UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA "JÚLIO DE MESQUITA FILHO"
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

FERNANDO AUGUSTO RISSO

A PRISÃO PREVENTIVA PELA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

FRANCA
2024

FERNANDO AUGUSTO RISSO

A PRISÃO PREVENTIVA PELA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.
Orientador: Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

FRANCA

2024

R596p

Risso, Fernando Augusto
A prisão preventiva pela garantia da ordem pública no tráfico de drogas : uma análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo / Fernando Augusto Risso. -- Franca, 2024
137 f. : tabs.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientador: Paulo César Corrêa Borges

1. Processo penal. 2. Prisão preventiva. 3. Tráfico de drogas. 4. Presunção de inocência. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Universidade Estadual Paulista (UNESP), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidospelo autor(a).

IMPACTO POTENCIAL DESTA PESQUISA

O impacto esperado da minha pesquisa é destacar que o processo de criminalização do tráfico de drogas está mais ligado a justificativas econômicas, políticas, morais e discriminatórias do que a preocupações com a saúde pública. Considerando as consequências do encarceramento no Brasil, tanto definitivo quanto provisório, é necessário reavaliar a atual política de drogas. Além disso, a pesquisa visa estimular maior reflexão sobre a prisão preventiva para garantia da ordem pública, um tipo de prisão que necessita de regulamentação mais clara e critérios objetivos para sua aplicação. A pesquisa empírica, empreendida sobre um grupo específico de julgados, revelou que majoritariamente homens jovens, pobres e primários, acusados de tráfico de drogas, foram presos preventivamente, com fundamento na garantia da ordem pública, com base em justificativas vagas e de difícil verificação, o que compromete a presunção de inocência e representa um risco à liberdade individual. Espera-se que esses resultados inspirem uma revisão e mudança na atividade jurisdicional do tribunal analisado.

POTENTIAL IMPACT OF THIS RESEARCH

The expected impact of my research is to highlight that the criminalization of drug trafficking is more closely linked to economic, political, moral, and discriminatory justifications than to concerns about public health. Given the consequences of incarceration in Brazil, both definitive and provisional, it is necessary to reassess the current drug policy. Additionally, the research aims to encourage a deeper reflection on preventive detention for maintaining public order, a type of detention that requires clearer regulations and objective criteria for its application. The empirical research, conducted on a specific group of cases, revealed that predominantly young, poor, first-time male offenders accused of drug trafficking were subjected to preventive detention based on the maintenance of public order, using vague and hard-to-verify justifications. This undermines the presumption of innocence and poses a risk to individual freedom. It is hoped that these results will inspire a review and change in the judicial practices of the analyzed court.

FERNANDO AUGUSTO RISSO

A PRISÃO PREVENTIVA PELA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente:_____

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

1ª Examinador:_____

Profª. Drª. Ana Gabriela Mendes Braga

2º Examinador:_____

Prof. Dr. Edihermes Marques Coelho

Franca, 29 de julho de 2024.

Dedico este trabalho ao meu pai.

Por toda a sua luta.

AGRADECIMENTOS

Não há como se iniciar os agradecimentos deste trabalho sem que eu imediatamente pense em meus pais, Fernando e Sílvia. Obrigado por todos os valores, ensinamentos e lições que me passaram. Obrigado por toda a luta e esforço diários para que eu pudesse ter uma educação de qualidade. Sem vocês, eu não seria nada.

Agradeço também à minha irmã, Nathália, minha melhor amiga, por todo o companheirismo e apoio de sempre.

À Betina, o meu amor, agradeço por todo o incentivo, apoio e paciência que teve comigo nestes anos. Obrigado por estar comigo em todos os momentos da minha vida, sejam eles bons ou ruins.

Ao meu orientador, professor Paulo Borges, por me introduzir à vida acadêmica e por me auxiliar durante toda essa trajetória do mestrado. Obrigado pela oportunidade de ter contato com um profissional das ciências criminais extremamente justo, humano e preocupado com as mazelas sociais de nosso país.

Aos meus queridos amigos e amigas, os que fiz antes e durante o mestrado, por me acompanharem nesta jornada.

À UNESP, por me proporcionar talvez os momentos mais inesquecíveis de minha vida.

À CAPES pelo apoio ao desenvolvimento dessa pesquisa.

Nada é para sempre, dizemos, mