncias, admitir a prisão preventiva com a finalidade de impedir o risco de reiteração criminosa valendo-se dessas mesmas situações fáticas. Nesse cenário, vislumbra-se não haver cautelaridade da medida extrema, haja vista não se prestar à proteção do processo ou da jurisdição.

Mais custosa é a defesa da argumentação segundo a qual a prisão, presentes tais circunstâncias, teria o condão de salvaguardar a comunidade social do risco de novos ilícitos. No entanto, é importante atentar-se ao fato de que a reprovabilidade da conduta é medida pela pena prevista pelo legislador. No caso do tráfico privilegiado, com a aplicação da fração máxima de redução, tem a possibilidade de cumprir a pena em regime aberto, a qual poderá ser substituída por duas penas restritivas de direito. No pior cenário, vislumbra-se uma quantidade de pena em caso de condenação compatível com o regime semiaberto.

A proteção da sociedade é conferida por meio da tutela jurídico-penal de determinados bens jurídicos considerados relevantes para a vida em sociedade. E a violação dessa norma penal resultará, após o devido processo legal, em uma possível condenação criminal. Não faz sentido, portanto, demonstradas as circunstâncias que não afastam o reconhecimento do tráfico privilegiado, utilizá-las para autorizar a prisão processual.

Trata-se de uma subversão radical do princípio básico do direito, constatada no âmbito criminal, segundo o qual o acessório segue a sorte do principal. Nessa hipótese, o acessório (prisão cautelar) corrompe o principal (prisão-pena) e não satisfaz a qualquer fundamento jurídico válido. Ao contrário, revela uma antecipação de pena mais gravosa que a provável pena definitiva, do que resulta possível violação ao princípio da inocência e da dignidade da pessoa humana.

Igual raciocínio pode ser adotado naquelas situações que envolvem a apreensão de exorbitante quantidade ou variedade de drogas, utilizadas para fins de demonstração da periculosidade do agente ou da gravidade concreta da conduta, aptas a justificar a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública.

O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a condição de “mula”, que corresponde à pessoa responsável pelo transporte de drogas, uma das formas pelas quais o tráfico privilegiado se apresenta na prática judicial, não comprova, por si só, a participação estável e permanente em organização criminosa ou dedicação à prática delitiva, ainda que tenha se efetivado o transporte interestadual da droga. Ou seja, se não se presta para afastar o privilégio, com mais razão interdita a possibilidade de decretação da prisão preventiva.

Nessa linha, o STF já destacou que em deferência ao princípio da legalidade, dentre os critérios estabelecidos pelo legislador para aplicação da causa de diminuição de pena, não figuram a quantidade e a qualidade de drogas apreendidas. Vale dizer, a quantidade e a qualidade da droga não justificam o afastamento do privilégio. Pelas mesmas razões, não se cogita a utilização da mesma situação fática que não afasta o reconhecimento do privilégio para prejudicar o acusado por meio da decretação da prisão preventiva, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Em defesa da lógica do sofrimento imposto pela prisão sem condenação definitiva, argumenta-se o fato de que apenas a instrução criminal poderá esclarecer a condição de traficante ocasional ou habitual, o que legitimaria, em tese, a prisão preventiva. Não se contesta tal proposição. Assim, e em caso de dúvida, a ser dirimida em regular instrução processual, o

que não se admite é a subversão da lógica constitucional do princípio da presunção de inocência como regra de tratamento no processo penal. Em caso de dúvida, ele preleciona que se deve inclinar o pêndulo da justiça em benefício da concretização do princípio do *favor rei*, e não o inverso.

Observa-se, por conseguinte, um cenário de graves violações de direitos fundamentais decorrentes da prisão preventiva do traficante privilegiado, permeado pela lógica da gravitação jurídica invertida, segundo a qual o acessório não apenas não segue o principal como o corrompe, de modo a contribuir para a perda de legitimidade do próprio sistema de justiça criminal como um todo.

Isto porque a hipótese de tornar preferencial a prisão preventiva nos casos envolvendo tráfico privilegiado mostra-se mais gravosa que a condenação definitiva. Nesse contexto, a decretação da prisão preventiva extrapola o caráter retributivo da pena, o que desborda para possível violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, considera-se proveitoso identificar os princípios constitucionais diretamente relacionados aos direitos fundamentais no que diz respeito à tutela penal e processual penal, no âmbito da aplicação do instituto do tráfico privilegiado, no contexto da decretação da prisão preventiva. A identificação de tais princípios têm a finalidade de apontar as vigas constitucionais que sustentam a contenção do poder punitivo estatal e que autorizam a violência estatal autorizada, cuja violação compromete a coerência e legitimidade da ordem jurídica interna.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À TUTELA PENAL E PROCESSUAL PENAL NO CONTEXTO DA PRISÃO PREVENTIVA DO TRAFICANTE PRIVILEGIADO

Cumprir consignar, desde logo, que as prisões preventivas previstas no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente aquelas que não se revestem de cautelaridade, não se harmonizam com o garantismo de Luigi Ferrajoli, que refuta qualquer tipo de prisão preventiva.

Todavia, como o modelo teórico e normativo garantista é concebido como estrutura ideal, estabelecido em gradientes de maior ou menor aplicabilidade, de acordo com o modelo de processo penal adotado, verifica-se que a prisão preventiva pode ser confrontada não apenas a partir do princípio da presunção de inocência, mas também “[...] com o conjunto de outras garantias penais e processuais, estabelecidas pela constituição e diretamente ou indiretamente por ela violados” (FERRAJOLI, 2002, p. 446).

É com essa perspectiva garantista que se propõe contrastar, do ponto de vista interno ou constitucional, a compatibilidade da prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado com as garantias penais e processuais previstas de forma expressa na Constituição Federal, especialmente com o princípio da presunção de inocência, da legalidade e da dignidade da pessoa humana.

Registre-se que todos os princípios a seguir destacados são considerados garantias fundamentais do cidadão contra o exercício do poder estatal, com a finalidade de evitar abusos e, por consequência, limitar a atividade pública. (LEITE, 2022).

Assim, neste cenário de crônica violação de direitos fundamentais, potencializar os horizontes de projeção de aplicabilidade do modelo ideal garantista ganha contornos de especial relevância, uma vez que, a despeito de se revelar instrumento necessário para a realização da pretensão acusatória, a instrumentalidade do processo penal se dá pela máxima concretização de direitos e garantias fundamentais (SILVA, 2019). Nesta medida, serão abordados a seguir os princípios constitucionais relacionados à tutela penal e processual penal no contexto da prisão preventiva do traficante privilegiado.

2.1. Dignidade da pessoa humana como vetor interpretativo no Estado Democrático de Direito brasileiro

Segundo Luisi (2003), a origem histórica do princípio da dignidade humana no direito penal está associada ao movimento iluminista europeu, entre os séculos XVII e XVIII, em contraponto ao Estado absolutista. Para os iluministas, uma vez reconhecida a existência de direitos inerentes à condição humana, na constituição do Estado, os direitos fundamentais devem ser assegurados e respeitados. Assim, o conceito de que existe um valor intrínseco ao ser humano, representativo de uma dignidade que lhe é inerente, aponta para ideia de que é necessário garantir predicados mínimos que possam assegurar uma experiência humana considerada válida (REIS JÚNIOR, 2020).

Na perspectiva iluminista, portanto, é possível vislumbrar que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se, de um lado, como limite à atuação estatal, que deve abster-se da prática de atos que, potencialmente, possam afetar a condição humana; e, de outro, como vínculo primeiro entre cidadãos e Estado, a quem cabe adotar todas as medidas necessárias para assegurar e garantir uma existência digna a cada ser humano, em sua esfera individual e coletiva.

Deste modo, e a partir do momento em que a dignidade humana é elevada à condição de princípio estruturante do Estado Democrático de Direito, decorre a conclusão lógica de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Vale dizer, o Estado tem como função primordial servir de instrumento para garantia e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos e, por consequência, garantir a dignidade das pessoas humanas, em sua esfera individual ou coletiva (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 279).

No caso da prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado, vislumbra-se a inversão da ideia iluminista que sustentou a concepção dos Estados modernos, uma vez que o pêndulo do sistema de justiça criminal inclina-se para a defesa da sociedade em detrimento da liberdade individual, o que contribui, nestas circunstâncias, para a perda de legitimidade do próprio Estado. Para Ferrajoli (2002), trata-se de prática fundamentada em uma epistemologia inquisitiva, cuja tradição autoritária jamais foi interrompida, em razão do resultado das práticas legislativas, judiciais e policiais, que se renovam a partir de variados

esquemas e teorias, como a teoria da prevenção especial, da defesa social, ou do tipo normativo do autor.

Para Reis Júnior (2020), a dignidade da pessoa humana representa o sustentáculo da ordem jurídica brasileira, cuja eficácia passa por três categorias: a) direta; b) interpretativa; e c) negativa. Assim, a eficácia direta do princípio em questão passa primeiramente pela sua incidência imediata sobre a realidade, nos moldes de uma regra, como a proibição de tortura ou de penas cruéis ou degradantes. Já a eficácia interpretativa preconiza que o valor expresso pelo referido princípio condiciona o sentido e o alcance das demais normas jurídicas. Por fim, a eficácia negativa guarda relação com a impossibilidade de aplicação de qualquer norma jurídica contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que deve ser repellido do ordenamento por meio de declaração de inconstitucionalidade.

Neste contexto, a dignidade humana relaciona-se intimamente com o direito penal e processual penal, por meio dos quais o Estado legitima o uso da violência, impondo penas e sanções em face do indivíduo. Com razão, é dele que decorre a limitação necessária ao poder punitivo estatal, a partir da incidência de sua eficácia direta e interpretativa sobre todas as normas jurídicas que estruturam o ordenamento.

Ainda no que diz respeito às funções exercidas pelos princípios na ordem constitucional, Ávila (2021) esclarece, a partir de outra perspectiva, que os princípios exercem função interpretativa, uma vez que permitem ampliar ou restringir o sentido do texto normativo, assim como exercem função bloqueadora, consistente na possibilidade de afastar elementos normativos que sejam incompatíveis com o estado ideal de coisas que se pretende promover.

O autor ressalta, entretanto, que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta uma condição particular, em relação aos demais princípios: trata-se de um *sobreprincípio*. Desse modo, além de exercer todas as funções próprias dos princípios (interpretativa e bloqueadora), ainda exerce uma função rearticuladora, a qual permitirá a interação entre os diversos elementos que viabilizam o estado ideal de coisas que se busca promover (ÁVILA, 2021).

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana permite articular a interação entre os princípios penais e processuais penais, como o princípio da legalidade e da presunção de inocência, com as regras que conferem a paridade de armas entre as partes processuais e as que admitem a decretação da prisão preventiva de forma excepcional, por exemplo. Desta maneira, e diante da relação que cada regra específica estabelece com o sobreprincípio da

dignidade humana, surge então um novo significado, diverso daquele que teria sido interpretado em uma perspectiva isolada ou apartada do citado sobreprincípio.

Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018), na arquitetura jurídico-constitucional brasileira, a dignidade da pessoa humana constitui elemento que confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional vigente, o que implica o dever de interpretação do sistema jurídico em consonância com tais fundamentos. Nesta linha de entendimento, os autores esclarecem que a proibição de penas cruéis e desumanas representa uma dimensão objetiva do princípio da dignidade, que não admite ponderação com outros direitos e princípios de índole constitucional.

Destarte, a inserção do princípio da dignidade humana no título dos princípios fundamentais da Constituição, e não no preâmbulo, é indicativa da sua característica de norma jurídica, dotada de eficácia e aplicabilidade imediata. É necessário destacar, ainda, que há uma íntima e indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa e os direitos humanos e fundamentais, no âmbito do direito internacional e do direito constitucional, respectivamente.

No entanto, e por não ser escopo do presente trabalho, faz-se oportuna a realização de pesquisas futuras centradas no desenvolvimento do debate em torno das feições que o princípio da dignidade da pessoa humana pode e/ou deve assumir, diante da sua previsão na Constituição Federal brasileira de 1988, da qual extrai sua condição de valor, regra ou princípio. Por ora, cabe concentrar os esforços no propósito de compreender os desdobramentos do fato de ser o garantismo penal de Luigi Ferrajoli um modelo “[...] centrado na dignidade, o mesmo valor estruturante da Constituição e que orienta e atuação do Direito” (OLIVEIRA; SANTOS, 2020), que se destina à proteção dos indivíduos contra o exercício arbitrário do poder estatal.

No Brasil, o princípio da humanidade das penas, consequência imediata da eficácia do princípio da dignidade humana, está previsto no texto constitucional, no título dos direitos e garantias fundamentais. Isso se verifica por meio da previsão que veda a tortura, o tratamento desumano ou degradante, conforme previsto no artigo 5º, III, da CF/1988 e da proibição de pena de morte, de caráter perpétuo, cruel, de banimento ou de trabalho forçado, de acordo com o que foi preconizado no artigo 5º, XLVII, da CF/1988 (BRASIL, 1988).

O reconhecimento destes direitos fundamentais veio acompanhado da preocupação do constituinte originário com a possibilidade de retrocessos na proteção da dignidade humana, de modo que, a teor do que dispõe o artigo 60, §4º, da Constituição Federal, foi vedada a

deliberação por parte do Congresso Nacional de qualquer emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais (BRASIL, 1988).

Assim, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana justifica a criação e legitima a atuação do Estado, o que revela a centralidade que esse princípio ocupa dentro da ordem constitucional. Por outro lado, impõe-se que se estabeleçam mecanismos de controle para que essa conquista civilizatória não recue a níveis de barbárie anteriores ao período iluminista, de modo que a condição de cláusula pétrea atribuída a este princípio pretende imunizá-lo de circunstâncias históricas e sociais adversas.

Por essa razão, Fragoso e Bezé (2021) consideram o princípio da humanidade das penas expressão do princípio da dignidade da pessoa humana que constitui importante postulado de política criminal, no sentido de interditar a atuação punitiva estatal que, de qualquer maneira, viole a dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, compreende-se que a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional tem por finalidade exatamente “[...] formar um limite à atuação, ou à omissão, dos poderes constituídos, em garantia das minorias e de todo e qualquer indivíduo.” (BARCELLOS, 2011, p. 242).

Para Oliveira e Santos (2020), a dignidade da pessoa humana constitui, assim, fundamento do Direito, situa-se no centro do ordenamento, e orienta que todas as decisões, normas e políticas sejam adequadas ao seu conteúdo. E acrescentam que os direitos fundamentais, cujo núcleo é a própria condição humana, prestam-se a conter eventuais intervenções desnecessárias na esfera individual do cidadão, por parte do Estado ou de terceiros. Isso porque vedam de forma peremptória o uso da pessoa como instrumento para a consecução de fins estatais.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana tem como escopo primordial na ordem constitucional vigente servir de vetor interpretativo a todas as demais normas jurídicas, assim como delimitar o espaço considerado inalcançável pelo poder punitivo estatal. Trata-se, por consequência, de princípio plenamente compatível com a teoria do garantismo penal, que procura estabelecer vínculos e limites ao poder punitivo estatal.

Neste sentido, e a partir do lugar que a dignidade ocupa no Direito brasileiro, no sentido de lhe servir de base e fundamento, não há como negar que o desrespeito aos direitos fundamentais representa grave violação ao princípio da dignidade. No caso da prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública, importa esclarecer, desde já, que: a) em termos de direito penal material, o referido crime não possui natureza hedionda; e b) no

âmbito processual penal, a prisão preventiva em questão não se presta a atender qualquer finalidade cautelar. Logo, nasce daí a hipótese de que o indivíduo é preso para aplacar a sensação de insegurança que acomete a sociedade, ao passo em que a liberdade individual e a disposição do corpo alheio são sacrificadas no altar da ideologia da defesa social, com violação direta à dignidade da pessoa humana.

Cumpra esclarecer, diante disso, que o direito penal considera violência desnecessária aquela que vai além dos fins a que ele se propõe. Como analisa Semer (2020), em não havendo penas corporais em nosso ordenamento jurídico-constitucional, toda e qualquer violência física imposta pelo Estado ao indivíduo “[...] não é apenas desnecessária, como proibida” (2020, p. 149), e deve ser considerada como caso típico de pena cruel.

Nessas circunstâncias, analisar a prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado representa lançar luzes sobre uma prática que assume contornos de crueldade. Com efeito, a prisão preventiva nessas circunstâncias configura uma sanção mais gravosa do que aquela que a sentença criminal transitada em julgado é capaz de infligir. Importa esclarecer que, uma vez condenado em definitivo, o traficante privilegiado começa a cumprir pena em regime inicial menos gravoso do que aquele que decorre da prisão preventiva, com fundamento na ordem pública.

Destarte, observa-se que a imposição da prisão preventiva ao traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública, constitui medida processual mais extrema do que aquela admitida pelo sistema jurídico-processual brasileiro, quando do exaurimento da análise dos fatos e do direito, pelo Poder Judiciário, no caso concreto. Some-se a este fato a violação sistemática de direitos fundamentais, a crise da superpopulação carcerária e a relativização de princípios, e é possível perceber a convergência de ações que indicam que o Direito vem sendo sabotado, o que contribui, por via de consequência, para a crise de legitimidade e de confiança que ele vem enfrentando, enquanto instrumento necessário para viabilizar o pacífico convívio social.

Assim, identificado o princípio da dignidade humana como vetor de interpretação de normas jurídicas, que veda a imposição de penas cruéis ou degradantes, e impõe limites à força punitiva estatal, propõe-se verificar, na sequência, em que medida o princípio da presunção de inocência se apresenta, sob a perspectiva da tutela processual, no contexto da prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública.

2.2 Presunção de inocência e suas dimensões constitutivas no direito processual penal brasileiro

A presunção do estado de inocência representa importante conquista do processo civilizatório, razão pela qual é possível encontrar a previsão dessa garantia, alçada a direito fundamental, em diversos documentos nacionais e internacionais. Está expressamente prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de acordo com o artigo 9º¹⁸, elaborada durante a Revolução Francesa de 1789; na Declaração Universal dos Direitos Humanos, conforme o artigo 11 (ONU, 1948)¹⁹, preparada logo após a 2ª Grande Guerra Mundial, em 1948; na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969), nos termos do artigo 8º²⁰, de 1969; e, no Brasil, na Constituição Federal de 1988, de acordo com o 5º, LVII²¹ (BRASIL, 1988).

A necessidade de garantir juridicamente esse direito de se presumir inocente decorre da necessidade histórica de estabelecer limites ao poder soberano. Durante o regime absolutista, a vontade suprema era exercida pelo monarca, o qual controlava, explorava e oprimia o povo. Com o advento da 2ª Grande Guerra Mundial, regimes totalitários promoveram perseguições e extermínios de minorias. Sob a justificativa de combater o comunismo, ditaduras militares foram instauradas na América Latina durante a guerra fria, o que resultou em graves violações de direitos humanos, notadamente por meio da promoção de exílios, torturas e execução daqueles considerados subversivos pelo regime.

Com efeito, a violação ou a relativização do princípio da presunção da inocência constitui ofensa ao Estado Democrático de Direito, o que apenas pode ser mensurado a partir da compreensão do contexto histórico em que essa garantia foi positivada, nas Constituições dos Estados modernos (ANTUNES, 2020). Em todos esses eventos históricos – aqui citados a título ilustrativo – havidos em lugares, tempos e contextos distintos, há um traço em comum: o arbítrio do poder estatal e o comprometimento do devido processo legal, marcado pelo desrespeito ao princípio da presunção de inocência.

18 “Artigo 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

19 “Artigo 11. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

20 “Artigo 8º. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

21 “Artigo 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

A compreensão desse princípio, que apresenta caráter estruturante no processo penal brasileiro, parte do reconhecimento do fato de que todos os cidadãos nascem inocentes e, com o tempo, passam a conviver em uma dada comunidade, situada no espaço e no tempo, onde se relacionam com outras pessoas, inclusive com o Estado, de forma presumidamente inocente.

Nestes termos, a alteração do estado jurídico de inocência depende, na concepção proposta por Ferrajoli (2002), de um processo dialético deflagrado inicialmente pela acusação, permeado pela paridade de armas entre as partes, no qual são garantidos o contraditório e a ampla defesa. Para tanto, as provas do ilícito devem ser empiricamente demonstradas perante um juízo imparcial e competente.

Em outras palavras, o direito não anula o *status* de inocente de um cidadão automaticamente. Ao revés, só pode afastá-lo após o necessário enfrentamento do caso concreto, na forma institucionalizada pelo sistema jurídico vigente. Assim, a presunção padronizada de primariedade tem por escopo assegurar um julgamento formal a todo aquele que for acusado da prática de um ilícito penal (MARQUES, 2020).

Desta feita, o princípio da inocência constitui, para as sociedades modernas, a pedra angular que permite a edificação dos Estados Democráticos em bases sólidas. Trata-se de princípio “[...] integrante da isonomia no nível instituinte do direito democrático e constituinte dos procedimentos penais” (BARROS, 2021). Nesta linha de compreensão, Canotilho e Brandão (2016) alertam que a responsabilização penal apenas é admissível diante de fatos devidamente apurados, no contexto de um processo penal democrático válido.

Para Streck (2019), a preservação da inocência do acusado deve ser assegurada, em um Estado Democrático de Direito, até o ponto em que a conservação jurídica desse “estado natural” não mais se sustente juridicamente. Trata-se, assim, do princípio mais relevante que decorre do princípio *favor rei*, o qual estabelece que, no plano processual penal, ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da condenação.

Badaró (2019), por sua vez, considera o princípio da presunção do estado de inocência como pressuposto de todas as outras garantias do processo penal, uma vez que é ele que marca a posição do acusado como sujeito de direitos, a quem se atribui a garantia da ampla defesa e do devido processo legal, e não mais como objeto do processo. Nesta perspectiva, Reis Júnior (2020) alerta para o fato de que a contestação da presunção de inocência configura mecanismo de excelência do Estado de exceção, uma vez que permite ao Estado manipular o processo penal como instrumento de perseguição e opressão.

Com razão, é exatamente em decorrência da constatação da perversão sofrida pela prisão preventiva, ao longo da história, que Ferrajoli (2002) critica esse instituto. Segundo sua compreensão, a prisão preventiva passou de instrumento processual destinado a satisfazer estrita necessidade instrutória a instrumento de prevenção e de defesa social, justificado pelas necessidades de impedir que o acusado cometa novos crimes. Esta deturpação originou uma presunção de culpabilidade em prejuízo do cidadão, o que veio conferir à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena.

Assim, ao assumir a feição de execução antecipada de pena, Ferrajoli (2002) compreende que a prisão preventiva veio alterar por completo a ordem do processo penal e, sobretudo, a lógica do sistema penal, assentada no princípio da presunção da inocência.

Com efeito, uma leitura histórica da necessidade e da importância da positivação do princípio da presunção de inocência nas Constituições modernas, assim como a apreensão do seu conteúdo principiológico, é essencial para que se possa avançar na compreensão dos reflexos processuais decorrentes do reconhecimento desse princípio no arranjo constitucional brasileiro. Ato contínuo, torna-se possível compreender, por via de consequência, a relação entre o princípio em questão e a prisão preventiva do traficante privilegiado, no cenário jurídico brasileiro.

Para Nucci (2015), a incidência deste princípio implica a aplicação de diversos outros direitos, dele decorrentes. É o caso da intervenção estatal mínima, no âmbito das liberdades individuais; do direito de ser acusado por um órgão estatal legítimo, que possui o ônus de provar a culpa; da vedação à autoincriminação; do direito ao silêncio; e do benefício da dúvida, no momento do julgamento. Sobre o assunto, Moraes (2010) assinala que esses direitos, derivados da aplicação do princípio da inocência, possuem três dimensões constitutivas, são elas: a) norma de tratamento, cuja compreensão é mais diretamente relacionada à figura do imputado; b) norma probatória; c) norma de juízo, essas duas últimas mais ligadas à questão probatória.

Primeiramente, correspondem a uma norma de tratamento, segundo a qual impõe-se um dever de tratar o réu como inocente. Essa dimensão possui dois âmbitos de atuação: o interno, que exige do juiz tratar o réu como efetivamente inocente, o que traz reflexos no uso excepcional das prisões cautelares; e o externo ao processo, que traduz a necessidade de proteger o réu contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce. Nesse campo de aplicação, exemplificativamente, pretende-se proteger o acusado da exploração midiática do fato criminoso e vedar o uso desnecessário de algemas, respectivamente (LOPES JÚNIOR, 2020).

Em segunda dimensão, a presunção de inocência corresponde a uma norma probatória, que estabelece que o ônus da prova é integralmente do órgão acusador. Afinal, se o réu é presumidamente e naturalmente inocente, ele nada precisa provar. Nesta perspectiva, vale registrar que as provas buscadas e produzidas pelo órgão acusador devem ser lícitas, e que devem ser valoradas de acordo com os padrões legais e constitucionais vigentes. Como expressão desse caráter probatório, destaca-se a impossibilidade de utilização de suspeitas, opiniões ou “convicções” do julgador na motivação da sentença, a partir de elementos que se encontram fora do processo ou dos limites da legalidade probatória (LOPES JÚNIOR, 2020).

Já a terceira dimensão constitutiva da presunção da inocência, traduzida em norma para o juízo, se manifesta pela exigência de concretização da regra que a dúvida beneficia o réu. Vale dizer, impõe-se um padrão probatório qualificado para um decreto condenatório. Trata-se de norma de natureza subjetiva, que incide após a norma probatória, uma vez que somente pode ocorrer após a produção do material probatório, de natureza objetiva, na linha do tempo. Diz respeito, em última análise, à suficiência probatória ou ao *standard* probatório capaz de modificar o estado de inocência pelo sistema de justiça criminal (LOPES JÚNIOR, 2020).

A consequência imediata da aplicação do princípio da presunção de inocência como regra de tratamento está no regime jurídico das prisões cautelares, notadamente a prisão preventiva. Com efeito, o acusado não pode sofrer restrições em sua liberdade antes de uma condenação criminal definitiva, como forma de antecipação de pena. Logo, toda prisão decretada em antecipação a uma sentença penal condenatória transitada em julgado deve estar lastreada na absoluta necessidade de tal medida excepcional, além de apresentar fundamento em bases cautelares, para ser considerada legítima (SANTIAGO NETO; MELLO, 2020).

Assim, pela regra de tratamento, a presunção de inocência impõe a isonomia entre a parte que não figura no polo passivo da relação processual é aquela a quem se atribui a prática de uma conduta delitiva. Trata-se de uma norma que tem origem a partir de uma valoração constitucional, que vincula e condiciona a atuação de todos os agentes estatais (TAVARES; CASARA, 2020).

Destaca-se, neste contexto, a expressa previsão legal no sentido de vedar a decretação da prisão processual com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena, conforme estabelece o artigo 313, §2º, do Código de Processo Penal²² (BRASIL, 1941). É certo que não

22 “Artigo 313. Nos termos do artigo 312, será admitida a decretação da prisão preventiva: (...) § 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.”

se cogita abolir totalmente a prisão preventiva do sistema processual brasileiro, tal como orienta o modelo garantista ideal, uma vez que é o próprio texto constitucional que vislumbra, expressamente, essa possibilidade.²³ Por sua vez, o Código de Processo Penal assinala que 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 penal²⁴ (BRASIL, 1941).

Outrossim, desde o advento da Lei n.º 12.403/2011, operou-se no sistema processual penal brasileiro um novo paradigma referente às medidas cautelares. A partir de então, a prisão preventiva recebeu, no plano normativo, a qualificação de *ultima ratio* das medidas cautelares, cujo cabimento só se mostra possível quando se revelaram inviáveis a liberdade provisória ou as demais medidas cautelares diversas da prisão (BRASIL, 2011). Este novo paradigma abandona o sistema bipolar até então vigente, relativo aos interesses envolvidos no processo, ancorado na base do “tudo ou nada”: prisão ou liberdade provisória. Passa-se, então, a admitir possibilidades alternativas à prisão, adequadas aos contornos de uma situação concreta.

Cumprido assinalar, ademais, que a segregação preventiva é a medida cautelar mais grave presente no processo penal, que desafia o direito fundamental da presunção da inocência. Assim, não pode revelar, nessas circunstâncias, uma antecipação de pena. As mudanças experimentadas no Brasil decorrem exatamente dessa preocupação, que tem agitado a atividade legislativa brasileira, no sentido de empreender esforços para tornar o manejo da prisão preventiva como último recurso previsto no amplo catálogo de medidas cautelares – diversas da prisão – oferecidas pela legislação processual penal no País.

Com isso, privilegia-se a presunção da inocência, que assume especial relevância no âmbito das prisões cautelares, a partir de sua dimensão constitutiva de norma de tratamento. É o próprio ordenamento jurídico brasileiro, por meio de leis escritas, que garante ao acusado um o respeito à sua dignidade e a não equiparação de sua situação jurídica com a daquele que porventura já venha a ostentar uma condenação definitiva, após trânsito em julgado.

Neste contexto, o princípio em questão deve se manifestar, em cada caso concreto, na forma de norma de tratamento, de modo a impedir a utilização de atos infracionais pretéritos,

23 “Artigo 5º. LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”

24 “Artigo 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.”

inquéritos policiais e ações penais em curso como fundamento para um decreto de prisão preventiva em razão do risco de reiteração delitiva, com a finalidade intrínseca de salvaguardar a própria racionalidade do sistema.

Com efeito, é possível antever violação ao princípio da presunção da inocência, em sua dimensão de norma de tratamento, por ocasião da decretação de prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública. Isso porque não há como conceber que o sistema admita uma prisão processual mais gravosa do que a condenação em definitivo, que apresenta regime inicial menos gravoso, ou que sofrerá pena inferior a 4 (quatro) anos, o que impede a decretação da prisão cautelar extrema, nos termos do artigo 313, I, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Em linguagem figurada, trata-se de garantir, como reforça Moraes (2010), que o remédio ministrado não se revele pior que a própria doença.

Outrossim, a presunção de inocência como norma para o juízo inviabiliza o afastamento da configuração do tráfico privilegiado, uma vez que mesmo na hipótese de condenação e aplicação da pena em definitivo, o resultado é um regime mais benéfico que o regime fechado. Nesse sentido, reitera-se que o STF não admite a possibilidade de utilização de atos infracionais pretéritos, inquéritos policiais e ações penais em curso para demonstrar possível dedicação a atividades criminosas e, assim, afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, em homenagem ao princípio da presunção de inocência.

Ademais, o tráfico privilegiado não constitui um crime hediondo e é cometido sem violação ou grave ameaça à pessoa, por um acusado primário e de bons antecedentes, o que torna ilegítima a utilização preferencial da medida processual penal mais gravosa. Desconsiderar isso é o mesmo que contribuir para uma relativização do princípio da presunção de inocência como norma de tratamento, com a finalidade precípua de antecipação de uma pena definitiva menos gravosa.

Ferrajoli (2002) alerta que a hipertrofia do processo penal, por meio de técnicas aflitivas como a prisão preventiva, tende a implementar sanção mais gravosa que a aplicação da própria pena, em uma sociedade de massas. Tal circunstância se verifica nos casos em que a incriminação é corrompida e as técnicas aflitivas passam a constituir instrumento de culpabilidade preventiva e de estigmatização pública. Daí ser legítimo falar-se em “penas processuais”, tal como sucede com a prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública.

Trata-se, prossegue o referido autor, de patologia judiciária, caracterizada pelo uso do processo com o objetivo antecipação de pena, de estigmatização social, de intimidação polícialasca ou de perseguições, o que torna a aplicação da pena, não raro, menos temida do que a difamação pública do imputado. Neste contexto, compreende-se que a prisão cautelar do traficante privilegiado assume os contornos de uma pena cruel, ao configurar antecipação indevida da pena, com a imposição de uma aflição maior do que se observa na própria pena definitiva. Assim, configura, de forma sub-reptícia, uma pena desumana, vedada pela Constituição Federal de 1988, e que desrespeita ainda a dimensão constitutiva de norma de tratamento, da presunção do estado de inocência.

Diante deste cenário, e a partir de um movimento dialógico com o filtro garantista, observa-se a convergência entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção da inocência, capaz de potencializar a eficácia deste em favor da liberdade individual do cidadão, contra os abusos da atuação punitiva do Estado. Com efeito, é a dignidade da pessoa humana que fundamenta a proibição expressa de condenação a penas cruéis, em uma interação sinérgica com o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, o princípio da presunção do estado de inocência não é um princípio meramente processual, mas um direito subjetivo que se ancora na condição humana de inocência, até prova em contrário. Desse modo, qualquer violação a esse princípio configura grave atentado à dignidade humana, uma vez que uma prisão fundada em pressuposto contrário à condição humana se apresenta mais injusta que a pretensa justiça que se pretende realizar por meio da condenação atingida (LIMA; SANTIAGO; MONTE, 2020).

Assim, o entendimento do STF corrobora para a concretização da dimensão constitutiva do princípio de presunção da inocência, enquanto norma para o juízo, frente ao reconhecimento da impossibilidade de utilização de atos infracionais pretéritos, inquéritos policiais e ações penais em curso com a finalidade de afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado. Por outro lado, é preciso reconhecer que a prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado constitui uma relativização do princípio da presunção da inocência como norma de tratamento, com afronta à própria condição humana, na medida em que atua como imposição de medida processual mais gravosa do que a definitiva.

Destarte, há que se observar que a excepcionalidade da prisão preventiva e a proibição de decretar a prisão cautelar com a finalidade de antecipar o cumprimento de pena constituem, portanto, os elementos centrais do novo paradigma processual brasileiro, acerca da prisão preventiva (SILVA, 2019). E estes elementos buscam seu fundamento constitucional nos

princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, que estabelecem limites ao poder punitivo estatal.

Nessas circunstâncias, torna-se essencial compreender a relação entre a prisão em destaque e o princípio da legalidade, na ordem constitucional brasileira, a fim de que se possa identificar as características e funções desse princípio, e avaliar em que medida ele pode ser relativizado ou violado, no contexto da prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública.

2.3 Entre o princípio da legalidade e a prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública: relativização possível?

Existe um considerável consenso acerca da centralidade que o princípio da legalidade ocupa no âmbito do direito e, em particular, no direito penal. Sua origem histórica, tal como se observou em relação ao princípio da dignidade humana e ao princípio da presunção da inocência, remonta aos ideais iluministas, no século XVII.

Segundo Mascaro (2019), a modernidade eleva a legalidade à categoria de expressão de uma racionalidade universal, fruto da criação fundamental da razão humana. Porém, não como produto de relações políticas. Neste contexto, os ideais iluministas apresentaram o princípio da legalidade como princípio estruturante do Estado, que busca legitimidade no fato de estar submetido à lei, como expressão de uma vontade geral.

Com efeito, o princípio da legalidade é produto do pensamento iluminista e das revoluções liberais, que se fundamenta na ideia de proteção do indivíduo em face do poder estatal, por meio da sujeição de todos aos ditames da lei, que traduz a expressão da vontade geral. A edificação da ideia de legalidade representa, assim, um marco na contenção do exercício arbitrário do poder estatal em favor dos direitos individuais (REIS JÚNIOR, 2020).

Neste sentido, Silva (2015) considera que o princípio em questão constitui nota essencial do Estado Democrático de Direito, caracterizado pela subordinação do Estado à Constituição, e que encontra fundamento na própria ideia de legalidade democrática. Isso significa dizer que toda atividade estatal está sujeita ao império da lei enquanto expressão da vontade geral.

Na esfera penal, o princípio da legalidade está consagrado como garantia individual prevista no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal de 1988. Para Batista (2011), esse princípio constitui base estrutural do Estado Democrático de Direito e desempenha função

essencial no direito penal, uma vez que confere racionalidade ao sistema jurídico, assim como concorre para promoção da segurança jurídica. Assim, além de garantir o prévio conhecimento dos crimes e das penas aos indivíduos, assegura que o cidadão não sofrerá coerção penal distinta daquela predisposta em lei.

Batista (2011) acrescenta que o princípio da legalidade, sob o prisma da garantia individual, possui 4 (quatro) funções distintas e complementares, no direito penal, que consistem em proibir: a) a retroatividade da lei penal; b) a criação de crimes e de penas pelos costumes; c) a utilização de analogia para a criação de crimes e para agravar ou fundamentar penas; d) incriminações vagas e imprecisas.

Semer (2020), por outro lado, adota o conceito de dimensões do princípio da legalidade, projetadas: a) na lei prévia (possibilidade de a lei penal mais benéfica retroagir para alcançar fatos pretéritos anteriores a sua vigência e vedação da retroatividade de norma incriminadora); b) na lei escrita (obrigatoriedade de criação dos crimes e das penas mediante lei formal como fonte exclusiva, vedando-se assim o uso dos costumes, dos princípios gerais do direito ou da jurisprudência para tanto); c) na lei estrita (vedação à analogia, que iria agregar à norma penal situações próximas ou semelhantes, mas que não foram contempladas pelo legislador); d) na lei certa (também denominada princípio da taxatividade, por meio do qual veda-se a indeterminação da norma).

Nesta medida, a exigência de lei prévia está prevista no artigo 5º, XL, da Constituição Federal e possui duas perspectivas, que representam as faces de uma mesma moeda: a retroatividade da lei penal mais benéfica e a irretroatividade da lei penal. Pela retroatividade da lei penal mais benéfica, essa deve alcançar condutas anteriores praticadas sob a vigência de lei anterior. Já, em atenção à irretroatividade da lei penal, não é dado a uma lei penal mais gravosa alcançar, com seus efeitos, comportamentos pretéritos. A lei previa relaciona-se, ainda, com o conceito de anterioridade, ou seja, com a possibilidade de o indivíduo fazer um prévio juízo de valor sobre sua conduta e, diante disso, optar pelo cometimento do delito (REIS JÚNIOR, 2020).

A dimensão relacionada à lei escrita engloba a reserva de lei, o que implica a proibição da criação de lei por meio de medida provisória. Com isso, essa dimensão propõe-se a preservar a legitimidade democrática decorrente da representação popular, o que coloca a lei como obstáculo ao arbítrio. Ademais, a lei penal não se coaduna com a provisoriedade e a com a urgência exigidas para essa espécie normativa (SEMER, 2020).

Neste ponto, e sob uma perspectiva constitucionalista, Silva (2015) propõe importante distinção entre o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal. Segundo ele, o princípio da legalidade preleciona que a atuação estatal ou do particular deve estar de acordo com os espaços estabelecidos pelo legislador; ao passo em que o princípio da reserva de lei, por sua vez, consiste na delimitação de matérias cuja regulamentação depende, necessariamente, de lei formal.

Na visão de Prado (2017), a legitimação democrática, que se fundamenta na representatividade popular, faz com que o exercício do poder normativo exclusivo do Poder Legislativo, na seara penal, não seja arbitrário. Essa é a justificativa ou a razão que está por trás da escolha da exigência de lei formal para a definição dos crimes e das penas, no Brasil.

Na dimensão da lei estrita, propõe-se afastar a possibilidade de utilização da analogia para fins punitivos ou incriminatórios. Veda-se, portanto, a utilização da analogia como fonte do direito penal. Desta maneira, almeja-se garantir a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento das relações sociais (REIS JÚNIOR, 2020). Com efeito, o manejo da analogia pode revelar perigoso expediente que coloca o juiz na condição de legislador. Logo, a observância de um procedimento democrático de elaboração das leis por meio da discussão e deliberação dos representantes do povo representa importante mecanismo de definição e estabilização de condutas incriminatórias.

Por sua vez, a exigência de lei certa se traduz no princípio da taxatividade, que exerce importante função garantista, uma vez que a vinculação do juiz a uma lei taxativa o bastante representa uma autocontenção do poder punitivo que proporciona certeza e imparcialidade na aplicação das leis penais (PRADO, 2017). Como consequência, a taxatividade impede a utilização do direito penal como instrumento de poder que viabiliza perseguições arbitrárias. Reside aí a relevância e a necessidade de evitar o uso de termos vagos ou indeterminados na seara penal. Isso porque, na prática, a imprecisão da linguagem utilizada pelo legislador, nestas expressões, remete à ausência de lei e cria possibilidades de interpretações inadequadas (REIS JÚNIOR, 2020).

Para Semer (2020), a maior erosão do princípio da legalidade decorre da imprecisão do tipo penal, uma vez que a introdução de normas sem precisão semântica tem o efeito de trazer o juiz à tarefa de legislar, o que acaba por comprometer o conceito de império da lei e a própria separação de poderes, que fundamentam e legitimam o poder punitivo estatal.

Deste modo, transfere-se a atividade legislativa ao julgador, que dará a interpretação de acordo com sua particular visão de mundo, o que constitui afronta à separação dos poderes, uma vez que subtrai da competência dos representantes do povo (legitimados para tanto) a definição precisa de condutas incriminatórias. Com efeito, o julgador não está autorizado a definir, de acordo com suas convicções pessoais, condutas que têm o condão de restringir a liberdade do indivíduo; não possui legitimidade democrática para tanto.

No âmbito de uma epistemologia garantista, as bases teóricas do garantismo conferem ao princípio da legalidade um lugar de destaque, em sua concepção. Nestes moldes, a legalidade constitui, ao lado dos demais princípios garantistas, um esquema epistemológico da identificação e julgamento do desvio punível orientados a conferir a maior racionalidade e confiabilidade do juízo, de modo a limitar o poder punitivo e potencializar a tutela das liberdades contra a arbitrariedade. De acordo com o modelo garantista, são elementos constitutivos da epistemologia garantista: a) definição legislativa; b) comprovação do desvio punível. Esses elementos correspondem, assim, ao conjunto de garantias penais e processuais do sistema punitivo (FERRAJOLI, 2002).

Assim, para Ferrajoli (2002), a determinação abstrata do que seja o desvio punível depende de duas condições: a) caráter formal de definição do desvio; e b) caráter empírico das hipóteses de desvio legalmente definidas. Pela primeira condição, o desvio punível consiste naquele formalmente indicado por lei como pressuposto necessário à aplicação de uma pena. Equivale ao princípio da reserva legal, também chamada pelo autor de mera legalidade. De acordo com a segunda condição, a definição legal do desvio deve estar ancorada em figuras empíricas e objetivas de comportamento, e não em referência a figuras subjetivas de *status* ou do autor. Ferrajoli (2002) denomina isso de estrita legalidade.

Com isso, não atende ao parâmetro garantista o fato de a conduta vedada pela lei estar condicionada apenas à observância do devido processo legislativo. Impõe-se, ainda, que as condutas tipificadas sejam verificáveis, ou seja, passíveis de demonstração no mundo empírico. Logo, não se admite a elaboração de leis que façam referências a juízos de valor sobre estados ou situações, o que permite, na prática, a punição pelo que a pessoa é, e não pelo que ela fez ou faz.

Há, segundo Ferrajoli (2002), uma profunda crise do princípio da estrita legalidade na contemporaneidade, favorecida por impulsos irracionais e autoritários. Esses impulsos estão lastreados em um modelo de tradição inquisitiva e antigarantista, fundamentada em uma epistemologia penal inquisitiva, composta por um conjunto de técnicas normativas e práticas

processuais que se contrapõem aos elementos da definição normativa do desvio punível e da demonstração do desvio punível, que caracterizam as bases de uma epistemologia garantista.

Em relação à definição normativa do desvio punível, na epistemologia inquisitiva, prevalece a concepção ontológica ou substancialista do desvio punível, que preconiza que o tratamento penal ao desvio penalmente relevante não se opera tão somente a partir do delito enquanto formalmente previsto em lei, mas sobretudo em razão do caráter imoral ou antissocial do desvio e, principalmente, a partir da figura do delinquente. No plano das técnicas jurídicas dessa tradição autoritária, é possível apontar a previsão de tipos penais elásticos e indeterminados, como obscenidade e desacato, que não indicam tipos de delito empiricamente determináveis (FERRAJOLI, 2002).

Ferrajoli (2002) compreende que medidas de defesa social como a prisão preventiva estão contempladas dentro dessas técnicas de tradição autoritária, impostas não como consequência de fatos legalmente previstos e judicialmente demonstrados, mas sim diante de pressupostos subjetivos do agente, como é o caso da periculosidade social, presumida legalmente a partir das condições pessoais ou de status. Isso está por trás do uso de expressões como “propenso a delinquir”, “tendência criminosa”, “criminoso habitual ou profissional” ou similares. Como consequência da utilização desta técnica, que se afasta da estrita legalidade, o magistrado condena cada sujeito nem tanto pelo que ele fez, mas pelo que ele é ou aparenta ser.

Neste sentido, a incorporação de técnicas de tradição autoritária em uma ordem constitucional de cariz social e democrática, como a brasileira, tem o potencial de contaminar a racionalidade do sistema de justiça penal. Destarte, vislumbra-se efetiva contradição da prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública, uma vez que a definição legal do tráfico privilegiado não pressupõe a periculosidade social do agente.

Ao contrário, pretendeu o legislador conferir tratamento penal e processual mais benigno ao agente que reúne as condições de réu primário, com bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas, nem integra organização criminosa. Tais circunstâncias, acaso presentes, revelam a incompatibilidade da adoção de técnica processual mais gravosa, sob o argumento de uma “prisão preventiva como medida de defesa social”.

Nesta medida, Semer (2020) associa o caso concreto do tráfico privilegiado, em que a lei veda o benefício da redução de pena a quem se dedica a atividades criminosas (circunstância típica do direito penal do autor) ao objetivo de punir determinadas pessoas, e não de criminalizar condutas previamente descritas em lei. Com efeito, e nos termos da lei brasileira, o

reconhecimento do tráfico privilegiado exige a demonstração de que o autor não seja dedicado a atividades criminosas. No entanto, essa exigência parece não se ocupar de definir ações objetivas de comportamento, mas sim de presumir legalmente a periculosidade do autor, a partir de sua condição pessoal, em dissonância com o que preconiza o modelo garantista.

Ademais, a não dedicação a atividades criminosas é expressão vaga e imprecisa que não se coaduna com a precisão semântica exigida pela taxatividade penal. A reforçar essa compreensão, a dedicação a atividades criminosas aparece na jurisprudência sob variadas molduras, como a existência de atos infracionais pretéritos, inquéritos penais em curso, ações penais em andamento ou a quantidade e/ou qualidade da droga.

No que diz respeito à quantidade e/ou qualidade da droga, o entendimento recente do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 200.988/CE, orienta -se no sentido de não afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado (BRASIL, 2021). Tal posicionamento encontra-se fundamentado no princípio da legalidade, em sua dimensão de lei escrita, uma vez que, nos termos da redação do artigo 33, §4º, da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, a pena poderá ser reduzida ao agente que seja primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa.

Destarte, a quantidade e/ou a qualidade da droga não é uma circunstância que foi prevista em lei e, portanto, não pode impedir a aplicação da causa de diminuição de pena. Ademais, a dimensão de lei estrita, do princípio da legalidade, impede a utilização de analogia, sob pena de comprometimento do princípio que preconiza a separação entre os poderes. Com razão, de nada adianta o estabelecimento de normas penais pelo legislador, limitadas pelo conteúdo dos direitos e garantias fundamentais, se o processo penal estiver permeável a decisões arbitrárias do juízo.

Desse modo, e com a finalidade de garantir a efetividade da estrita legalidade, a epistemologia garantista exige outra condição, para além da definição legislativa e da comprovação do desvio punível. Trata-se da estrita jurisdicionariedade, que dialoga com outros dois requisitos: a) verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias; e b) comprovação empírica, por meio de procedimentos que viabilizem tanto a verificação quanto a refutação das hipóteses levantadas. Com isso, o garantismo, propõe um modelo teórico e normativo que compreende o processo penal como um processo de cognição ou de comprovação de determinado fato disposto na lei como punível (FERRAJOLI, 2002).

Por essa lógica, e no que diz respeito à demonstração do desvio punível, a epistemologia inquisitiva é caracterizada pelo caráter potestativo, e não cognitivo do juízo. Desta feita, e na ausência de fundamentos empíricos precisos, a subjetividade do julgador se manifesta em duas frentes ou direções: a) no cunho subjetivo do tema processual, que se apresenta em fatos determinados em condições ou qualidades pessoais, como a vinculação à periculosidade social ou à atávica natureza criminal do agente; b) no caráter subjetivo do juízo, que provoca valorações e apresenta diagnósticos subjetivos, em vez de provas e fatos (FERRAJOLI, 2002).

É do aspecto subjetivo do tema processual, que resulta a natureza inquisitiva do processo, centrado na análise da interioridade da pessoa processada, e não na demonstração de fatos objetivos. De outro lado, o caráter subjetivo do juízo finda por corromper a verdade processual, que se afasta de regras intersubjetivamente controláveis, em convencimento íntimo, irrefutável e, por consequência, inescrutável do julgador (FERRAJOLI, 2002).

Em termos de epistemologia, esses dois modelos processuais contrapostos, o garantista e o inquisitivo, irão operar de modo eficaz a partir de distintas dimensões do princípio da legalidade, segundo sua maior ou menor aderência ao citado princípio. Tanto maior o respeito ao princípio da legalidade, maior a possibilidade de reduzir o poder arbitrário e a satisfazer o modelo garantista. Do contrário, maior a possibilidade de ensejar juízos subjetivos e arbitrários.

No caso da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, o princípio da legalidade é esvaziado pela imprecisão semântica da expressão “ordem pública”, cujo conceito é vago e ambíguo. Essa plasticidade linguística que o termo oferece permite a sua manipulação retórica, cujo conteúdo pode ser preenchido ao sabor das conveniências de ocasião.

Na jurisprudência, a ordem pública é comumente interpretada pelos Tribunais Superiores como gravidade concreta ou abstrata da conduta, periculosidade do agente, clamor popular; credibilidade das instituições e risco de reiteração criminosa. Porém, são situações que não se assemelham entre si, o que evidencia se tratar de conceito facilmente manipulável e que se encontra em colisão com a epistemologia garantista. Com efeito, torna difícil sustentar qualquer similitude entre a concepção de ordem pública como sinônimo de clamor popular, risco de reiteração delitiva e gravidade concreta da conduta. Desse modo, essa circunstância revela destacado grau de comprometimento do princípio da legalidade, que exige, no âmbito de proteção das liberdades individuais, a utilização de termos certos e precisos (lei certa).

Do contrário, ampliam-se as possibilidades de sustentar “semelhanças” entre a concepção de ordem pública e o clamor popular, o risco de reiteração delitiva e a gravidade

concreta da conduta. Ademais, constata-se que a alegação de risco à ordem pública não permite verificação ou refutação empírica da hipótese sustentada. Nesta linha, como é possível demonstrar o compromisso do Poder Judiciário com o princípio da legalidade, frente à presunção da inocência e ao direito fundamental à liberdade do agente? Ademais, como se refutar que, em liberdade, o acusado não cometerá novos crimes? Trata-se, conforme destacado por Lopes Júnior (2020), de exercício de futurologia, que se afasta de um modelo processual garantista.

Nesse contexto, vislumbram-se duas frentes de investidas contra o princípio da legalidade no contexto da prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado. No âmbito penal, aparece corrompido pela expressão dedicação a atividades criminosas, que se ocupa de levar em consideração as condições pessoais do agente, e não o fato em si. Ainda, tal expressão não é dotada de precisão semântica, o que possibilita o afastamento da causa de diminuição de pena nas hipóteses que envolvem a existência de atos infracionais pretéritos, inquéritos penais em curso, ações penais em andamento ou a quantidade e/ou qualidade da droga.

Essas mesmas situações (existência de atos infracionais pretéritos, inquéritos penais em curso, ações penais em andamento ou a quantidade e/ou qualidade da droga) são utilizadas para fins de decretação da prisão preventiva, com a finalidade de fundamentar o risco à ordem pública, assim compreendida como gravidade concreta ou abstrata da conduta, periculosidade do agente, clamor popular; credibilidade das instituições e risco de reiteração criminosa. Assim, no âmbito do processo penal, o princípio da legalidade resta deturpado pela imprecisão semântica da expressão “ordem pública”.

Nesse cenário, a partir da degeneração do princípio da legalidade - cujo fenômeno encontra terreno fértil no contexto da prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado - é possível estimar, como consequência, o enfraquecimento e a relativização de outros direitos e garantias fundamentais, como a presunção em sua dimensão de norma de tratamento, assim como a dignidade da pessoa, que veda a imposição de penas cruéis.

Isto porque não há, para o termo “ordem pública, uma definição legislativa precisa, apta a ensejar a comprovação do desvio punível, no mundo dos fatos. Além disso, resta prejudicado o diálogo entre a estrita jurisdicionabilidade, a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e a comprovação empírica. Isto porque, em um cenário de plasticidade semântica

que malfeire a legalidade, resulta inviabilizada a estruturação de um processo de cognição que justifique a prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na “ordem pública”.

Dessa maneira, compreende-se relevante lançar um olhar sobre as práticas processuais que permeiam o universo jurídico do tráfico privilegiado com a finalidade de verificar possíveis violações a direitos e garantias fundamentais. Assim, pretende-se avaliar a prática da utilização da prisão preventiva ao tráfico ocasional, previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, pelos juízes criminais da comarca de Fortaleza/CE. É o que se propõe a seguir.

3 PRISÃO PREVENTIVA NO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS NA COMARCA DE FORTALEZA/CE: ANÁLISE DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS À LUZ DO GARANTISMO PENAL

Nesta seção, propõe-se uma análise dos casos penais de decretação da prisão preventiva do acusado com fundamento na ordem pública, em que houve o reconhecimento do tráfico privilegiado em sentença condenatória. Pretende-se, com isso, verificar a observância das garantias constitucionais, identificadas na seção anterior, na prática judicial de primeiro grau, na comarca de Fortaleza/CE. O universo amostral da pesquisa é composto por 203 (duzentos e três) processos judiciais com sentenças que reconheceram a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado entre os anos de 2017 e 2022.

Para tanto, propõe-se realizar o cotejo entre a teoria e a prática judicial, a partir do “filtro garantista” (SILAS FILHO, 2021, p. 176) como limite do poder de decidir no direito penal e processual penal. Com efeito, a construção do Estado de Direito – cujo fundamento e validade correspondem à defesa das liberdades dos indivíduos contra o exercício arbitrário do poder estatal – é forjada na história do mundo ocidental a partir da tensão entre liberdade e poder. Neste cenário, a teoria do garantismo penal, desenvolvida por Ferrajoli (2002), busca conferir maior efetividade aos direitos fundamentais (TRINDADE, 2017), razão pela qual pretende-se analisar a prática judicial nas Varas de Drogas da Comarca de Fortaleza/CE, a partir do filtro garantista, com a finalidade de identificar possíveis violações a direitos e garantias fundamentais.

3.1 Filtro garantista como limite do poder de decidir no direito penal e processual penal

O garantismo penal de Luigi Ferrajoli constitui marco teórico essencial à presente pesquisa, uma vez que atribui aos direitos e garantias fundamentais um lugar de destaque na concepção de um processo penal democrático, capaz de legitimar a violência autorizada do Estado, em uma perspectiva que visa assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais

dos cidadãos. A aposta, segundo reconhece Bobbio, ao prefaciá-la obra “Direito e razão” (FERRAJOLI, 2002) é alta, e consiste na elaboração de um sistema geral do garantismo ou na construção dos próprios alicerces do Estado de Direito. Este sistema é concebido, assim, a partir da ideia de máxima tutela das liberdades do indivíduo, em face do exercício arbitrário do poder estatal, que se apresenta de maneira mais evidenciada no direito penal.

A expressão garantismo encontra-se historicamente vinculada à supremacia dos direitos e interesses individuais sobre os poderes estatais. E, a partir da obra de Ferrajoli, intitulada “Direito e razão: teoria do garantismo penal”, dá vida à teoria liberal do direito penal. Ou seja, Ferrajoli cria sua teoria e escolhe o direito penal, palco destacado de violação a direitos fundamentais, para realização de teste de estresse de sua construção teórica. Originalmente, e num sentido amplo, o garantismo pode ser compreendido como uma teoria aplicada ao direito penal (e processual). Posteriormente, com a publicação de *Principia iuris*, o garantismo tornou-se uma teoria do direito e da democracia, cuja aplicação se dá não apenas no direito penal, mas em outros campos do direito (SALES, 2021).

A teoria garantista, compreendida como uma teoria do direito, da democracia e do constitucionalismo, está assentada na pretensão de “[...] redefinir o paradigma teórico e normativo das atuais democracias constitucionais pela identificação dos diversos tipos de garantias que possam, enquanto técnicas já existentes no sistema posto, assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos fundamentais e da paz” (CADERMATORI; STRAPAZZON, 2010, p. 285-286). Disso resulta, segundo a concepção garantista, a necessidade de as decisões tomadas dentro do Estado Constitucional de Direito estarem necessariamente limitadas e vinculadas, de forma substancial, pelo conteúdo dos direitos fundamentais (TRINDADE, 2012).

Para a concepção do garantismo penal e, portanto, com a finalidade de concretizar a tutela dos direitos fundamentais, Ferrajoli (2002) elabora seu raciocínio a partir do uso incondicional da razão, como critério metodológico, no sentido epistemológico, axiológico e normativo, de modo a reduzir o exercício arbitrário do poder, de um lado, assim como potencializar as garantias e liberdades, de outro. Do ponto de vista metodológico, Ferrajoli (2002) desenvolve sua construção teórica a partir dos institutos do delito, da pena e do processo, para os quais formulará as garantias relacionadas ao proibir (delito), ao castigar (pena) e ao julgar (processo), respectivamente. (PINHO; ALBUQUERQUE, 2019).

Para Pinho e Albuquerque (2019), o sentido epistemológico empregado à razão (ou a razão “no” direito penal) está relacionado à racionalidade das decisões penais, as quais devem

estar ancoradas em vínculos de conhecimento, e não de autoridade. Vincula-se, portanto, à necessidade de estabelecer limites racionais dirigidos aos juízes e aos legisladores. Em relação à judicatura, isso impõe ao magistrado agir nos termos da lei, a qual deverá orientar e servir de limite à sua interpretação. Da mesma forma, é mandatório o estabelecimento de vínculos que prestigiam a razão no processo penal, caracterizado pelo conhecimento fundado na verdade processual, apurada por meio da coleta de provas, em detrimento do decisionismo, correspondente ao espaço indesejado que confere ao juiz o poder de dispor da verdade.

Na esfera legislativa, incumbe ao legislador observar a taxatividade e a precisão semântica no momento da formulação das leis. Assim, cabe ao legislador direcionar as proibições legais para os fatos, e não para as pessoas, bem como não lhe é dado elaborar leis penais imprecisas ou obscuras. Nestes moldes, e com a finalidade de construir um modelo epistemológico garantista (sistema garantista) de identificação do desvio punível, fundado na racionalidade e na limitação do poder de punir, Ferrajoli (2002) concebe (10) princípios, em forma de axiomas, que correspondem a garantias penais (seis) e processuais penais (quatro).

No âmbito das garantias penais, e de acordo com o modelo proposto pelo jurista e filósofo italiano, toda e qualquer punição exige como condição o cometimento prévio de um delito (princípio da retributividade), a previsão do delito em lei (princípio da legalidade), a necessidade de punição e proibição (princípio da necessidade ou da economia), a existência de lesão a terceiros (princípio da lesividade ou ofensa do ato), a exterioridade da conduta criminosa (princípio da materialidade) e a responsabilidade pessoal do autor (princípio da culpabilidade) (QUEIROZ, 2008).

No aspecto processual, exige-se a prova empírica do delito (princípio de verificação), mediante um procedimento preestabelecido, consistente em levar uma acusação (princípio acusatório), em relação a qual recai o ônus probatório, perante um juiz imparcial (princípio da jurisdição), em processo público que promova o contraditório com a defesa (princípio do contraditório ou ampla defesa) (QUEIROZ, 2008).

Ferrajoli (2002) denomina garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penal que contempla todos esses axiomas. Vale dizer, com a elaboração dos 10 axiomas, entre garantias penais e processuais, Ferrajoli estabelece uma moldura teórica para identificar um sistema penal garantista. Trata-se de modelo ideal, que nunca será realizável plenamente, do qual é possível aproximar-se ou não. É preciso registrar, nesta perspectiva, que o grau de garantismo experimentado em cada sistema penal dependerá da capacidade de assegurar, em maior ou menor intensidade, a eficácia desses princípios formulados.

No plano axiológico, a razão para o garantismo significa, em linhas gerais, estabelecer uma fundamentação política (ou externa) ao direito penal, a qual será obtida a partir de critérios de ordem moral, política ou de utilidade, que remetem a indagações relativas a “se e por quê” punir, castigar e julgar. Dessa forma, legitimar externamente o direito penal significa procurar razões de ordem metajurídica para justificar a interferência estatal violenta na liberdade do indivíduo (PINHO; ALBUQUERQUE, 2019).

Por fim, no âmbito normativo, a razão busca a justificação do direito penal a partir dos preceitos normativos internos, ou seja, sua fundamentação interna. O que importa, portanto, é elaborar um modelo teórico de justificação do direito penal compatível com o perfil de Estado dentro do qual está inserido, por meio da busca de critérios de valoração jurídicos e da identificação de argumentos de validade, que remetem a interrogações de “como e quando” punir, castigar e julgar. Desta feita, os princípios oriundos do ordenamento constitucional se apresentam como os próprios fundamentos internos do direito penal, os quais cumprem a finalidade de limitar o poder de punir (PINHO; ALBUQUERQUE, 2019).

Para os fins propostos neste trabalho, leva-se em conta, primordialmente, o aspecto processual penal da teoria do garantismo penal (âmbito epistemológico), notadamente a partir da compatibilidade da prisão preventiva com fundamento na ordem pública no contexto do tráfico privilegiado, com o referido marco teórico. Ainda, opta-se pela perspectiva da justificação interna do direito penal brasileiro, tendo como referência a Constituição brasileira e o complexo sistema de princípios por ela albergados (âmbito normativo), especialmente no que tange à efetividade de princípios constitucionais expressos, no plano prático. Princípios estes que constituem garantias fundamentais dos cidadãos contra o exercício do poder punitivo estatal.

Nestes moldes, o “filtro garantista” (SILAS FILHO, 2021, p. 176) consiste em uma análise das sentenças selecionadas a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência e da legalidade, que constituem as “[...] unidades comparáveis de *categorização* para análise temática [...]” (BARDIN, 2011 p. 130) proposta, na presente pesquisa. A partir destas unidades, propõe-se identificar e compreender as possibilidades de violação das garantias fundamentais do cidadão, previstas na Constituição de 1988, à luz do Garantismo Penal, por ocasião da prisão preventiva com fundamento na ordem pública de infratores denunciados por crime privilegiado de tráfico de drogas, na comarca de Fortaleza/CE.

Para tanto, faz-se necessária uma análise dos dados qualitativos e quantitativos obtidos junto às sentenças selecionadas, a partir de critérios precisos de escolha, com foco na prisão

preventiva de traficantes privilegiados, com fundamento na ordem pública, na prática judicial de primeiro grau na comarca de Fortaleza/CE, entre 2017 e 2022. O emprego da abordagem quantitativa se justifica por ser capaz de dimensionar, em aspectos numéricos, o cenário em destaque, por meio do levantamento de relatórios e estatísticas relacionados às prisões provisórias decretadas nos crimes de tráfico privilegiado, na comarca de Fortaleza/CE, no período entre 2017 e 2022.

Já, a opção metodológica pela técnica de análise de conteúdo, com abordagem qualitativa, na produção científica do Direito, mostra-se apta a subsidiar a constituição do *corpus*, a análise do material retido e a sistematização dos dados obtidos a partir da análise das sentenças e nas decisões judiciais de decretação de prisão preventiva, como caminho para a construção do conhecimento jurídico, diante do recorte realizado, conforme será demonstrado a seguir.

Quanto à abordagem, a pesquisa caracteriza-se como qualitativa, porque diz respeito a esforços de compreensão dos fenômenos a partir de um nível de realidade que não pode ser quantificado, consubstanciado na violação de garantias fundamentais decorrente da prisão preventiva do traficante privilegiado.

3.2 Análise de conteúdo na produção científica do Direito: o compromisso do rigor metodológico e o percurso interpretativo do pesquisador

No campo das ciências sociais, existe amplo arcabouço metodológico colocado à disposição do pesquisador, em pesquisas qualitativas. Entre elas, destaca-se a análise de conteúdo, que constitui uma ferramenta orientada para o estudo das atitudes, tendências, valores, motivações, crenças e para desvendar as ideologias que podem estar impregnadas nos dispositivos legais, decisões judiciais, princípios e diretrizes que, em um primeiro lançar de olhos, não se revelam com clareza. Caracteriza-se como um método que procura estudar as comunicações entre os homens, e que coloca ênfase no conteúdo das mensagens (TRIVIÑOS, 2019).

A análise de conteúdo constitui um conjunto de técnicas destinado a sistematizar e compreender os dados de qualquer tipo de comunicação, seja verbal ou escrita. Trata-se de método consagrado que, no ramo de específico do Direito, pode contribuir para a produção do conhecimento científico, haja vista a sua aptidão para sistematizar e descrever o conteúdo

presente nas mensagens, como decisões judiciais. Nesta perspectiva, trata-se de uma escolha metodológica que permite a inferência de conhecimentos relativos aos sentidos e significados de um texto que ultrapassam os limites de uma leitura inicial comum.

Como funções da análise de conteúdo, Bardin (2011) destaca uma função heurística e uma de administração de prova. A primeira permite que a análise de conteúdo venha a enriquecer a tentativa exploratória do sujeito pesquisador, o que incrementa a propensão para uma descoberta científica. Já a segunda diz respeito à delimitação de hipóteses, sob a forma de questões ou de afirmações provisórias, de modo que se alcance a confirmação ou a infirmação de cada uma delas. Neste caso, a análise de conteúdo oferece ao pesquisador uma opção ‘para servir de prova’ acerca do resultado alcançado.

De acordo com a análise de conteúdo proposta por Bardin (2011), cujo referencial teórico adota-se no presente estudo, a técnica é composta por (três) fases distintas: a pré-análise, a análise do material e o tratamento, inferência e interpretação dos resultados. Segundo Cardoso (2021), a fase de pré-análise pressupõe a realização de 3 (três) tarefas: a) a escolha dos documentos, os quais constituirão o *corpus* da investigação; b) a formulação das hipóteses e objetivos; c) a referenciação dos índices e elaboração dos indicadores. Trata-se da fase de organização do material que será analisado.

Neste sentido, opta-se pela técnica da análise de conteúdo, proposta por Lawrence Bardin (2011, p. 126), que orienta a constituição do *corpus*, como um “[...] conjunto dos documentos tidos em conta para serem submetidos aos procedimentos analíticos. A sua constituição implica, muitas vezes, escolhas, seleções e regras.”. Neste sentido, para a seleção das sentenças que constituíram o *corpus*, foram aplicadas as seguintes regras, sucessivamente: a) regra da homogeneidade, uma vez que os documentos em análise atenderam a critérios precisos de escolha; e b) regra da pertinência, depois de selecionados, os documentos passaram por uma nova avaliação, por meio da qual foi possível reter apenas aquelas sentenças consideradas adequadas, como fonte de informação, aptas a corresponderem ao objetivo da análise.

Na etapa relacionada à formulação da hipótese, destaca-se uma afirmação provisória cuja veracidade o pesquisador pretende averiguar, por meio da seguinte questão de pesquisa: em que medida a prisão preventiva com fundamento na ordem pública de infratores denunciado por crime privilegiado de tráfico de drogas, na comarca de Fortaleza/CE, é capaz de violar as garantias fundamentais do cidadão, previstas na Constituição de 1988, à luz do Garantismo Penal? Esta pergunta deriva da intuição de que a prisão preventiva do traficante privilegiado,

com fundamento na ordem pública, na comarca de Fortaleza/CE, viola garantias fundamentais previstas na Constituição de 1988, com esteio na teoria do garantismo penal, “[...] que permanece em suspenso enquanto não for submetida à prova de dados seguros.” (BARDIN, 2011, p. 128).

Já, o objetivo “[...] é a finalidade geral a que nos propomos (ou que é fornecida por uma instância exterior), o quadro teórico e/ou pragmático, no qual os resultados obtidos serão utilizados.” (BARDIN, 2011, p. 128). Com ele, é possível delimitar os dados efetivamente relevantes para a pesquisa. Na presente pesquisa, o objetivo encontra-se devidamente conectado com a pergunta de partida, e consiste em: analisar em que medida a prisão preventiva com fundamento na ordem pública de infratores denunciados por crime privilegiado de tráfico de drogas, na comarca de Fortaleza/CE, é capaz de violar as garantias fundamentais do cidadão, previstas na Constituição de 1988, à luz do Garantismo Penal.

Na fase relacionada à elaboração dos indicadores, parte-se da ideia de que o texto que se pretende analisar contém índices, os quais serão revelados a partir da escolha deles, em função da hipótese aventada, o que possibilita a organização sistemática por meio de indicadores. A fase correspondente requer o tratamento adequado do material coletado, por meio do qual os dados tornam-se passíveis de serem analisados, a partir de operações de codificação. Neste processo de codificação, faz-se necessário escolher ainda as unidades de registro (elemento de significação correspondente ao segmento de conteúdo a ser considerado como unidade base), a unidade de contexto (necessário quando presente ambiguidade na referência da unidade de registro), regras de enumeração e categorização (classificação e agrupamento de dados que considera a parte comum).

Um conjunto de boas categorizações, por seu turno, deve obedecer às seguintes condições: a) exclusão mútua (um elemento não pode figurar em mais de uma categoria); b) homogeneidade (organização das categorias deve respeitar critério único); c) pertinência (categoria deve guardar coerência com conteúdo analisado, objetivos e marco teórico definido); d) objetividade e fidelidade (partes do material de uma mesma categoria devem ser codificados de igual maneira); e) produtividade (aferida a partir de resultados ricos em índices de inferências, hipóteses novas e dados precisos).

Superada a análise do material, inicia-se a fase referente ao tratamento dos resultados obtidos, do qual resultará uma descrição sintética para cada uma das categorias, a fim de expressar os significados presentes nas diversas unidades de análise. Com isso, passa-se à

interpretação, isto é, confere-se nova significação a essas características encontradas na descrição.

Observa-se que as diversas fases pelas quais o método é desenvolvido obedece a um rigoroso processo de validade formal, por meio do qual almeja-se conferir objetividade e neutralidade em relação aos resultados alcançados pelo pesquisador. Por outro lado, a análise de conteúdo apresenta múltiplas possibilidades de inferências a partir da criatividade e dos objetivos traçados pelo pesquisador.

Compreende-se, assim, que a análise de conteúdo oferece uma plasticidade metodológica singular ao pesquisador do Direito, uma vez que se insere dentro de uma rígida estrutura vertical, vinculada à estrita observância do método, ao tempo em que possibilita uma amplitude horizontal ilimitada, relacionada ao leque de inferências que podem ser consideradas a partir das hipóteses levantadas.

Dessa maneira, vislumbra-se a natureza híbrida da técnica, que relaciona o formalismo estatístico - mais atrelado a uma pesquisa de caráter exploratório - e a análise qualitativa de conteúdo, o que lhe possibilita transitar entre dois tipos de estudo científico, a depender da ideologia e dos interesses do pesquisador, ora valorizando o aspecto quantitativo, ora o qualitativo (GONÇALVES, 2016).

Nesse contexto, ao se considerar a disponibilidade de decisões judiciais ao público em geral, as quais oferecem rico material para pesquisas empíricas no campo jurídico, a análise de conteúdo mostra-se um instrumento valioso para a (re)construção do conhecimento jurídico, haja vista a consagração de seu caráter científico, ao longo do tempo.

Na pesquisa jurídica, a grande contribuição da análise de conteúdo das decisões judiciais vai operar na possibilidade de oscilação entre a heterogeneidade do objeto e o rigor metodológico de uma técnica consagrada há décadas, que pode ser aplicada de forma profícua pelo pesquisador. Dessa maneira, essa metodologia assume contornos de especial relevância, dado “[...] que as técnicas de validação dos resultados obtidos estão centradas sobretudo na garantia de neutralidade conferida pelo método” (ROCHA; DEUSDARÁ, 2005, p. 318).

Com efeito, a metodologia não se restringe à simples indicação do raciocínio, se indutivo ou dedutivo, na pesquisa jurídica-científica, como assinala Ximenes (2021). Demanda a delimitação das fontes que serão utilizadas, a definição prévia de critérios, a indicação do processo de coleta de dados, além de eventuais filtros e delimitações, como o temporal e o espacial.

Opta-se, portanto, pela utilização da técnica de análise de conteúdo, em razão da segurança metodológica oferecida, para avaliar em que medida decisões judiciais que decretam a prisão preventiva com fundamento na ordem pública, nos processos judiciais que envolvem tráfico privilegiado, violam garantias fundamentais do cidadão, problema central do presente trabalho. Nesse sentido, propõe-se descrever, na sequência, a trajetória para identificação de violação a direitos fundamentais a partir de categorias, especialmente hipóteses de prisão preventiva com fundamento na ordem pública.

3.2.1 Justificativas e limitações do percurso metodológico da análise de decisões judiciais das Varas Especializadas de Drogas na Comarca de Fortaleza-CE

O acesso às informações públicas é um direito fundamental do cidadão, conforme preceitua o artigo 3º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, a Lei de Acesso à Informação – LAI (BRASIL, 2011). Ainda, de acordo com o artigo 8º da referida norma legal, as informações produzidas ou custodiadas pelos órgãos do poder público, o que compreende o Poder Judiciário, devem ser divulgadas em local de fácil acesso. Desta maneira, sem prejuízo da ampla divulgação das informações de interesse geral ou coletivo, a lei estabelece a obrigatoriedade de divulgação das informações por meio de sítios oficiais da internet, os quais devem atender a alguns requisitos obrigatórios.

Dentre os requisitos exigidos pela lei, impõe-se a obrigatoriedade de que os aludidos sítios eletrônicos contenham ferramenta de pesquisa de conteúdo que permitam o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. Além disso, deve-se garantir a autenticidade, a integridade e a atualização das informações disponíveis para acesso.

Com base nesta premissa, optou-se por realizar pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (<https://esaj.tjce.jus.br/cjpg/>) para levantamento e análise dos processos de primeiro grau sentenciados, nas cinco Varas de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza, nos últimos cinco anos, no lapso temporal compreendido entre os anos de 2017 e 2022, com o intuito de compreender o contexto jurídico que envolve a decretação de prisão preventiva com fundamento na ordem pública, nos casos em que houve condenação fundamentada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, tipo penal conhecido como tráfico privilegiado.

O estudo de casos penais que envolvem a prisão preventiva do traficante privilegiado na comarca de Fortaleza/CE, a segunda maior cidade do Nordeste e uma das cinco maiores capitais do Brasil, possibilita uma análise abrangente da problemática das prisões preventivas que envolvem essa figura delitiva em um dos maiores centros urbanos do País. Em comum, os demais centros urbanos brasileiros compartilham as preocupações com o enfrentamento ao tráfico de drogas, da violência urbana e do aumento da população carcerária.

Cumprir destacar que o amplo acesso às informações disponibilizadas pelo sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará foi facilitado pela utilização de certificado digital de membro do Ministério Público, instituição a que está vinculado o autor da pesquisa. De toda sorte, é importante registrar que qualquer cidadão pode se cadastrar no portal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e, por meio desta habilitação, obter uma identificação para acesso ao referido portal, com a finalidade de obter as informações disponibilizadas pelo órgão, na internet. Neste contexto, foram realizadas consultas às informações de julgados de 1ª instância, por meio da ferramenta de consulta de julgados de 1º grau, disponível no site.

Como parâmetro de consulta, em pesquisa livre, a delimitação do índice foi estabelecida pela escolha da expressão “tráfico privilegiado”. As aspas foram utilizadas uma vez que, segundo o próprio site, a utilização das aspas “busca uma frase completa que esteja entre aspas”. Na sequência, foram utilizados os seguintes parâmetros de consulta, como meio de garantir a adequação dos julgados com o objetivo da presente pesquisa: assunto, data e Vara. O acesso às informações, perante o site do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, ocorreu entre os meses de setembro e dezembro de 2022.

Como critério de escolha, o lapso temporal estabelecido foi entre 1º de setembro de 2017 e 31 de agosto de 2022. As consultas foram realizadas por Vara, com o emprego do referido critério temporal. A opção por estabelecer o lapso de cinco anos, contados a partir da data de início do processo da pesquisa documental por meio do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, visa apresentar um panorama atual dos julgados, e se justifica em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2016, Habeas Corpus n. 118.533/MS, que veio esclarecer o fato de o tráfico privilegiado não ser considerado como crime hediondo.

Deste modo, analisar os casos penais das Varas Especializadas de Drogas na Comarca de Fortaleza-CE, no primeiro grau de jurisdição, a partir do ano de 2017, pode revelar a adesão (ou não) dos juízes de primeira instância às decisões paradigmáticas dos Tribunais Superiores, a respeito do tráfico privilegiado. Importa registrar, contudo, em termos de limitações, que não foi possível ter acesso às sentenças proferidas pela 5ª Vara de Delitos de Drogas, nos anos de

2017, 2018 e 2019, uma vez que esta unidade judiciária somente foi instalada a partir de 16 de junho de 2020, conforme Portaria nº 377/2020 da Diretoria do Fórum Clóvis Beviláqua (FORTALEZA, 2020), em estrito cumprimento à Resolução nº 02/2020 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (CEARÁ, 2020).

Ainda assim, com a aplicação dos critérios de buscas acima mencionados, o *corpus* foi constituído, inicialmente, por um total de 1.361 (mil trezentos e sessenta e um) casos penais em que uma das partes, em algum momento processual, suscitou a aplicação da causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado. Neste ponto, e em atenção ao objeto da pesquisa, foram selecionados apenas aqueles processos em que o magistrado, na sentença, reconheceu a incidência da causa de diminuição de pena. Foram excluídas, portanto, sentenças em que houve condenação pelo artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, em que se reconheceu a desclassificação para uso de droga para consumo próprio (artigo 28, da Lei n.º 11.343/2006) ou em que houve absolvição.

Em seguida, foi necessário realizar novo recorte, desta vez relacionado à presença das variáveis concurso de agentes e concurso de crimes no processo. Optou-se por reter somente os processos em que figura apenas um réu no polo passivo da relação processual, a quem é imputado um único crime, no caso, o crime de tráfico previsto no artigo 33 da Lei de Drogas. A justificativa da escolha reside na regra da homogeneidade, da análise de conteúdo. Isto porque, a presença de mais de um réu, no polo passivo, e a imputação de mais de um crime, no processo, podem influenciar o julgamento do magistrado, no que se refere à declaração da prisão preventiva ou ao afastamento da causa de diminuição de pena, de modo a ensejar demasiada singularidade, com prejuízos para a análise.

Destarte, o *corpus* concentra-se nos processos em que houve o reconhecimento do tráfico privilegiado em sentença, e que se desenvolveram a partir de denúncias contra um réu, imputando-lhe a prática de um único crime, independentemente da presença concomitante de causas de aumento de pena. Com isso, propõe-se analisar, com homogeneidade e pertinência, o tratamento que o Poder Judiciário confere à figura típica em destaque, na comarca de Fortaleza/CE.

Ademais, foram excluídos do *corpus* os casos em que houve a extinção da punibilidade do agente pelas mais variadas causas, especialmente em razão da morte do agente ou da incidência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Isto se justifica uma vez que a consolidação da presunção de inocência do agente, por meio da extinção da punibilidade, não interfere na avaliação do tratamento jurídico conferido ao traficante privilegiado.

Uma vez catalogadas as sentenças que reconheceram a incidência da causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, passou-se a verificar, nos processos selecionados, as decisões que decretaram a prisão preventiva com fundamento na ordem pública na audiência de custódia, por meio de conversão da prisão em flagrante, ou mesmo no curso do processo. De igual maneira, foram objeto de análise os casos em que a cautelar mais extrema foi cumprida na forma de prisão domiciliar.

Ainda em termos de limitações enfrentadas, cumpre registrar que não foi possível verificar todas as decisões que decretaram a prisão preventiva, pois há decisões que foram proferidas em autos físicos apartados, que não foram digitalizados e nem disponibilizados no portal do Tribunal de Justiça do Ceará. Presume-se que tal circunstância se deve ao fato de os processos antigos terem se originado a partir de autos de prisão em flagrante que não foram juntados à ação penal correspondente.

Por fim, registra-se a exclusão das decisões de prisão preventiva que foram proferidas de forma oral, durante audiência de custódia, cujas fundamentações não foram reduzidas a termo, nos autos do processo. Nesta situação, a análise restou prejudicada, uma vez que o *link* da mídia em questão exige senha de acesso qualificada, o que impossibilitou o contato do sujeito pesquisador com o conteúdo dos julgados.

Após este percurso metodológico, e com as limitações apontadas, chega-se a um *corpus* composto por 203 (duzentos e três) casos penais passíveis de análise, cujas sentenças reconheceram a causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado. Deste modo, encerrada a fase relativa à pré-análise do material, segundo as técnicas empregadas na análise de conteúdo, passa-se à fase seguinte, correspondente à análise do material propriamente dito, mediante operações de codificação.

Para tanto, sem perder de vista a estreita correlação entre a escolha da técnica e o problema de pesquisa, foi providenciada a criação de um formulário, por meio da ferramenta *google forms*, para fins de coleta e sistematização dos dados disponíveis. A primeira parte do formulário compreende campos comuns a todos os processos analisados, independentemente da decretação da prisão preventiva, a saber: a) número do processo; b) Vara; c) se houve ou não prisão preventiva; d) se a decretação da prisão preventiva foi decretada com fundamento na ordem pública ou não; e) qual a natureza da droga (maconha, crack, cocaína, outros); f) qual a quantidade da droga apreendida (maconha, crack, cocaína, outros); g) ano da sentença; h) pena imposta na sentença; i) regime prisional estabelecido na sentença.

Em relação à quantidade de drogas, opta-se por descrever os volumes de apreensão, a fim de que se possa dimensionar quantidades. Todavia, importa registrar a impossibilidade de adquirir dados homogêneos, para análise, como achado/limitação da pesquisa. Isto porque, não há padronização da unidade do referido volume. Com efeito, esta unidade varia entre o número de porções, como: trouxinhas, papalotes ou comprimidos. Em todo caso, os registros encontrados foram lançados nas respostas do formulário.

No que diz respeito ao regime prisional estabelecido na sentença, opta-se por considerar o regime fixado após eventual detração de pena cumprida de forma provisória, nos casos em que a detração foi realizada pelo juízo da fase de conhecimento. Compreende-se a detração como o abatimento na pena privativa de liberdade do tempo de prisão provisória cumprido no processo. Desse modo, justifica-se a análise do regime inicial de cumprimento de pena após a detração do tempo de prisão provisória porque o tempo de prisão preventiva repercute, indiscutivelmente, na fixação do regime de cumprimento de pena.

No processo de codificação, seleciona-se a unidade de registro “ordem pública”, contida nas decisões judiciais que decretaram a prisão preventiva sob esse fundamento (unidade de contexto). Na sequência, e seguindo na fase de categorização, são criados campos para a coleta dos dados relativos aos índices que se apresentam de forma mais comum no contexto de tráfico de drogas, na modalidade de prisão preventiva com fundamento na ordem pública, segundo classificação proposta por Silas Filho (2021), são eles: a) gravidade concreta da conduta; b) (risco de) reiteração criminosa; c) periculosidade (do agente); d) clamor público; e) credibilidade das instituições.

Em relação à modalidade gravidade concreta da conduta, opta-se pelo acréscimo de um campo específico, no formulário, para obtenção do argumento apresentado pelo julgador, nos termos a seguir: a) quantidade da droga, b) qualidade ou natureza da droga; c) variedade da droga. Neste ponto, cabe esclarecer que há decisões judiciais genéricas que decretaram a prisão preventiva, nas quais não se faz menção expressa à gravidade concreta da conduta do agente, mas à gravidade do crime de tráfico, equiparado a crime hediondo. Estas situações, para fins de preenchimento do formulário, foram consideradas como prisão decretada sob o argumento da gravidade concreta da conduta, diante da dificuldade de estabelecer, de forma satisfatória, a distinção entre as concepções de gravidade concreta e gravidade abstrata do delito; e do fato de ter o julgador considerado a gravidade do crime, ao equipará-lo a crime hediondo.

Na sequência, cria-se um campo específico para o argumento apresentado pelo julgador, em relação à prisão preventiva, na modalidade periculosidade do agente, como feito para a

modalidade gravidade concreta da conduta, nos termos a seguir: a) quantidade da droga, b) qualidade ou natureza da droga; c) variedade da droga.

No que diz respeito à decretação da prisão preventiva na modalidade (risco de) reiteração criminosa, os campos específicos, para obtenção do argumento apresentado pelo julgador, são: a) atos infracionais pretéritos; b) inquéritos policiais em curso; c) ações penais em andamento.

Quanto às modalidades clamor público e credibilidade das instituições, não há criação de campos específicos para preenchimento de respostas, em relação aos argumentos utilizados pelo julgador, uma vez que não se vislumbrou um universo significativo de argumentos distintos utilizados para essas modalidades de prisão.

Considera-se relevante esclarecer que as decisões que decretam a prisão preventiva podem se sustentar em mais de uma justificativa, a partir do conceito indeterminado de ordem pública. Por exemplo, há julgados que fazem menção tanto à gravidade concreta da conduta quanto ao risco de reiteração criminosa. Diante disso, todas as modalidades de ordem pública foram consideradas para fins de resposta ao questionário, em questões com múltiplas escolhas.

Em outras situações, constatou-se prisões preventivas decretadas não apenas com fundamento na ordem pública, mas em alguma outra razão que não a ordem pública. É o caso da hipótese de decretação de prisão preventiva com fundamento na ordem pública, na modalidade periculosidade do agente, e com a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal. Em tais circunstâncias, o formulário foi preenchido levando-se em consideração as decisões que se referem apenas à prisão na respectiva modalidade de ordem pública.

Justifica-se tal opção nas regras da homogeneidade e da pertinência, uma vez que as demais hipóteses legais de prisão preventiva estão fora do recorte realizado no presente trabalho. Além disso, a presença de uma única modalidade de ordem pública mostra-se suficiente para sustentar, por si, o decreto de prisão preventiva. Destarte, nos casos em que a prisão preventiva foi decretada de forma isolada, com outro fundamento que não a ordem pública (como a necessidade de garantir a instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal), os campos relativos à prisão preventiva não foram preenchidos, por estarem fora do objeto de estudo deste trabalho.

Na elaboração do questionário, destaca-se, então, a criação de campo específico para a indicação do tempo de prisão verificado nos processos, quando houve a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública. Para fins de resposta, registra-se o efetivo tempo

de prisão verificado no processo, incluindo-se o tempo havido entre a prisão em flagrante e a decisão que converteu o flagrante em prisão preventiva, assim como o lapso de tempo observado entre a decisão que concede a liberdade ao réu e o efetivo cumprimento do alvará de soltura. Nos casos em que não foi possível verificar a data do cumprimento do alvará de soltura, considera-se data de soltura a data de expedição do respectivo alvará. Por fim, considera-se como termo inicial do tempo de prisão o efetivo cumprimento do mandado de prisão preventiva, nos casos de inquérito instaurado por meio de portaria.

Em relação ao tempo de prisão, foram detectadas situações específicas em que o juízo de primeiro grau manteve a prisão preventiva do réu a despeito de ter reconhecido o tráfico privilegiado e de não ter fixado, como regime inicial de cumprimento de pena, o regime fechado. Nessas hipóteses, considera-se como tempo efetivo de prisão o lapso compreendido entre a data da prisão em flagrante ou do cumprimento de mandado de prisão preventivo, conforme as particularidades do processo, e a data do início do cumprimento de pena, no regime fixado em sentença.

Essa opção metodológica se justifica pela necessidade de revelar, concretamente, o tempo efetivo de prisão nos processos em que foi decretada a prisão preventiva com fundamento na ordem pública. Isto porque, o intervalo temporal existente entre o flagrante e a conversão em prisão preventiva, assim como entre a decisão de concessão da liberdade e o efetivo cumprimento do alvará de soltura, decorre diretamente da decisão de decretação de prisão preventiva, o que reflete na compreensão acerca do fenômeno investigado.

Conforme destacado anteriormente, opta-se, concomitantemente, pelas abordagens quantitativa e qualitativa da pesquisa científica, com a finalidade de compreender realidades complementares de um mesmo fenômeno jurídico e social, relacionado à violação de garantias fundamentais, a partir da prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública. Assim, no aspecto quantitativo, a pesquisa permite fazer inferências a respeito da dimensão das penas e tempo de prisão preventiva, assim como do regime prisional estabelecido em sentença. De igual maneira, a quantidade, a variedade e a natureza das drogas apreendidas podem revelar a dimensão do tráfico, cuja gravidade é desvelada a partir desses indicadores.

Nesse contexto, não se pode perder de vista que a categorização estabelecida no formulário foi criada em função da hipótese aventada na presente pesquisa, qual seja: a prisão preventiva com fundamento na ordem pública ofende garantias fundamentais do cidadão, no contexto do tráfico privilegiado. Com essa perspectiva, na terceira e última parte do questionário, são inseridas 3 (três) perguntas que atuam como um “filtro garantista”, capaz de

separar situações em que houve a violação de garantias fundamentais do cidadão (identificadas na segunda seção deste trabalho) na prática judicial de primeiro grau de jurisdição, na hipótese da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, com foco no tráfico privilegiado. Para tanto, questiona-se, em campos distintos, se a prisão preventiva com fundamento na ordem pública ofende, respectivamente, os princípios da presunção de inocência (em sua dimensão de norma de tratamento), da legalidade (na dimensão lei certa/taxatividade) e da dignidade da pessoa humana.

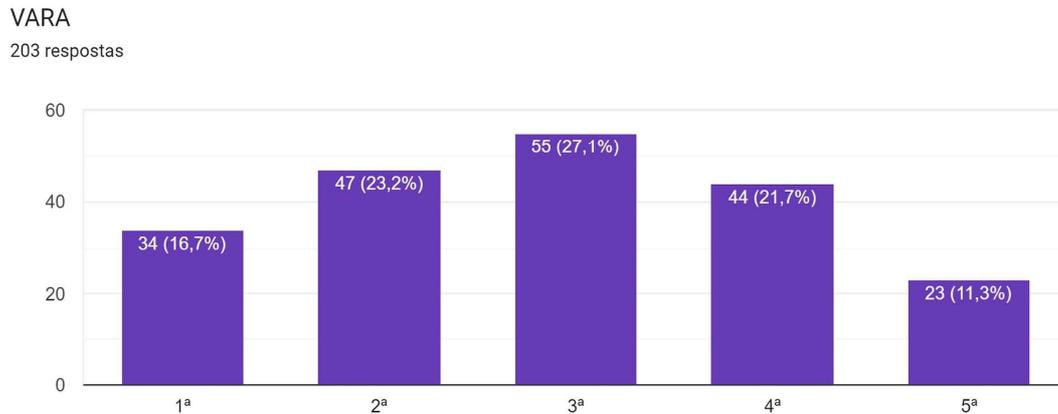
Para todas as situações em que não se verificou a prisão preventiva com fundamento na ordem pública, criou-se um campo específico para preenchimento de resposta, denominado “não se aplica”. Com isso, destaca-se do *corpus*, os processos relacionados ao tráfico privilegiado em que se observou o fenômeno da prisão preventiva com fundamento outro, que não a ordem pública.

Desse modo, superada a fase de análise do material, segundo a metodologia proposta pela análise de conteúdo, passa-se à fase de tratamento, inferência e interpretação dos resultados. Adota-se, para tanto, as premissas da teoria garantista e, particularmente, do garantismo penal, notadamente por meio da compreensão do fenômeno de aplicação do instituto do tráfico privilegiado, no contexto da decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, na prática judicial do primeiro grau de jurisdição na comarca de Fortaleza/CE.

3.3 Análise do tratamento jurídico conferido ao traficante privilegiado na Comarca de Fortaleza/CE: prisão preventiva, ordem pública e garantias constitucionais

A seguir, são apresentados, um a um, os gráficos e análises originados a partir da ferramenta *google forms*, no contexto delineado acima. Em um primeiro momento, são analisadas as decisões das Varas da Comarca de Fortaleza, no Estado do Ceará, com vistas a compreender o comportamento das 5 (cinco) Varas Especializadas em Drogas, de Fortaleza/CE, quanto ao reconhecimento da incidência do tráfico privilegiado, no contexto do *corpus* previamente delimitado.

Figura 1 – Decisões das Varas da Comarca de Fortaleza/CE

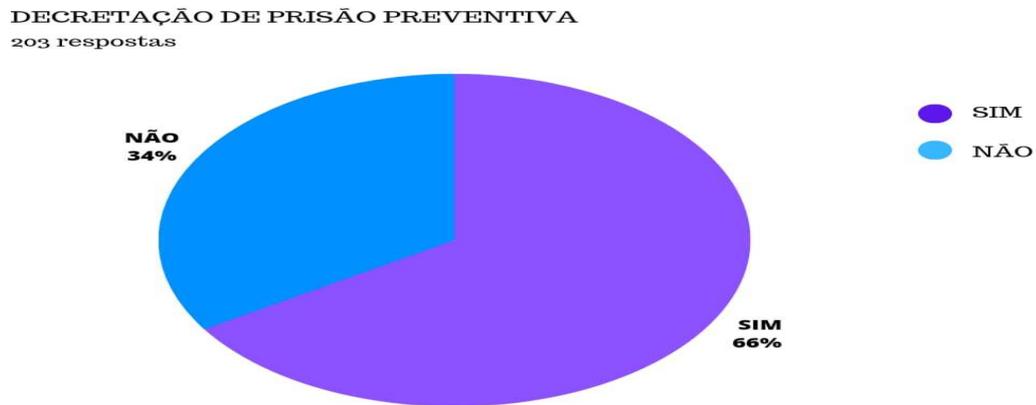


Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Os dados demonstram que a 3ª Vara de Drogas de Fortaleza/CE destaca-se no quesito reconhecimento da causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, em relação às demais Varas. Das 5 (cinco) varas especializadas em drogas de Fortaleza/CE, a 3ª Vara é responsável por 27,1% das sentenças que reconhecem a incidência do tráfico privilegiado, o que corresponde a 55 (cinquenta e cinco) processos.

Na outra ponta, apenas em 11,3% dos casos o tráfico privilegiado é reconhecido pelo juízo da 5ª Vara de Drogas Fortaleza/CE, o que representa 23 (vinte e três) processos. É preciso registrar, no entanto, que a 5ª Vara foi instalada a partir de 16 de junho de 2020, conforme Portaria nº 377 / 2020 da Diretoria do Fórum Clóvis Beviláqua (FORTALEZA, 2020), em estrito cumprimento à Resolução nº 02/2020 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (CEARÁ, 2020).

Na sequência, a 1ª Vara de Drogas desponta como uma das varas que menos reconhece a incidência da causa de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado, com 16,7% dos casos, o que corresponde a 34 (trinta e quatro) processos. Por fim, a 2ª e a 4ª Varas de Drogas apresentam índices percentuais semelhantes, relativos à causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, com 23,2% e 21,7%, o que representa 47 (quarenta e sete) e 44 (quarenta e quatro) processos, respectivamente. Em um segundo momento, propõe-se um olhar para o universo de processos nos quais foi decretada a prisão preventiva, como gênero, dentro do conjunto que compõe o *corpus*, nos termos da Figura 2, a seguir:

Figura 2 – Prisão preventiva

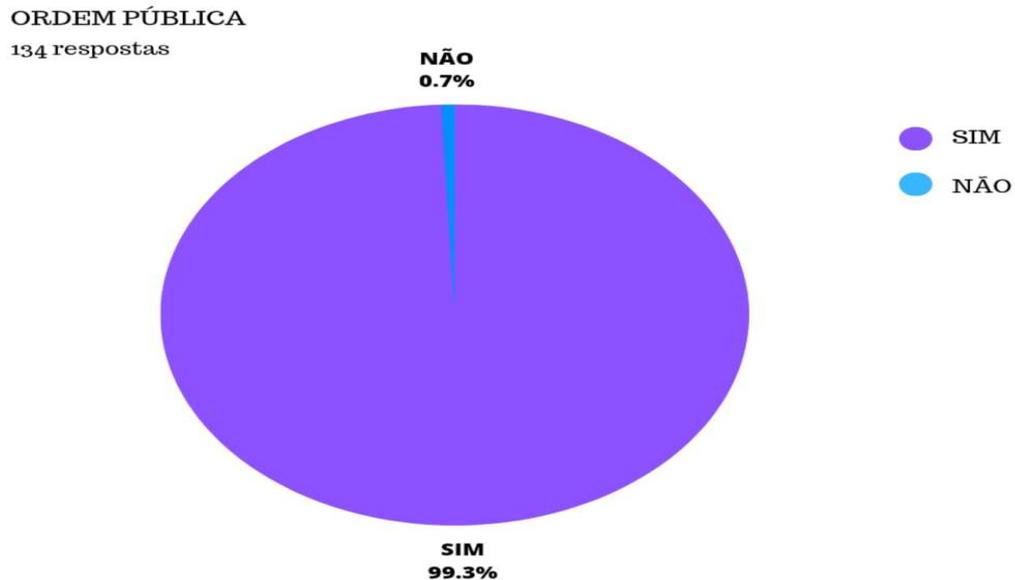
Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Constata-se que a prisão provisória constitui regra básica, nos casos envolvendo tráfico privilegiado, uma vez que foi decretada em quase 2/3 (dois terços) dos casos, somando assim 66% do universo em análise. Este dado é compatível com os registros do DEPEN (2022), segundo os quais, no período de janeiro a junho de 2022, em torno de 40% dos presos registrados no sistema penitenciário do Estado do Ceará são provisórios.

No Brasil, a política criminal sobre drogas é calcada nas dimensões de prevenção e repressão (LABATE; RODRIGUES, 2018). Os dados apontam que, no sistema de justiça criminal do Estado do Ceará, há uma utilização preferencial da prisão como instrumento adequado à repressão ao comércio ilegal de drogas, etiquetado como crime hediondo, mesmo após a decisão do Supremo que excluiu o tráfico privilegiado deste universo, a contar de 2016. Embora não seja um crime cometido mediante violência ou grave ameaça, a prisão preventiva é adotada como medida cautelar preferencial em 66 % dos casos, o que representa 134 (cento e trinta e quatro) casos.

Entre as decisões que decretaram a prisão preventiva, analisa-se, a seguir, no *corpus*, quantas apresentam, como fundamento, a ordem pública.

Figura 3 – Prisões preventivas com fundamento na ordem pública



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Considera-se proveitoso, destacar, no *corpus* analisado, apenas as prisões em que a ordem pública foi invocada como fundamento nas decisões judiciais. Assim, das 134 (cento e trinta e quatro) sentenças em que houve o reconhecimento da causa de diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado, a ordem pública foi utilizada como fundamento para a decretação da prisão preventiva em 133 (cento e trinta e três) casos.

Diferentemente de outros fundamentos previstos em lei que fundamentam a prisão preventiva, como a garantia da conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, o fundamento da ordem pública não é ancorado em razões que visam assegurar o resultado útil do processo, que é característico do provimento cautelar.

Conforme destacado por Prado e Santos (2018), ao tecerem comentários acerca da origem da ordem pública no processo criminal, os próprios termos empregados são reveladores da inexistência da cautelaridade na prisão preventiva com fundamento na ordem pública. Com efeito, enquanto cautelar tem o sentido de proteção. No caso do processo, o termo “preventiva” significa impedir que algo (o crime) ocorra.

Nestas circunstâncias, a prisão preventiva compromete a racionalidade que deve orientar as decisões judiciais, segundo a epistemologia garantista, uma vez que a separação de funções é essencial para a configuração cognitiva do processo penal. Com efeito, ao assumir a

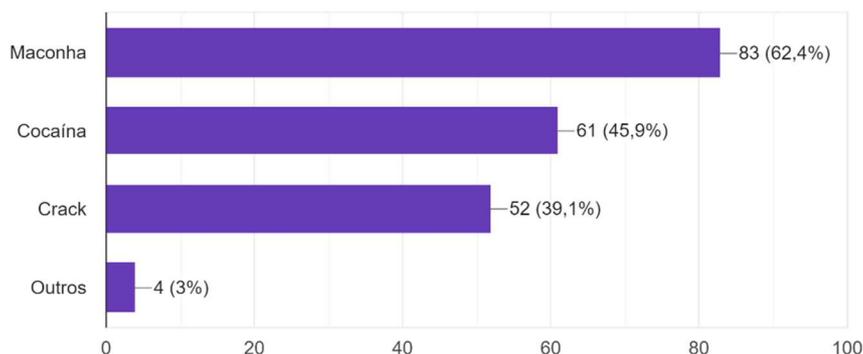
responsabilidade de evitar novos crimes pelo Poder Judiciário, atividade típica de função policial e, portanto, executiva, quebra-se a lógica de separação de funções, elemento indispensável e legitimador de um juízo imparcial (PRADO; SANTOS, 2018). Causa estranheza, deste modo, o fato de quase a totalidade da prisão preventiva do traficante privilegiado não se fundamentar em razões de natureza nitidamente cautelar.

Cumprir registrar que a partir desse *corpus*, limitado apenas aos casos penais em que houve a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, isto é 133 (cento e trinta e três) casos, pretende-se quantificar a natureza das drogas apreendidas, a quantidade de drogas apreendidas, a pena imposta na sentença, o regime prisional fixado, assim como a modalidade de prisão com fundamento na ordem pública.

Desse modo, cumpre identificar, na sequência, a natureza da droga apreendida no contexto do tráfico privilegiado, nos processos que constituem o *corpus* em análise. Como se vê, na Figura 4 abaixo, há predominância de três drogas: maconha, cocaína e crack, as quais representam quase a totalidade das apreensões. Nessa amostragem, 62,4%, 61,1% e 39,1%, que correspondem a 83 (oitenta e três), 61 (sessenta e um) e 52 (cinquenta e duas) apreensões, respectivamente.

Figura 4 – Natureza da droga

NATUREZA DA DROGA, no caso de prisão preventiva com fundamento em ordem pública
133 respostas



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Registre-se que a soma das porcentagens supera 100% uma vez que, em muitas situações, há a apreensão de mais de uma droga no mesmo processo. Ainda, nos processos em que houve o reconhecimento do tráfico privilegiado, na Comarca de Fortaleza, outras drogas

tiveram reduzidas apreensões, em percentual de 3% dos casos (quatro apreensões). Nesta amostra, observou-se a apreensão de *ecstasy*, clonazepam (rivotril), cloreto de etila (lança perfume) e *skunk* (espécie de maconha desenvolvida em laboratório).

Importa identificar a média específica quanto às apreensões das três principais drogas, em uma relação estabelecida a partir do total de gramas apreendidas com a quantidade de apreensões da respectiva droga. Com esse parâmetro, observa-se que a média do volume de maconha apreendida é de 1030,37g; de cocaína, 70,5g; e de crack, 59,6g, conforme tabela 1 abaixo.

Tabela 1 - Média de apreensões de drogas em casos de prisão preventiva com fundamento na ordem pública

	Maconha	Crack	Cocaína
Média	1030,37g	59,6g	70,5g

Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Em relação às apreensões das drogas, registra-se que os números, isoladamente considerados, podem apresentar algumas distorções, em razão da opção metodológica utilizada para aferição da média do volume das apreensões, que é influenciada por todos os valores da amostra. Neste sentido, a existência de um volume muito discrepante, como uma única apreensão de droga com volume expressivo, o valor da média é alterado.

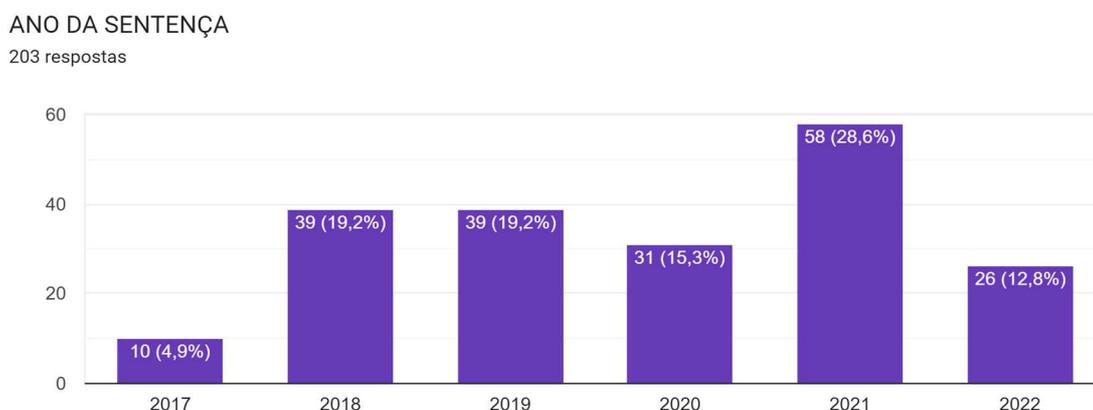
Por essa razão, considerou-se profícuo corrigir essa distorção apresentada pela média das apreensões por meio do cálculo da mediana do volume de drogas apreendidas, de maneira a encontrar o volume que está no meio da amostra, conforme tabela 2 abaixo.

Tabela 2 - Mediana de apreensões de drogas em casos de prisão preventiva com fundamento na ordem pública

	Maconha	Crack	Cocaína
Mediana	102,5g	14,1g	15g

Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Nesse contexto, assinala-se que a mediana do volume de maconha apreendida é de 102,5g; de cocaína, 15g; e de crack, 14,1g. Logo, observa-se que a mediana do volume das apreensões não é significativa, uma vez que, nos casos que envolvem a apreensão de cocaína e de crack, as apreensões são em quantia inferior a 15g, ao passo que nos casos que envolvem a apreensão de maconha as apreensões correspondem a pouco mais de 100g.

Figura 5 – Ano da sentença

Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Em relação ao ano em que foram proferidas as sentenças de reconhecimento de tráfico privilegiado, destaca-se o ano de 2021, no qual se observa a prolação de 28,6% das decisões, o que corresponde a um total de 58 (cinquenta e oito) sentenças.

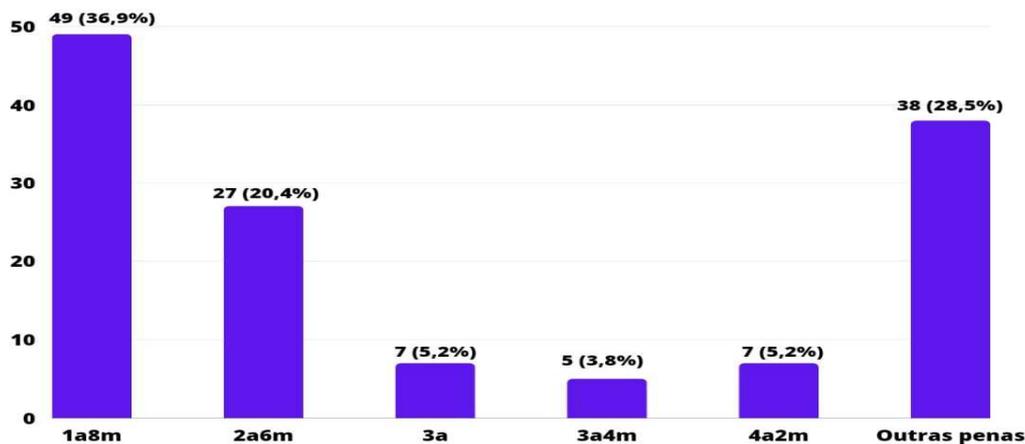
As amostras dos anos de 2017 e de 2022 foram parciais, não contemplaram todo o ano do calendário civil, conforme justificado nas escolhas metodológicas, razão pela qual o percentual de sentenças em que houve reconhecimento da causa de diminuição de pena representou 4,9% e 12,8%, que representam, e 10 (dez) e 26 (vinte e seis) sentenças, respectivamente.

Quanto aos demais anos, não se verificou uma discrepância percentual significativa quanto ao reconhecimento do tráfico privilegiado. Em 2018, 19,2% dos casos corresponderam a 39 (trinta e nove) sentenças. Em 2019, 19,2%, correspondente a 39 (trinta e nove) sentenças. E em 2020, 15,3% dos casos equivalem a 31 (trinta e uma) sentenças.

Importa analisar, a seguir, a aplicação do percentual de redução da pena (1/6 a 2/3), no tráfico privilegiado, caracterizada por situações nebulosas, uma vez que a lei não estabelece critérios objetivos. Neste caso, é possível observar, a partir da amostra, que as sentenças tendem a aplicar a pena mínima ao traficante privilegiado, com redução máxima de 2/3 (dois terços) da fração permitida em lei, conforme comprova a Figura 6 a seguir.

Figura 6 – Pena imposta na sentença

PENA IMPOSTA NA SENTENÇA, no caso de prisão preventiva com fundamento em ordem pública
133 respostas



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Com efeito, 36,9% das penas foram calculadas em 1 (um) ano e 8 (oito) meses, o equivalente a 49 (quarenta e nove) decisões. A pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, oriunda da aplicação de fração de redução pela metade, é aplicada em 20,4% dos casos, e corresponde a 27 (vinte e sete) sentenças. Em apenas 5,2% dos casos, ou 7 (sete) processos, houve a aplicação de pena com a utilização de fração mínima de redução, isto é, 1/6 (um sexto), o que resultou na aplicação definitiva da pena de 4 anos e 2 meses.

A mensuração do montante da redução tem implicações práticas das mais relevantes, como a fixação do regime inicial de cumprimento de pena. Com efeito, a fixação no patamar mínimo de 1/6 (um sexto) inviabiliza a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, cujo limite máximo é de 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 44, I, do Código Penal²⁵. Neste sentido, a aplicação de penas baixas em relação ao tráfico privilegiado é circunstância indicativa do menor potencial lesivo do crime de tráfico privilegiado.

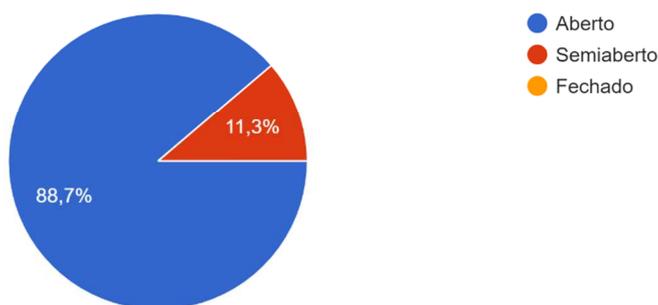
Outrossim, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena guarda relação com a gravidade concreta do crime. Deste modo, quanto mais grave o crime, maior a pena aplicada e,

²⁵ “Artigo 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;”

por consequência, mais gravoso o regime inicial de cumprimento de pena. Cabe, portanto, analisar como se deu a fixação do regime inicial, nos casos em estudo a partir da Figura 7.

Figura 7 – Regime prisional

REGIME PRISIONAL, no caso de prisão preventiva com fundamento em ordem pública
133 respostas

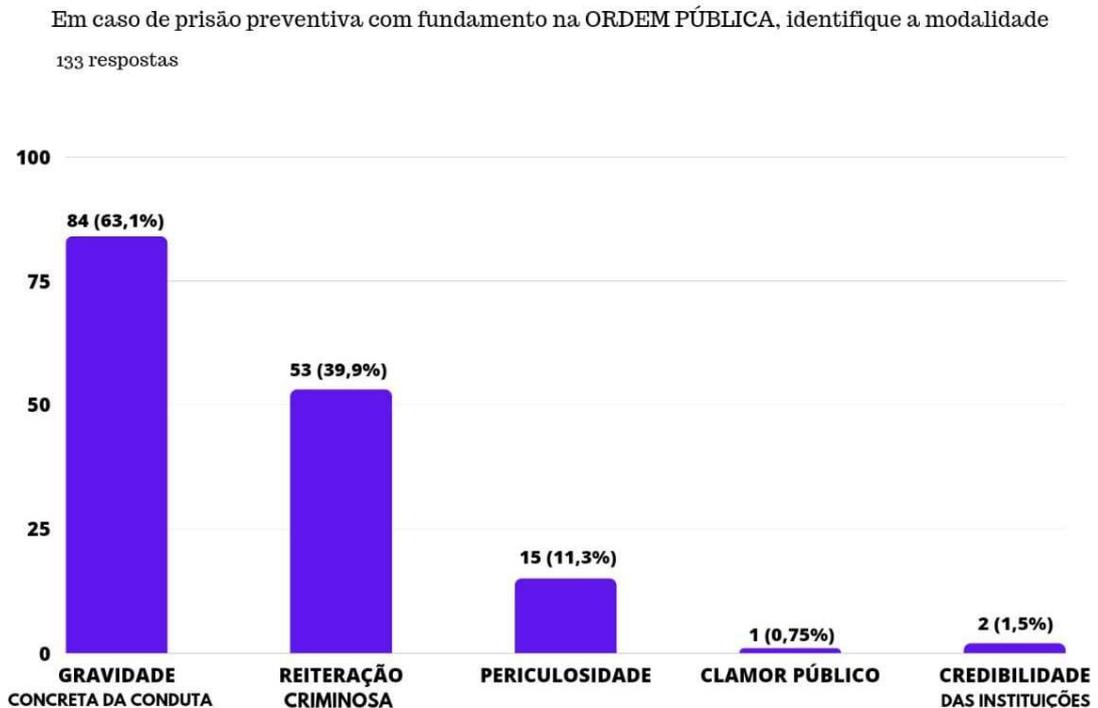


Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Como se vê, em 88,7% dos casos, correspondente a 118 (cento e dezoito) processos, o regime inicial de cumprimento de pena fixado em sentença foi o aberto, o qual permite a substituição por penas restritivas de direitos. Em apenas 11,3% dos casos, o equivalente a 15 (quinze) processos, foi fixado o regime inicial semiaberto. E, por fim, não há registro de nenhum processo com fixação da pena em regime inicial fechado. Destarte, é possível inferir que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, em sua quase totalidade, no regime aberto, corrobora para a compreensão do baixo potencial lesivo do tráfico privilegiado.

No que concerne à modalidade preferencial da decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, constata-se que 70 processos (35,5%) dos 203 analisados não observam o critério de homogeneidade proposto neste item, enquanto 65,5% (133 processos) permanecem.

Figura 8 – Modalidade de prisão com fundamento na ordem pública



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Considerando a exclusão de 70 processos, nos quais não consta a modalidade preferencial da decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública, as porcentagens acima serão traduzidas, a seguir, considerando-se 100% o universo de 133 (cento e trinta e três) processos, cuja modalidade de prisão encontra fundamento na ordem pública, conforme demonstra a Figura 8.

Constata-se, desse modo, que a gravidade concreta da conduta representa 63,1% dos casos, ou 84 (oitenta e quatro) dos processos analisados. Em seguida, destaca-se o risco de reiteração criminosa, com 39,9% dos casos, o que corresponde a 53 (cinquenta e três) processos. A periculosidade social do agente representa 11,3% dos casos (15 processos); o clamor público, 0,75% dos casos (1 processo); e, por fim, a credibilidade das instituições é invocada para sustentar a prisão preventiva em somente 1,5% dos casos (dois processos).

Cabe enfatizar que a sustentação de prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento no clamor público mostra-se frágil. Com efeito, trata-se de crime de menor potencialidade lesiva, praticado sem violência ou grave ameaça, e que não é revestido de caráter

hediondo. Por essa razão, em apenas 0,75% dos casos a prisão preventiva é decretada com fundamento na ordem pública, sob essa modalidade.

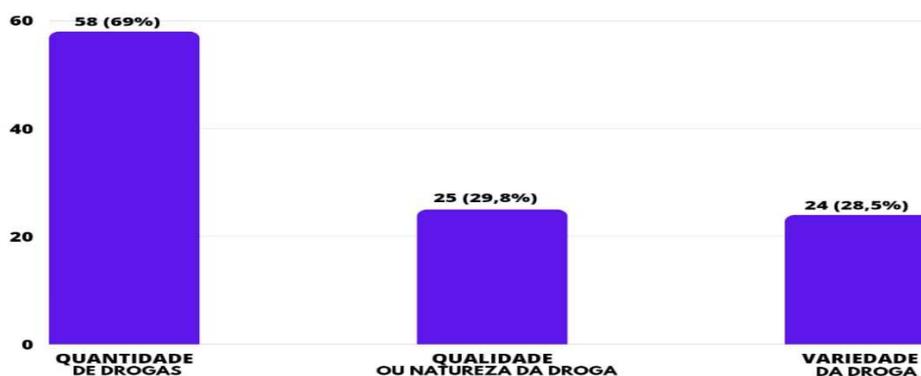
Na mesma linha, vislumbra-se a fragilidade da decretação da prisão preventiva com a finalidade de preservar a credibilidade das instituições, embora seja invocada para fundamentar 1,5% das prisões. Com efeito, em um Estado Democrático de Direito, é difícil vislumbrar que a credibilidade das instituições, sobretudo do Poder Judiciário, esteja condicionada ao encarceramento de um cidadão. É custoso sustentar a hipótese de necessidade de legitimação de instituições democráticas a partir da prisão prematura, decorrente de potencial violação a direitos e garantias fundamentais, diante de crime de menor potencialidade lesiva, praticado sem violência ou grave ameaça, sem caráter hediondo.

Quanto às demais modalidades de prisão preventiva, relacionadas à gravidade concreta da conduta, à periculosidade do agente e ao risco de reiteração criminosa, cabe registrar que constatou-se que tais modalidades se desdobram, por sua vez, em outros argumentos. Diante disso, opta-se por tecer os respectivos comentários acerca dos resultados encontrados, de forma pormenorizada, em tópicos específicos subsequentes, do formulário, a seguir detalhados, nas Figuras 9, 10 e 11.

Na modalidade gravidade concreta da conduta (Figura 9), os argumentos utilizados nas decisões que decretaram a prisão preventiva revelam um cenário específico, usualmente associado ao *modus operandi* do agente, revelado em razão de: a) quantidade da droga apreendida; b) natureza ou qualidade da droga; e c) variedade da droga apreendida.

Figura 9 – Prisão preventiva com fundamento na ordem pública na modalidade gravidade concreta da conduta

Em caso de prisão preventiva, com fundamento na ORDEM PÚBLICA, na modalidade GRAVIDADE CONCRETA, qual foi o argumento apresentado pelo julgador?
84 respostas



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Nesses termos, constata-se que, em 69% dos casos (58 processos), a gravidade concreta da conduta restou identificada pela quantidade da droga apreendida. Em 29,8% dos casos, que corresponde a 25 (vinte e cinco) processos, evidenciou-se essa modalidade em razão da natureza ou qualidade da droga apreendida. Por fim, em apenas 28,5% dos casos, o equivalente a 24 (vinte e quatro) processos, a gravidade concreta foi revelada por meio da associação com a variedade de drogas.

A dificuldade de definição do que seja a gravidade concreta da conduta revela seus limites em razão das hipóteses em que a jurisprudência do primeiro grau de jurisdição cearense considera como definidoras desse conceito. A partir das hipóteses levantadas pela amostra, não se identifica clara distinção entre o que pode ser considerado gravidade abstrata da conduta, circunstância que o Supremo Tribunal Federal refuta para fins de decretação da prisão preventiva, e gravidade concreta da conduta, revelada por meio da quantidade, natureza e variedade da droga.

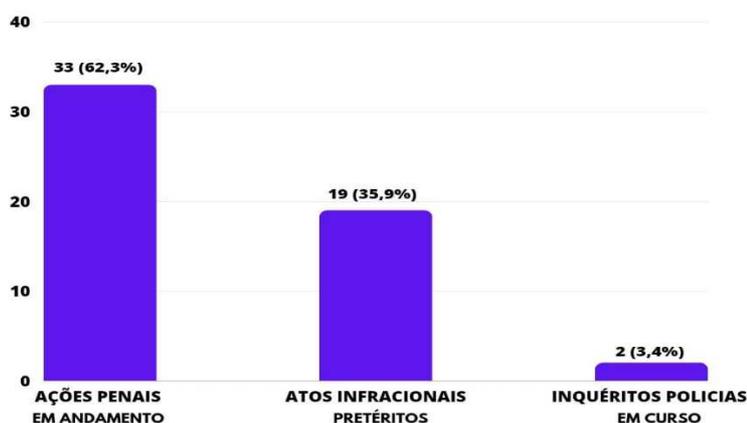
Ademais, importa registrar que a gravidade concreta da conduta, considerada para fins de decretação de prisão preventiva, não encontrou correspondência com as penas aplicadas, estabelecidas na pena mínima de 1 (um) ano e 8 meses em quase metade dos casos, nem com o regime inicial de cumprimento de pena, fixado quase na totalidade no regime aberto.

Os argumentos que justificam a prisão preventiva com fundamento na ordem pública na modalidade reiteração criminosa (Figura 10) encontram-se adstritos à consideração acerca de: a) atos infracionais pretéritos; b) inquéritos policiais em curso; e c) ações penais em andamento.

Figura 10 - Prisão preventiva com fundamento na ordem pública na modalidade reiteração criminosa

Em caso de prisão preventiva, com fundamento na ORDEM PÚBLICA, na modalidade REITERAÇÃO CRIMINOSA, qual foi o argumento apresentado pelo julgador?

53 respostas



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Em relação à hipótese de utilização de ações penais em curso para fundamentar a decretação de prisão preventiva com fundamento na ordem pública na modalidade risco de reiteração criminosa, observa-se um percentual de 62,3% dos casos, o correspondente a 33 (trinta e três) processos. Em 35,9% dos casos (dezenove processos), os atos infracionais pretéritos foram considerados para fins de justificação da prisão preventiva, com fundamento na ordem pública, na modalidade reiteração criminosa. Por sua vez, constata-se que os inquéritos policiais em curso representam baixo percentual em relação aos casos que decretam a prisão preventiva, neste contexto. Com efeito, representam apenas 3,4%, o que corresponde a apenas dois processos.

Essas hipóteses guardam estreita relação com o princípio da presunção de inocência, o qual é destacado, para fins de cálculo da pena, nos termos da Súmula 444, do STJ, que veda a utilização de inquéritos penais em curso e ações penais em andamento com a finalidade de agravar a pena base (BRASIL, 2010).

Ademais, cabe enfatizar que o risco de reiteração criminosa, nestes moldes, constitui modalidade problemática de prisão preventiva com fundamento na ordem pública, uma vez que a própria condenação pelo tráfico privilegiado implica reconhecer que o agente não é reincidente, não é detentor de maus antecedentes, tampouco se dedica a atividades criminosas.

Além disso, destaca-se a ausência de precisão semântica acerca do que pode ser definido como ordem pública, revelada pelos argumentos apresentados pelos julgadores de primeiro grau de jurisdição da comarca de Fortaleza/CE, ao decretarem a prisão preventiva de um traficante privilegiado. Com efeito, os argumentos que revelam a periculosidade do agente são aqueles que, nas mesmas circunstâncias, evidenciam a gravidade concreta da conduta, conforme se depreende da análise da Figura 11, a seguir.

Figura 11 - Prisão preventiva com fundamento na ordem pública na modalidade periculosidade do agente

Em caso de prisão preventiva, com fundamento na ORDEM PÚBLICA, na modalidade PERICULOSIDADE, qual foi o argumento apresentado pelo julgador?

15 respostas



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Como visto acima, em 86,6% dos casos (treze processos), a periculosidade do agente restou identificada pela quantidade da droga apreendida. Em 20% dos casos (três processos), evidenciou-se essa modalidade em razão da natureza ou qualidade da droga apreendida. Por fim, em 26,6% dos casos (quatro processos), a periculosidade foi revelada por meio da associação com a variedade de drogas.

A ideia de periculosidade, ainda, está relacionada ao risco ao meio social decorrente da liberdade do imputado em razão do risco de reiteração delitiva (SILAS FILHO, 2021). Todavia, verifica-se que a periculosidade social do agente que justifica a prisão preventiva não se revela nas sentenças, por meio das quais observa-se a aplicação da pena mínima e em regime inicial aberto. Vale dizer, no julgamento do mérito, que a conduta praticada pelo agente não é revestida de especial gravidade.

Nesse contexto, importa destacar que o tempo médio da pena imposta ao traficante privilegiado é de 904 (novecentos e quatro) dias, o que representa algo em torno de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses. Já o tempo médio de *prisão* em decorrência dos processos em que houve decretação de prisão preventiva é de 248,7 dias, ou seja, 8 (oito) meses e seis (seis) dias,

conforme Tabela 3 abaixo. Trata-se de considerável período de aprisionamento, sobretudo se consideradas as baixas penas aplicadas, mais da metade delas estabelecidas em menos de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses (Figura 6), assim como o regime inicial de cumprimento de pena, fixado em sua maior parte no regime aberto (Figura 7).

Tabela 3 - Tempo de prisão em casos de prisão preventiva com fundamento na ordem pública

Pena Imposta	Prisão Preventiva
904d	248,7d

Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Feitas estas considerações, cabe proceder ao filtro garantista das decisões em análise, à luz dos princípios da presunção de inocência (Figura 12), da legalidade (Figura 13) e da dignidade da pessoa humana (Figura 14).

Dos elementos coletados a partir dos casos penais em que a decretação da prisão preventiva foi decretada com fundamento na ordem pública, no contexto do tráfico privilegiado, a violação ao princípio da presunção de inocência restou demonstrada em sua dimensão de norma de tratamento, segundo classificação proposta por Moraes (2010), que preconiza a necessidade de tratar o réu como inocente até o advento da sentença penal condenatória transitada em julgado.

Com efeito, Beiras (2019) compreende que ações voltadas para o desencarceramento devem ser lastreadas no respeito irrestrito aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo no princípio fundamental da presunção de inocência que, segundo sua concepção, é incompatível com o instituto da prisão preventiva.

Nicolitt (2015) defende a compatibilidade entre a prisão cautelar e a presunção de inocência. Para ele, enquanto a presunção de inocência atua com a finalidade de evitar a antecipação de pena, a prisão preventiva atua como instrumento excepcional em benefício da efetividade da jurisdição. Todavia, em relação à prática judicial no contexto da prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado, o princípio da presunção de inocência não se reveste de força normativa suficiente para evitar a antecipação da pena.

Cabe registrar, entretanto, que, em 66% dos julgamentos que reconheceram a incidência da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, o réu teve sua prisão decretada de forma prematura, o que contribui para relativizar o princípio da presunção de inocência (Figura 2).

Figura 12 - Existe ofensa à presunção de inocência em caso de prisão preventiva com fundamento na ordem pública?

Em caso de prisão preventiva com fundamento na ordem pública, há OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, em sua dimensão de norma se tratamento?

133 respostas



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Nesses termos, a prisão preventiva ganha contornos de efetiva antecipação de pena. Não sem razão, Ferrajoli (2002) as considera verdadeiras “penas processuais”, o que traz implicações para o fenômeno do encarceramento em massa. Isso fica claro a partir de uma análise conjunta deste fato com o que foi demonstrado linhas acima: a inexistência de hipótese do *corpus* em que a fixação da pena deu-se, inicialmente, em regime inicial fechado.

A despeito disso, registra-se que em 66% dos casos em que se reconheceu a causa de diminuição de pena em relação ao tráfico, houve a decretação da prisão preventiva do acusado (Figura 2). Nestas circunstâncias, é possível observar a deturpação da prisão cautelar, a qual não se revela como medida excepcional em benefício da efetividade da jurisdição. Do contrário, na prática judicial, a prisão preventiva do traficante privilegiado é traduzida como verdadeira antecipação de uma pena que sequer chega a ser imputada, em regime fechado. Nestes moldes, afigura-se como uma pena mais gravosa que a definitiva, ao arrepio do princípio da presunção da inocência. Logo, a prática judicial relacionada à prisão antecipada não passa pelo filtro garantista, pois contribui para a relativização do princípio da presunção de inocência e, nesta medida, ainda caracteriza pena cruel, com ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda no que se refere ao princípio da presunção de inocência, Moraes (2010) assinala que ele possui três dimensões constitutivas, conforme descrito no item 2.2, deste trabalho: a) norma de tratamento, cuja compreensão se relaciona mais diretamente à figura do acusado; b) norma probatória; e c) norma de juízo. Estas duas últimas dimensões estão mais ligadas à questão probatória.

No que toca mais especificamente à prisão preventiva do traficante privilegiado, destaca-se a dimensão constitutiva da norma de tratamento, que reclama de todos os agentes estatais a necessidade de tratar o acusado como inocente até ulterior sentença condenatória definitiva. Com efeito, sofrer uma prisão prematura, mais gravosa que o resultado final do processo, não se coaduna com o tratamento a ser conferido a uma pessoa presumidamente inocente.

Além das três dimensões do princípio da presunção de inocência propostas por Moraes (2010), cabe considerar, ainda, uma quarta dimensão: princípio informador do processo penal, que deve orientar a produção legislativa, a política criminal, a administração da justiça, assim como a atuação da investigação criminal e do processo penal (GARCETE, 2022). Por tal razão, é fundamental fortalecer este princípio por meio do trabalho em escolas acadêmicas e do exercício constante pelos operadores do direito, com a finalidade de remover a cultura totalitária presente na prática processual penal brasileira.

Para Nery Junior (2016), a natureza totalitária ou democrática da ordem interna de um Estado é revelada pela maneira como se regula uma situação em conflito. Em um Estado totalitário, há exagero na relevância do interesse estatal na realização eficaz do processo penal. Em um Estado Democrático de Direito, por seu turno, a solução do conflito não é orientada pela antítese Estado-cidadão, mas pela conjugação harmoniosa entre a finalidade de assegurar a ordem pública, por meio da persecução penal, e o objetivo de preservar a esfera de liberdade individual.

No que se refere à prisão preventiva do traficante processual, observa-se que a prática judicial na comarca de Fortaleza revela excessos em relação à importância atribuída ao interesse estatal na realização do processo penal, em detrimento da liberdade do cidadão. Com efeito, o percentual elevado de prisões preventivas decretadas no contexto do tráfico ocasional, que não é considerado crime hediondo, evidencia a natureza totalitária da prática judicial no contexto em análise, dada a inobservância da presunção de inocência enquanto princípio informador, incapaz de frear impulsos autoritários, da qual decorre a violação do referido princípio na dimensão de regra de tratamento processual.

Ademais, nas circunstâncias em que a prisão preventiva foi decretada com a finalidade de impedir a reiteração criminosa, é possível observar, a um só tempo, a importância e a fragilidade do princípio da presunção de inocência na prática judicial. Com efeito, os atos infracionais pretéritos, os inquéritos policiais em curso e as ações penais em andamento não interferiram no reconhecimento da causa de diminuição de pena, condicionada à demonstração da não dedicação a atividades criminosas. Todavia, de forma contraditória, os atos infracionais pretéritos, os inquéritos policiais em curso e as ações penais em andamento são considerados para justificar a prisão preventiva, o que fragiliza o princípio da presunção de inocência.

O autor da presente pesquisa tem denominado esse fenômeno contraditório de gravitação jurídica invertida, quando o acessório deixa de seguir o principal para se tornar, ele próprio, o centro gravitacional do processo. Nestes termos, a pena definitiva estabelecida após o devido processo legal tem seu conteúdo retributivo e aflitivo esvaziado, em detrimento de um suposto provimento de natureza cautelar, que se revela mais gravoso do que a pena em concreto.

Com razão, Prado e Santos (2018) afirmam ser difícil justificar a contradição estabelecida entre a presunção de inocência e a prisão preventiva, considerado o fato de que a situação concreta do imputado é sofrer as sanções de uma pena estabelecida com as mesmas restrições do regime fechado. Neste sentido, concretizar as garantias fundamentais ganha contornos de especial relevância, uma vez que pode impedir práticas judiciais de natureza totalitária, em um Estado Democrático de Direito, o que aflige o indivíduo além da justa medida.

Os direitos fundamentais compreendem um feixe de direitos e garantias que apresentam dupla função: a) atuar como prerrogativas que asseguram determinadas posições jurídicas ao cidadão; e b) estabelecer limites à atuação estatal (ABBOUD, 2021). No caso da prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública, tem-se como incontestável que a prerrogativa de ser tratado processualmente como inocente é violada, ao mesmo tempo em que o princípio da presunção de inocência não se apresenta com força suficiente para impor limites à atuação estatal.

Desse modo, a violação ao princípio da presunção de inocência, na dimensão de norma de tratamento, é evidenciada no contexto da prisão preventiva com fundamento na ordem pública no contexto do tráfico privilegiado em 100% dos casos analisados, o que contribui para a crise de legitimidade do sistema de justiça criminal, à medida que traz irracionalidade para o processo penal. Essa irracionalidade vai de encontro à epistemologia garantista processual, centrada na razão, a qual é utilizada, do ponto de vista metodológico, com a finalidade de

estabelecer vínculos e limites ao poder punitivo estatal, exteriorizado por meio de decisões judiciais.

O princípio da legalidade, por sua vez, ocupa um lugar de especial destaque no *filtro garantista*, pois o garantismo penal tem na lei o pressuposto da contenção do arbítrio estatal. Assim, quanto maior a observância ao princípio da legalidade, maior a chance de realizar a contenção do poder estatal e, como consequência, satisfazer o modelo garantista. Para tanto, a lei precisa se afastar de termos vagos e ambíguos, de modo a evitar a indeterminação da norma. É o que Semer (2020) denomina de princípio da taxatividade, umas das dimensões do princípio da legalidade. Se a legalidade constitui a base do Estado Democrático de Direito, também deve orientar a definição e o alcance das medidas cautelares pessoais, especialmente o aprisionamento, que resulta na privação da liberdade (PRADO; SANTOS, 2018).

Assim, Badaró (2020) rechaça o argumento segundo o qual o Código de Processo Penal brasileiro, mesmo após as recentes reformas, não contemplou o princípio da legalidade no âmbito das medidas cautelares. Para o autor, a observância ao princípio da legalidade pode ser extraída da leitura do próprio texto constitucional, a partir do direito à liberdade, garantido pelo devido processo legal, posto que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal, de acordo com o artigo 5º, inciso LIII (BRASIL, 1988). Ademais, há expressa menção à garantia da legalidade no artigo 7º da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a qual tem *status* supralegal, no sentido de que ninguém pode ser privado de sua liberdade, salvo pelas leis promulgadas de acordo com as condições previamente fixadas pelas constituições dos Estados partes.

Contudo, em relação à prisão preventiva com fundamento na ordem pública, o princípio da legalidade é esvaziado pela imprecisão semântica da expressão “ordem pública”, cujo conceito é vago e impreciso, o que traz implicações para a epistemologia garantista, que compreende o processo penal como um processo de conhecimento e comprovação de determinado fato consignado em lei como punível.

Para Ferrajoli (2002), a efetividade da estrita legalidade encontra-se condicionada ao cumprimento da estrita jurisdicionabilidade, que se conecta com dois requisitos: a) verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias e; b) comprovação ou refutação empírica das hipóteses aventadas, por meio de procedimentos previamente estabelecidos, que assegurem a igualdade entre as partes processuais.

Neste sentido, a ausência de precisão semântica acerca da definição de ordem pública

impacta o contexto da prisão preventiva do traficante privilegiado. Primeiramente, observa-se que a prática judicial não estabelece padrões de definição do referido conceito, de maneira que a ordem pública se apresenta em variadas dimensões, que não se vinculam, necessariamente, por um liame ou característica em comum. Nestes termos, a ordem pública se apresenta na prática judicial como sinônimo de gravidade concreta da conduta, risco de reiteração criminosa, periculosidade do agente, clamor público ou credibilidade das instituições.

Em outra perspectiva, evidencia-se a vagueza e ambiguidade relacionada ao termo ordem pública, no contexto da prisão preventiva do traficante privilegiado, pelo fato de que as mesmas circunstâncias relacionadas à quantidade, natureza ou variedade da droga podem fundamentar a prisão em diferentes modalidades, como gravidade concreta da conduta ou periculosidade do agente.

Nesta linha, a dificuldade de definição acerca do termo *ordem pública* vai ocasionar sérias implicações ao processo penal de cariz garantista, sobretudo no que diz respeito à verificabilidade e, notadamente, à possibilidade de refutação da hipótese acusatória. Com efeito, o contraditório abre a possibilidade de impedir que as evidências narrativamente apresentadas pela parte contrária sejam elevadas à condição de prova. Neste sentido, a estrutura processual de natureza garantista deve proporcionar o constrangimento corretivo das evidências conduzidas ao processo (KHALED JUNIOR, 2020).

No caso da prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado, torna-se impossível refutar a ilação de que, em liberdade, o acusado encontrará estímulos à prática criminosa, mesmo que seja primário e sem maus antecedentes. De igual modo, considera-se problemática a refutação da hipótese de que a liberdade do acusado coloca em risco a ordem pública, quando se observa a amplitude de hipóteses em que a ordem pública se revela na prática judicial, seja em razão da gravidade concreta da conduta, da periculosidade do agente, do clamor público ou da credibilidade das instituições.

Ademais, no caso do tráfico privilegiado, uma das hipóteses legais que afastam o reconhecimento da causa de diminuição de pena é a “dedicação a atividades criminosas”, termo que não possui adequada definição legal ou jurisprudencial, diferentemente dos institutos da reincidência e dos maus antecedentes. Por essa razão, Prado (2015) critica a dicção legal da causa de diminuição de pena relacionado ao tráfico. Para ele, os primeiros requisitos exigidos pela lei, primariedade e bons antecedentes, são excludentes perante os dois últimos, dedicação a atividades criminosas e integração a organização criminosa.

A incompatibilidade entre os requisitos se dá uma vez que o réu primário e de bons antecedentes não pode dedicar-se a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. Diante disso, Prado (2015) sustenta que o acusado primário e de bons antecedentes deve ser beneficiado automaticamente com a causa especial de diminuição de pena.

A imprecisão em relação à definição do termo “dedicação a atividades criminosas” reclama do Poder Judiciário um esforço para o qual não foi constitucionalmente convocado. Neste sentido, no contexto do tráfico, o Poder Judiciário tem compreendido que situações como a quantidade, a natureza e a variedade das drogas podem, eventualmente, afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, a despeito da ausência de expressa previsão legal. Além disso, o Poder Judiciário considera que atos infracionais pretéritos, inquéritos policiais em curso e ações penais em andamento podem ser consideradas como circunstâncias aptas a afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado.

A imprecisão semântica identificada no âmbito do direito material, relacionada ao reconhecimento do tráfico privilegiado, encontra sua forma equivalente, no processo penal, no conceito de ordem pública. No Judiciário, a quantidade, a natureza e a variedade das drogas, assim como atos infracionais pretéritos, inquéritos policiais em curso e ações penais em andamento, no contexto do tráfico privilegiado, são circunstâncias levadas em consideração para justificar a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública.

Em todo caso, a dificuldade de definição acerca da ordem pública permanece. É incontestável, portanto, que tanto o termo “dedicação a atividades criminosas” quanto a expressão “ordem pública” são termos vagos e imprecisos, que não passam pelo filtro garantista. Isto é revelado pelo fato de as mesmas circunstâncias (quantidade, a natureza e a variedade das drogas, atos infracionais pretéritos, inquéritos policiais em curso e ações penais) se prestarem a preencher o conteúdo de institutos jurídica de natureza jurídica distinta, como a definição material do traficante privilegiado e o conceito processual penal de ordem pública.

A ofensa ao princípio da legalidade (material e processual), nesse contexto, é o ponto de partida para a violação dos demais princípios e garantias constitucionais. Por meio da imprecisão do termo “dedicação a atividades criminosas” e do termo “ordem pública”, abre-se a janela de oportunidade para que tradições autoritárias sejam impulsionadas por meio do manejo desmedido da prisão preventiva, com fundamento na ordem pública.

Dezem (2022) compreende que o conteúdo material da ordem pública está associado à paz pública, sem esclarecer, entretanto, do que se trata, o que significa tomar uma generalidade

por outra. No entanto, sua contribuição é importante ao considerar que a constatação da violação à ordem pública exige a presença dos seguintes requisitos cumulativos: a) a pena prevista para o crime deve justificar a necessidade de prisão; b) as circunstâncias e a forma do cometimento do crime, ou seja, o *modus operandi* do agente deve ser de tal gravidade que autorize a restrição da liberdade; c) atualidade da medida excepcional, aferível pelo lapso temporal compreendido entre a data de conhecimento da autoria e o momento de determinação da prisão.

No caso do traficante privilegiado, não se vislumbra violação à ordem pública. Em 88,7% dos casos, o regime inicial de cumprimento de pena fixado em sentença foi o aberto, que permite a substituição por penas restritivas de direitos. Em 11,3% dos casos foi fixado o regime inicial semiaberto. Em nenhuma hipótese verificou-se a fixação da pena em regime inicial fechado (Figura 7). Com efeito, a pena prevista para o crime, em sede de condenação final, é menos gravosa do que a prisão preventiva. Assim, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena é indicativa da ausência de violação à ordem pública.

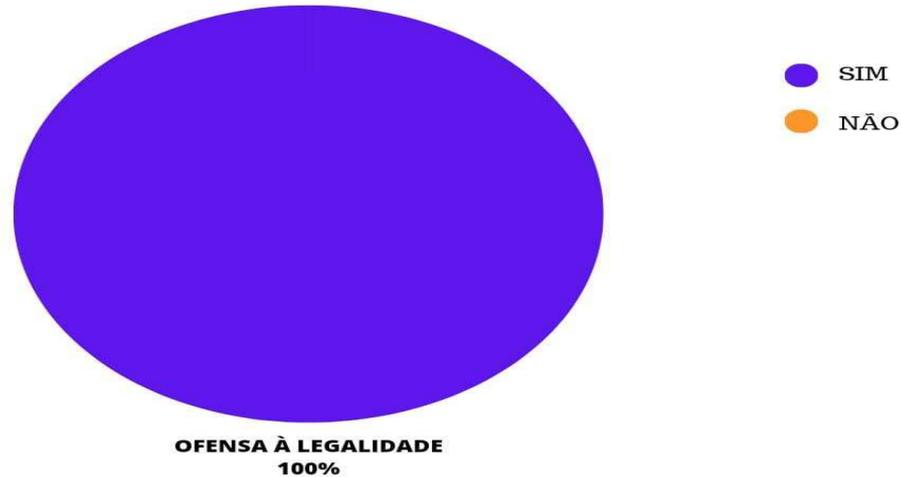
Ademais, em 36,9% das sentenças analisadas, a pena aplicada foi de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, haja vista a redução máxima de 2/3; e, em 20,4%, de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, oriunda da aplicação de fração de redução pela metade (Figura 6). Nestes termos, as circunstâncias e a forma do cometimento de tráfico privilegiado, ou seja, o *modus operandi* do agente, não se revestem de gravidade que autorize a restrição da liberdade no tipo penal em destaque, que não é caracterizado como hediondo, como visto acima.

Diante disso, observa-se que a prisão preventiva de traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública, ofende, em si, o princípio da legalidade, na sua dimensão lei certa/taxatividade, conforme é detalhado na Figura 13 a seguir.

Figura 13 - Existe ofensa à legalidade em caso de prisão preventiva com fundamento da ordem pública?

Em caso de prisão preventiva com fundamento na ordem pública, há OFENSA À LEGALIDADE, em sua dimensão de lei certa/taxatividade?

133 respostas



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Demonstra-se, assim, que a totalidade das prisões preventivas com fundamento na ordem pública ofende o princípio da legalidade, na dimensão lei certa/taxatividade. Como consequência, a corrosão do princípio da legalidade produz efeitos em todas as demais garantias constitucionais, como nos princípios da presunção de inocência e da dignidade humana. É a partir do comprometimento do princípio da legalidade, portanto, que se desencadeia um processo de relativização das demais garantias constitucionais do indivíduo em face do poder punitivo estatal.

Ademais, a ofensa ao princípio da legalidade tem o condão de corromper outras garantias derivadas ou decorrentes, tais como a separação dos poderes e a garantia do juízo natural. Com efeito, a partir do momento em que o juiz instrumentaliza a prisão preventiva como forma de prevenir novos crimes, revela-se a verdadeira essência da prisão cautelar que opera como medida de polícia, própria do Poder Executivo. Nesta medida, o juiz que age assim perde a imparcialidade, que é essencial à atividade jurisdicional. Com razão, adverte Badaró (2014) que o processo, enquanto meio heterocompositivo de solução de conflitos, apenas se legitima e tem razão de ser quando o exercício final de poder seja realizado por um terceiro imparcial.

O juiz deve estar atento à lição de Nery Junior (2016), para quem a garantia do juízo natural se expressa em três dimensões: a) não haverá tribunal de exceção; b) todos têm direito de se submeter a um julgamento perante um juízo pré-constituído na forma da lei; c) o juiz competente deve ser imparcial. No caso, ao agir como polícia, por meio da utilização da prisão preventiva como forma de prevenir crimes, viola frontalmente a separação de poderes e, por consequência, a imparcialidade do juiz.

Se por um lado, na perspectiva da psicanálise, a parcialidade é considerada um estado natural; por outro, o Direito determina um patamar mínimo de imparcialidade, com vistas a garantir um modelo democrático de processo. Por esta razão, fala-se em um dever do exercício do processo psíquico prévio, com a finalidade de assegurar a imparcialidade. Neste sentido, o dever de imparcialidade consiste no dever de investimento psíquico do magistrado, maior do que o comum, para o proferimento das decisões judiciais (DANTAS, 2021).

O sistema acusatório contribui para essa estrutura processual garantista à medida que pressupõe a devida separação entre as funções de acusar e de julgar, assim como distribui a gestão das provas nas mãos das partes, o que torna possível o efetivo contraditório a partir do necessário constrangimento probatório, de modo a contribuir para garantia de um patamar mínimo de imparcialidade (KHALED JUNIOR, 2020). Portanto, a observância do princípio da legalidade, dentro de um sistema garantista, busca assegurar a separação entre os poderes e reforçar o sistema acusatório, além de mitigar o investimento psíquico do magistrado no esforço de garantir um estado mínimo de imparcialidade.

Neste contexto, é difícil refutar a conclusão a que chegam Gomes Filho, Toron e Badaró (2022), no sentido de que, por mais exigente que seja a necessidade de fundamentação das decisões, ou as proclamações de *ultima ratio* da prisão, enquanto permanecer essa moldura legal em relação à garantia da ordem pública, caracterizada por ser uma cláusula muito aberta, haverá juízes a lhes emprestar eficácia, de modo a perpetuar uma sobreposição da cultura do aprisionamento perante a cultura da lei.

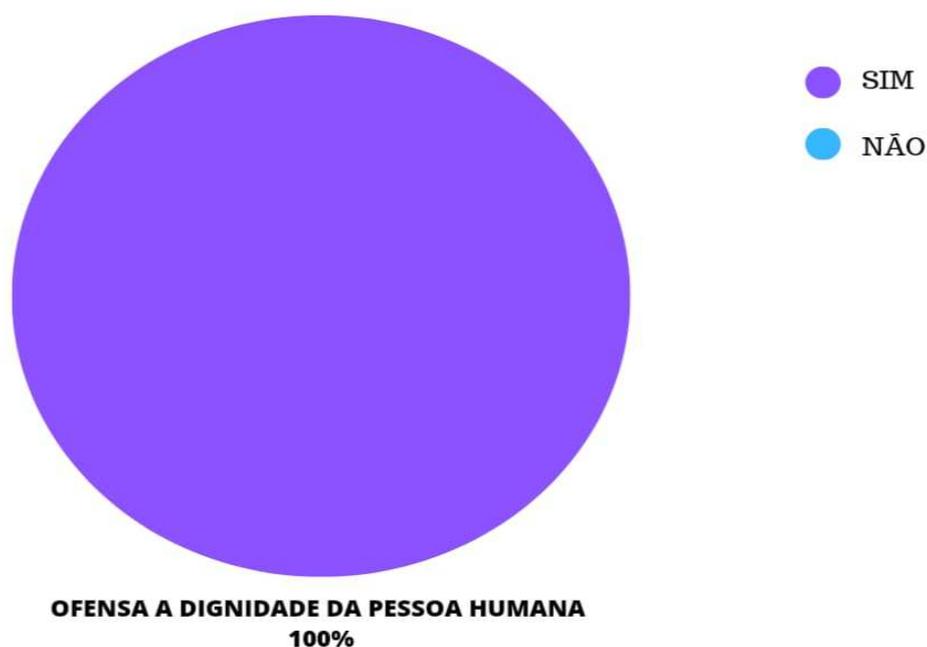
Nessa linha, os objetivos voltados para dar uma satisfação à sociedade ou à opinião pública, diante da gravidade do caso, embora venham disfarçados de narrativas de cautelaridade, acabam por comprometer princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, por meio de uma espécie de julgamento sumário desarrazoado e de uma pretensa demonstração de uma justiça “célere e eficaz”. Desse modo, conclui-se haver violação ao princípio da legalidade na dimensão de lei certa/taxatividade no contexto da prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado.

Como desdobramento da utilização de termos vagos e imprecisos, na ordem jurídica brasileira, como “ordem pública”, o filtro garantista também compreende uma análise relacional do princípio da dignidade humana, a partir da Figura 14. Trata-se de vetor de particular importância para conferir unidade ao texto constitucional, de modo a compatibilizar a prisão preventiva com o princípio da presunção da inocência. Do contrário, abre-se espaço indesejado para o decisionismo e as práticas judiciais marcadas pelo autoritarismo.

Quadro 14 - Ofensa à dignidade da pessoa humana em caso de prisão preventiva com fundamento da ordem pública?

Em caso de prisão preventiva, com fundamento na ordem pública, há OFENSA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

133 respostas



Fonte: Elaboração própria com base nos dados da pesquisa (2022).

Como se vê, em todos os processos que contemplam a prisão preventiva de traficante privilegiado com fundamento na ordem pública, há ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Távora e Alencar (2017) compreendem que, em razão da dificuldade de conceituação do significado da expressão “ordem pública”, a prisão cautelar assume justificativa mais ampla, de modo a constituir eficiente ferramenta de encarceramento.

Por tal razão, alerta Wunder (2022) que, ainda que democraticamente eleito, o legislador

não pode beneficiar a comunidade de forma desproporcional, ao ponto de desprezar e desprestigiar os interesses particulares, pelo mero fato de serem individuais, sob pena de afetar a própria dignidade humana. Há que se observar que o princípio da dignidade cumpre a função de conferir unidade à Constituição, isto é, garantir o entrosamento entre as normas constitucionais, de modo a evitar leituras ou interpretações contraditórias. Neste sentido, é necessário que o alicerce para a interpretação do direito tenha como base o princípio da dignidade humana (GUERRA, 2022).

Na presente pesquisa, a violação ao princípio da dignidade da pessoa restou evidenciada, no contexto da prisão preventiva com fundamento na ordem pública do tráfico privilegiado, a partir, principalmente, da análise de dois indicadores fundamentais: a quantidade de pena imposta e o regime fixado em sentença. O primeiro deles se relaciona com a pena média imposta ao traficante privilegiado, correspondente a 904 (novecentos e quatro) dias, o que representa algo em torno de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, e atua como indicador de menor gravidade do delito em questão. No entanto, os réus experimentaram, nos processos analisados, um tempo médio de prisão é 8 (oito) meses e seis (seis) dias (Tabela 3). Percebe-se, assim, que a prisão preventiva é utilizada, no contexto do traficante privilegiado, como verdadeira antecipação de pena, o que é vedado expressamente pelo ordenamento jurídico, nos termos do artigo 313, §2º, do Código de Processo Penal.

Ademais, tal circunstância revela a irracionalidade do uso irrefletido da prisão preventiva como instrumento preferencial de resposta estatal a crimes de menor potencialidade lesiva, como é o caso do tráfico privilegiado. Isto porque, torna a pena processual mais gravosa que a sanção imposta pela pena definitiva, a ser cumprida majoritariamente em regime inicial aberto. Com razão, nas sentenças que fizeram parte da amostra dessa pesquisa, observou-se que não houve condenação em regime fechado para início do cumprimento de pena, o que sinaliza para a menor gravidade do delito em questão, incompatível com a medida processual extrema (Figura 7).

Esta política criminal irracional, que prestigia o interesse estatal na eficácia da persecução penal por meio da prisão preventiva do traficante privilegiado, sob a justificativa de preservação da paz pública, em detrimento das garantias fundamentais do cidadão, repercute diretamente nas políticas públicas relacionadas ao sistema carcerário. Como se sabe, decisões judiciais, como regra, não são expostas ao escrutínio público, o que dificulta o controle social sobre o Poder Judiciário, tão necessário quanto recomendável, em uma ambiência institucional democrática e republicana. Ademais, é preciso considerar o impacto destas decisões sobre o

orçamento público.

Dados recentes do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) informam que, no mês de outubro de 2022, o custo médio do preso no Estado do Ceará correspondia à quantia de R\$ 3.244,50 (três mil duzentos e quarenta e quatro reais e cinquenta centavos) por mês. Com efeito, ao passar um tempo médio de mais de 8 (oito) meses encarcerado, cada traficante privilegiado preso preventivamente custará ao Estado o equivalente a R\$ 25.956,00 (vinte e cinco mil novecentos e cinquenta e seis reais). Esta pesquisa revelou que em 133 (cento e trinta e três) dos casos penais analisados, de um universo de 203 (duzentos e três) processos, houve decretação de prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública.

Portanto, a partir dos elementos colhidos neste trabalho, é possível vislumbrar que o Poder Executivo do Estado do Ceará arcou, nos últimos 5 (cinco) anos, por força da questionável decretação de prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado, com a quantia de R\$ 3.452.148 (três milhões, quatrocentos e cinquenta e dois mil e cento e quarenta e oito reais). Trata-se de um achado de particular relevância, que pode contribuir, futuramente, para discussões relacionadas à necessidade de maior controle social sobre os atos de responsabilidade do Poder Judiciário, que impactam diretamente o orçamento público e, por consequência, os serviços e as políticas públicas direcionadas à sociedade de modo geral.

Percebe-se, assim, que a prática judicial que faz uso irrefletido da prisão preventiva como instrumento preferencial nos casos penais de baixa potencialidade lesiva, além de negar efetividade ao princípio da dignidade humana, colabora no sentido de onerar os cofres públicos, por meio da decretação de prisões ilegais desnecessárias. Nesses casos, Nery Junior (2016) sustenta que se deve promover a responsabilização civil do Estado, em razão do dano decorrente da ofensa à dignidade humana.

Desse modo, ainda que a prisão preventiva seja decretada com observância de todas as legalidades, caso não seja seguida de posterior condenação, dá ensejo à responsabilidade civil do Estado, que é objetiva e prescinde de culpa para que haja o dever de indenizar. Com efeito, esta interpretação pode ser considerada como um passo importante nos esforços para contenção do ímpeto punitivo e autoritário da prática processual penal, a partir da possibilidade de responsabilização civil do Estado e, eventualmente, de ações regressivas contra os agentes públicos causadores do dano.

Para além do prejuízo sentido pelo orçamento público, a fixação da pena,

majoritariamente em regime inicial aberto (Figura 7), admite a substituição por penas restritivas de direitos, e isto evidencia que a prisão preventiva, nestes casos, ganha contornos de pena cruel e degradante, que afronta a dignidade humana.

Conclui-se, portanto, que a prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública, na comarca de Fortaleza/CE, é considerada medida processual mais gravosa que a própria pena aplicada na sentença, e não passa pelo filtro garantista, em razão de ofensas à presunção da inocência (norma de tratamento), à legalidade (lei certa/taxatividade) e à dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Conclui-se que o processo penal é um espaço destacado, no âmbito do Direito, para observação e estudo de violações a direitos e garantias fundamentais, no qual o estudo da prisão preventiva do traficante privilegiado, com fundamento na ordem pública, ganha especial contorno. Nestes moldes, é palco de diálogo intenso entre teoria e prática, que viabiliza a compreensão da crise de legitimidade do sistema de justiça criminal.

Nesta perspectiva, constata-se que o instituto do tráfico privilegiado, caracterizado pelo comércio de droga praticado por agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, não é considerado crime hediondo pelo Supremo Tribunal Federal, por razões de política criminal. Por outro lado, verifica-se que a política criminal do tráfico privilegiado no Brasil é permeada pela inflação dos núcleos do tipo penal do tráfico, no ordenamento jurídico brasileiro, em uma clara manifestação do direito penal da guerra à droga.

No entanto, e em razão da ausência de precisão semântica do que se deve compreender por não dedicação a atividades criminosas, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não caminham de forma totalmente harmônica acerca da possibilidade de utilização de atos infracionais pretéritos, inquéritos policiais e ações penais em curso, quantidade e natureza da droga para fins de demonstração de possível dedicação a atividades criminosas.

De outro giro, compreende-se que o novo paradigma processual brasileiro se encontra assentado na excepcionalidade e na proibição de decretação de prisão preventiva com a finalidade de antecipação de pena. Desta feita, observa-se que a ausência de excepcionalidade da prisão preventiva do traficante privilegiado, no sistema judicial brasileiro, assume contornos judiciais peculiares, com a ofensa aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Quanto à prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública, refuta-se sua cautelaridade, uma vez que não se presta à tutela da prova (assegurar instrução criminal) ou à concretização do direito material (garantir aplicação da lei penal). Verifica-se, ainda, que tal medida consiste em uma gravitação jurídica invertida, em que o acessório corrompe o principal.

Da análise dos princípios constitucionais relacionados à tutela penal e processual penal, no âmbito da aplicação do instituto do tráfico privilegiado e da decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública. no contexto da prisão preventiva do traficante privilegiado, constata-se a necessidade e urgência de dialogar com o princípio da presunção de inocência, a partir de suas dimensões constitutivas no direito processual penal brasileiro; da legalidade, a partir de suas dimensões, entre as quais se destaca a taxatividade (lei certa); e da dignidade da pessoa humana, como vetor interpretativo no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Conclui-se que a prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública ofende a presunção da inocência, em sua dimensão de norma de tratamento, pelo fato de que a prisão sem condenação criminal transitada em julgado não confere ao réu tratamento de inocente.

Outrossim, constata-se que a prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública viola o princípio da legalidade, haja vista a indeterminação do termo “não dedicação a atividades criminosas”, no aspecto penal e, no aspecto processual, em razão da vagueza do termo “ordem pública”. Isto porque, este arranjo jurisprudencial e normativo em relação à prisão preventiva e ao traficante privilegiado, caracterizado pela indeterminação da norma, abre espaço para o decisionismo judicial, que opera, nesses termos, a partir da irracionalidade, no sistema de justiça penal, o que contribui para o uso desmedido da medida cautelar extrema e, por consequência, repercute na crise de legitimidade da justiça criminal.

Desta feita, verifica-se que a interação entre o tráfico privilegiado e a prisão preventiva se articula a partir da porosidade e plasticidade semântica dos termos “dedicação a atividades criminosas” e “ordem pública”, respectivamente. Com isso, observa-se que a conexão entre esses institutos emerge a partir do entendimento de que atos infracionais pretéritos, inquéritos policiais em andamento, ações penais em curso, assim como a quantidade e a natureza da droga apreendida configuram situações que podem impedir o reconhecimento do tráfico privilegiado, em razão da demonstração de “dedicação a atividades criminosas”.

Em paralelo, constata-se que essas mesmas situações fáticas podem se relacionar com o conteúdo do conceito de “ordem pública”, de maneira a evidenciar o risco de reiteração criminosa, a gravidade concreta da conduta ou a periculosidade do agente, o que autoriza a decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública.

Com efeito, há uma vagueza semântica em relação ao termo *ordem pública*, que a

jurisprudência tenta contornar mediante a utilização de variadas acepções, aqui intituladas modalidades, são elas: a) gravidade concreta ou abstrata da conduta; b) periculosidade do agente; c) clamor popular; d) credibilidade das instituições e; e) risco de reiteração criminosa.

Ainda no contexto da prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública, a violação ao princípio da dignidade humana é revelada pelo fato de o crime de tráfico na forma privilegiada não possuir natureza hedionda, de maneira que a adoção da pena processual mais gravosa assume contornos de crueldade.

Assim, constata-se a irracionalidade da prisão preventiva com fundamento na ordem pública como resposta processual necessária e adequada, no contexto do tráfico privilegiado, no plano teórico e normativo brasileiro, em razão da violação a garantias fundamentais do cidadão. Logo, no que diz respeito ao traficante privilegiado, confirma-se a hipótese de que este tratamento jurídico configura instrumentalização disfuncional de medida cautelar extrema, em detrimento do ordenamento jurídico e do contexto jurisprudencial brasileiro.

Diante deste cenário, a pesquisa percorreu a Comarca de Fortaleza, Ceará, para fins de avaliação da prática judicial quanto à utilização da prisão preventiva ao tráfico ocasional, previsto no artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, pelos juízes criminais das Varas de Drogas, no caso concreto, à luz do garantismo penal. Assim, foi realizada a análise de conteúdo de 203 (duzentos e três) processos, por meio da ferramenta *google forms*.

Para tanto, destaca-se, como marco teórico a concepção do garantismo penal, com a finalidade de concretizar a tutela dos direitos fundamentais, de Luigi Ferrajoli. Parte-se, assim, do uso incondicional da razão, como critério metodológico, no sentido epistemológico, axiológico e normativo. Vislumbra-se, com isso, reduzir o exercício arbitrário do poder estatal e, ainda, potencializar as garantias e liberdades dos indivíduos.

Constata-se, do ponto de vista metodológico, que Ferrajoli (2002) desenvolve sua construção teórica a partir dos institutos do delito, da pena e do processo, sobre os quais devem incidir as garantias relacionadas ao proibir (delito), ao castigar (pena) e ao julgar (processo), respectivamente. Já o sentido epistemológico, que se destaca na presente pesquisa, preconiza o emprego da razão e está relacionado à racionalidade das decisões penais, que devem ser construídas a partir de vínculos de conhecimento, e não de autoridade.

No plano axiológico, a razão significa estabelecer uma fundamentação política (ou externa) ao direito penal, obtida a partir de critérios de ordem moral, política ou de utilidade. Estes critérios devem remeter a indagações relativas a “se e por quê” punir, castigar e julgar. O

No campo normativo, verifica-se que a razão busca a justificação do direito penal a partir dos preceitos normativos internos, que permite elaborar um modelo teórico de justificação do direito penal compatível com o perfil de Estado dentro do qual está inserido. Para tanto, deve-se buscar critérios de valoração jurídicos e identificar argumentos de validade, que remetem a interrogações de “como e quando” punir, castigar e julgar. Logo, e para o garantismo, conclui-se que os princípios oriundos do ordenamento constitucional atuam como os próprios fundamentos internos do direito penal, com a finalidade de limitar o poder de punir.

Conclui-se, com isso, que o filtro garantista atua como um limite do poder de decidir no direito penal e processual penal, a partir dos princípios da presunção da inocência, legalidade e dignidade da pessoa humana. Vincula-se, por conseguinte, à necessidade de apresentar limites racionais aos juízes e aos legisladores. Em relação à judicatura, foco da presente pesquisa, constata-se que cabe ao magistrado agir nos termos da lei, a qual deverá orientar e servir de limite à sua interpretação. Neste movimento, deve promover o estabelecimento de vínculos que prestigiam a razão no processo penal, a partir do conhecimento fundado na verdade processual. Assim, deve-se combater o decisionismo, no espaço indesejado que confere ao juiz o poder de dispor da verdade.

Desta feita, a análise dos processos se dá a partir do conceito de um sistema penal garantista, cognitivo ou de legalidade estrita, modelo ideal criado por Ferrajoli. Todavia, constata-se que o grau de garantismo experimentado em cada sistema penal dependerá da capacidade de assegurar, em maior ou menor intensidade, a eficácia dos princípios formulados.

Para os fins propostos nesta pesquisa, conclui-se que o aspecto processual penal da teoria do garantismo penal (âmbito epistemológico) se justifica, notadamente, a partir da compatibilidade da prisão preventiva com fundamento na ordem pública no contexto do tráfico privilegiado, com o referido marco teórico. No campo da justificação interna do direito penal brasileiro, ganha destaque a Constituição brasileira e o complexo sistema de princípios por ela albergados (âmbito normativo), especialmente no que se refere à efetividade de princípios constitucionais expressos, que constituem garantias fundamentais dos cidadãos contra o exercício do poder punitivo estatal, no plano prático.

Nestes moldes, aplica-se o “filtro garantista”, expressão cunhada por Silas Filho, para fins de análise das sentenças selecionadas, no *corpus* metodologicamente delimitado, a partir dos *princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência e da legalidade*. O estudo empírico realizado, mediante uma abordagem quantitativa e qualitativa (com a análise de conteúdo da Bardin) de processos e de decisões judiciais das Varas de Drogas, entre os anos

de 2017 e 2022, aponta que a prisão preventiva com fundamento na ordem pública de infratores denunciados por crime privilegiado de tráfico de drogas, na comarca de Fortaleza/CE, é capaz de violar os princípios da presunção da inocência, da legalidade e da dignidade da pessoa humana, garantias fundamentais do cidadão previstas na Constituição de 1988, à luz do Garantismo Penal.

A prática processual penal na comarca de Fortaleza revela a exagerada relevância atribuída aos interesses estatais na persecução penal, por meio da prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado, em prejuízo da liberdade do indivíduo. Com efeito, o tráfico privilegiado não é considerado crime hediondo, assim como não é cometido mediante violência ou grave ameaça, de maneira que a elevada porcentagem de prisões preventivas decretadas no contexto do tráfico ocasional sinaliza a natureza inquisitória e totalitária da prática judicial no contexto em análise. Como consequência da inobservância da presunção de inocência enquanto princípio estruturante do processo penal, incapaz de oferecer resistência à sanha autoritária, decorre a violação do referido princípio na dimensão de regra de tratamento processual.

A prisão preventiva em estudo contribui para relativizar o princípio da presunção de inocência, em sua dimensão de norma de tratamento, dirigida à figura do acusado, pois ganha contornos de efetiva antecipação de uma pena que sequer chega a ser imputada, em regime fechado, o que traz implicações para o fenômeno do encarceramento em massa. Isso fica claro a partir da inexistência de processo, no *corpus* analisado, em que a fixação da pena se deu, inicialmente, em regime inicial fechado. Ademais, verifica-se, a partir da pesquisa realizada, que o Poder Executivo do Estado do Ceará teve um prejuízo de R\$ 3.452.148 (três milhões, quatrocentos e cinquenta e dois mil e cento e quarenta e oito reais), em seus cofres públicos, nos últimos 5 (cinco) anos, como consequência da decretação de prisão preventiva com fundamento na ordem pública do traficante privilegiado.

Com efeito, e diante do universo pesquisado, constata-se que em 65,5% dos julgamentos que reconheceram a incidência da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, o réu teve sua prisão decretada de forma prematura com fundamento na ordem pública. Logo, a medida não se reveste de caráter excepcional, em benefício da efetividade da jurisdição. Do contrário, caracteriza irracionalidade no processo penal, que vai de encontro à epistemologia garantista processual, centrada na razão, a ser utilizada, do ponto de vista metodológico, com o objetivo de estabelecer vínculos e limites ao poder punitivo estatal, exteriorizado por meio de

decisões judiciais. Caracteriza-se, isto sim, como uma pena cruel, com ofensa, também, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Outrossim, constata-se a existência de fenômeno contraditório intitulado *gravitação jurídica invertida*, que ocorre quando o acessório deixa de seguir o principal para se tornar, ele próprio, o centro gravitacional do processo. Nestes termos, a prisão preventiva esvazia o conteúdo retributivo e aflitivo da pena definitiva estabelecida após o devido processo legal, que se revela menos gravosa do que a medida cautelar imposta pelo Judiciário. Diante disso, conclui-se tratar-se de prática judicial de natureza totalitária, em um Estado Democrático de Direito, o que aflige o indivíduo além da justa medida.

De outro giro, constata-se que o princípio da legalidade ocupa um lugar de especial destaque no *filtro garantista*, pois o garantismo penal tem na lei o pressuposto da contenção do arbítrio estatal. Assim, quanto maior a observância ao princípio da legalidade, maior a chance de realizar a contenção do poder estatal, à luz do garantismo penal. Neste esforço, não são admitidos termos vagos e ambíguos, com vistas a evitar a indeterminação da norma, sob pena de ofensa ao *princípio da taxatividade*, umas das dimensões do princípio da legalidade.

Nesta medida, constata-se que, em relação à prisão preventiva com fundamento na ordem pública, o princípio da legalidade é esvaziado, em sua dimensão de lei certa/taxatividade, pela *imprecisão semântica da expressão “ordem pública”*, conceito vago e impreciso. Isso traz implicações para a epistemologia garantista, segundo a qual o processo penal consiste em um processo de conhecimento e comprovação de determinado fato consignado em lei como punível.

Outrossim, constata-se que a violação à dignidade da pessoa humana foi revelada a partir da constatação de que não há registros de condenação em regime fechado, para início de cumprimento de pena. A prisão processual, assim, apresenta-se mais gravosa do que a pena em definitivo. Logo, e considerando o fato de que toda prisão desnecessária é caracterizada pela nota da crueldade, dá-se a ofensa à dignidade da pessoa humana, no caso em apreço.

Desta feita, observa-se que, por mais que se almeje uma perspectiva garantista como chave de leitura para um processo penal de cariz democrático, garantidor de direitos fundamentais, a prática judicial demonstra a ausência de contato com a perspectiva garantista, haja vista a distância da teoria em destaque. Por outro lado, verifica-se que as mudanças legislativas e reformas processuais mostram-se insuficientes para refrear o uso desmedido da cautelar extrema, caso não sejam acompanhadas de transformações na cultura institucional dos

operadores do direito.

Nesses moldes, como contribuição metodológica, propõe-se a contemplação de um filtro garantista, ancorado nos princípios constitucionais da legalidade, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de conferir racionalidade às decisões judiciais, de modo a assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Pelo trilhar conduzido na presente pesquisa, confirma-se a hipótese inicialmente aventada, qual seja: a prisão preventiva do traficante privilegiado com fundamento na ordem pública viola garantias e princípios constitucionais expressos, especialmente a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência e o princípio da legalidade.

Por fim, conclui-se que o sacrifício do corpo alheio em nome da defesa da sociedade revela uma mentalidade inquisitória que, no campo jurídico, traduz-se no manejo exacerbado da prisão preventiva como mecanismo preferencial na prática judicial, especialmente no contexto do traficante privilegiado. Nestes moldes, denunciar este mecanismo perverso de opressão é o primeiro passo para se desconectar da tradição autoritária que orienta o sistema de justiça criminal brasileiro, e que produz os sintomas atuais. Denunciar é o primeiro passo para a cura. Por essa razão, enquanto houver espaço de fala, enquanto houver voz, haverá denúncia.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/111488027/v5>. Acesso em: 28 dez. 2022.

ANTUNES, Caroline Mesquita. Breves considerações sobre o desejo de punir, o direito penal do inimigo e a relativização do princípio da presunção de inocência. *In*: PINTO, Felipe Martins (org.). **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v8>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz Natural no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100074164/v1>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BÁRBARA, Eva. **Traficante privilegiado**. Brasil: Mestre Valença, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **O conteúdo lógico do princípio da inocência**: Uma proposição crítica elementar aos procedimentos penais na democracia. Belo Horizonte: D'plácido, 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEIRAS, Iñaki Rivera. **Desencarceramento**: Por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

BUARQUE, Chico. **Geni e o Zepelim**. 1978. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/chico-buarque/77259/>. Acesso em: 23 jan. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm#view. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências Brasília, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 344**, de 12 de maio de 1998. Brasília, 1998. Disponível em: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/sau/legis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 2.013.133-SP 2021/0366834-5/SP**. Brasília, DF, 22 de março de 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 711.617/SP (2021/0393728-0)**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 8 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202103937280&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 715.793/SC**. Brasília, DF, 5 de abril de 2022. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 539720/SP (2019/0309512-5)**. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, DF, 2 de março de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/857190959/inteiro-teor-857190969>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Habeas Corpus nº 596.603/SP (2020/0170612-1)**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/08092020%20HABEAS%20CORPUS%20N%C2%BA%20596603.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 440**. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2010. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27440%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27440%27).sub). Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 444**. “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Brasília, DF, 13 de maio de 2010. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Processos/Consulta-Processual>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Súmula 512**. “A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas.” Brasília, DF, 17 de junho de 2014. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2468/Sumulas_e_enunciados. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Tese nº 24**. A condição de "mula" do tráfico, por si só, não afasta a possibilidade de aplicação da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, uma vez que a figura de transportador da droga não induz, automaticamente, à conclusão de que o agente integre, de forma estável e permanente, organização criminosa. **Jurisprudência em Teses**. Edição n. 131. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2015. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%20em%20Teses%20131%20-%20Compilado%20Lei%20de%20Drogas.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Habeas Corpus nº 82.959-7/SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 148484/SC**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 24 de abril de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6257869>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em**

Habeas Corpus nº 210.056/MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 9 de março de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6318645>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 205.080/RS.** Relator: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 4 de outubro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6230800>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 211.327/SP.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 9 de março de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6332552>. Acesso em: 28 dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 200.988/CE.** Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 24 de maio de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6160509>. Acesso em: 28 dez. 2022.

CADERMATORI, Sérgio Urquhart de; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria do direito e da democracia. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun. 2010. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/2128>. Acesso em: 13 dez. 2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação lava jato. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Coimbra, v. 1, n. 4000, p. 16-38, set, 2016.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Legislação penal especial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/100075645/v1>. Acesso em: 28 dez. 2022.

CARDOSO, Márcia Regina Gonçalves. **Análise de conteúdo:** Uma metodologia de pesquisa qualitativa. Cadernos da Fucamp, Monte Carmelo, v. 20, n. 43, p. 84-97, jul. 2021.

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

CEARÁ. **Resolução do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará nº 2,** de 04 de junho de 2020. Fortaleza, CE. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/juizadosespeciais/resolucoes/>. Acesso em: 15 maio 2022.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2000.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção Americana sobre os Direitos do Homem.** San José, 1969.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Relatório sobre medidas destinadas à redução do uso da prisão preventiva na América**. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/prisaopreventiva.pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Situação dos direitos humanos no Brasil**. 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 15 maio 2022.

CRUZ, Rogério Schietti; RUY, Fernando Estavem Bravin; SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Lei de drogas comentada conforme o pacote anticrime Lei n.º 13964/2019**. Londrina: Thoth, 2021.

CRUZ, Rogerio Schietti. **Prisão cautelar: Dramas, princípios e alternativas**. Salvador: Juspodivm, 2021.

DANTAS, Rodrigo D'Orio. **Imparcialidade no Divã**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/256545863/v1>. Acesso em: 28 dez. 2022.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Presos em unidades prisionais no Brasil**: Período de janeiro a junho de 2021. 2021a. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYWVxYjI3MTktNDZiZi00YjVhLWFjN2EtMDM2NDdhZDM5NjE2IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 08 jun. 2022.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Quantidade de incidência por tipo penal**: período de janeiro a junho de 2021. 2021b. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMzRINjZhZDAtMGJjMi00NzE0LTllMmUtYWY1NTAxMjQzNzVIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 08 jun. 2022.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Presos em unidades prisionais no Brasil**: período de janeiro a junho de 2022. 2022a. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiNWQ0ODM1OTQtMmQ2Ny00M2IyLTk4YmUtMTdhYzI4N2ExMWM3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 08 jun. 2022.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Custo do preso**, mês de referência: outubro de 2022. 2022b. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTNmMDRiZTQtNTNINS00NWZhLTg2NWYtZTk3Y2IwM2NiZW0IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 13 dez. 2022.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103828460/v8>. Acesso em: 28 dez. 2022.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista Brasileira de Política Internacional**, [S.L.], v. 55, n. 1, p. 66-92, 2012. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/s0034-73292012000100005>. Acesso em: 13 dez. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

FERRUGEM, Daniela. **Guerras às drogas e a manutenção da hierarquia racial**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

FORTALEZA. **Portaria do Fórum Clóvis Beviláqua nº 377**, de 11 de junho de 2020. Fortaleza, CE. Disponível em: <https://corregedoria.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2020/11/Of%C3%ADcio-Circular-n%C2%BA-377-2020.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

FRAGOSO, Christiano; BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. **Princípios constitucionais penais**: ensaios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

GARCETE, Carlos Alberto. **Sistemas Jurídicos no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/289226635/v1>. Acesso em: 28 dez. 2022.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2 ed., 1989.

GLOECKNER, Ricardo Jacobson. **Autoritarismo penal e processo penal**: Uma gênese das ideais autoritárias no processo penal brasileiro. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/144659041/v5>. Acesso em: 28 dez. 2022.

GONÇALVES, Anderson Tiago Peixoto. Análise de conteúdo, análise do discurso e análise de conversação: estudo preliminar sobre diferenças conceituais e teórico-metodológicas. **Administração: Ensino & Pesquisa**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 275-300, ago. 2016. Disponível em: <https://raep.emnuvens.com.br/raep>. Acesso em: 13 dez. 2022.

GUERRA, Sidney. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

KHALED JUNIOR, Salah H.. **A busca da verdade no processo penal**: Para além da ambição inquisitória. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

LABATE, Beatriz Caiuby; RODRIGUES, Thiago. Proibição e guerra às drogas nas Américas: um enfoque analítico. *In*: LABATE, Beatriz Caiuby (Org.). **Políticas de drogas no Brasil**: conflitos e alternativas. Campinas: Mercado de Letras, 2018. p. 69-103.

LEITE, George Salomão. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/288768443/v1>. Acesso em: 28 dez. 2022.

LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MONTE, Mário João Ferreira. "As consequências vêm sempre depois": presunção do estado de inocência, execução provisória da pena e seus efeitos processuais. In: PINTO, Felipe Martins (org.). **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

LIMA, Renato Brasileira de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2021.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogerio Schietti (org.). **Código de Processo Penal**: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/276576875/v1>. Acesso em: 28 dez. 2022.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A dimensão da inocência no processo penal: o direito de ser julgado sem juízos incriminatórios alternativos. In: PINTO, Felipe Martins (org.). **Presunção de inocência**: estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. **Ministério Público, persecução penal e tráfico de drogas**: achados empíricos. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro**: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/76077764/v12>. Acesso em: 28 dez. 2022.

NICOLITT, André Luiz. **Processo Penal Cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/106687487/v2>. Acesso em: 28 dez. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTOS, Diego Prezzi. Dignidade, direitos fundamentais e direitos da personalidade: uma perspectiva garantista para a democracia substancial. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 02, n. 59, p. 343-358, jan. 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/index>. Acesso em: 28 dez. 2022.

OLIVEIRA, William Terra de; CUNHA, Rogério Sanches; BIANCHINI, Lice; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/100076116/v6>. Acesso em: 28 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Assembleia Geral das Nações Unidas**, Paris, 1948. Disponível em: http://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2018/relatorio_missao_roraima.pdf. Acesso em: 28 dez. 2022.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistências ao poder de punir**. 2. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

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

PRADO, Luiz Regis. **Doutrina, Processos e Procedimentos: Direito penal e processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/103664202/v20>. Acesso em: 28 dez. 2022.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal: Legitimação x deslegitimação do sistema penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REIS JÚNIOR, José Carvalho dos. **Estado de Exceção no Direito Penal e Processual Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

ROCHA, Décio; DEUSDARÁ, Bruno. Análise de Conteúdo e Análise do Discurso: aproximações e afastamentos na (re)construção de uma trajetória. *Alea: Estudos Neolatinos [online]*. 2005, v. 7, n. 2, p. 305-322. *Alea: Estudos Neolatinos*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 305-322, dez. 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal**: De acordo com a teoria dos jogos. Florianópolis: Emais, 2021.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SALES, José Edvaldo Pereira. **Autoritarismo e garantismo**: Tensões na tradição brasileira. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

SANTIAGO, N. E. A.; CHAVES, L. A. A prospectividade da alteração da jurisprudência como expressão do constitucionalismo garantista: Uma análise expansiva do artigo 927, §3º, do NCP. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 437-468, set, 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/biblioteca/conteudo-revistas-juridicas/revista-de-processo/2016-v-41-n-259-set>. Acesso em: 28 dez. 2022.

SANTIAGO NETO, José de Assis; MELLO, Kamilla Faria. A presunção de inocência e a crise existencial do processo penal brasileiro: a liquidez de um princípio pétreo para o processo penal democrático. *In*: PINTO, Felipe Martins (org.). **Presunção de inocência**: Estudos em homenagem ao professor Eros Grau. Belo Horizonte: Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia**: Contribuição para crítica da economia da punição. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SEMER, Marcelo. **Princípios penais no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020.

SILAS FILHO, Paulo. **A ordem pública como fundamento para a prisão preventiva no processo penal**. Florianópolis: Habitus, 2021.

SILVA, Adrian Barbosa e. **Garantismo e sistema penal**: Crítica criminológica às prisões preventivas na era do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, Renan Joubert Almeida. **Guerra às drogas e o punitivismo penal**: A lei de drogas brasileira e seus mecanismos a favor do encarceramento em massa. São Paulo: Renan Joubert Almeida Silva, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - as garantias processuais penais?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Prisão preventiva. **Jurisprudência em Teses**, Brasília, n. 32, 15 abr. 2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/JuriTeses/article/view/11262/11391>. Acesso em: 14 maio 2022.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. São Paulo: Tirant Lo Blach, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TRINDADE, André Karam. Garantismo e decisão judicial. *In*: STRECK, Lenio Luiz (Org.). **A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. Salvador: Juspodivm, 2017.

TRINDADE, André Karan. Revisitando o garantismo de Luigi Ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 5, n. 2, p. 3-21, 2012. Disponível em: <https://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/156>. Acesso em: 28 dez. 2022.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais: A pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 3. ed. Belo Horizonte; São Paulo: D'Plácido, 2020.

WUNDER, Paulo. **Julgamento Antecipado no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/290748579/v1>. Acesso em: 28 dez. 2022.

XIMENES, Julia Maurmann. **A pesquisa científica aplicada no direito**. São Paulo: Editora Mackenzie, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.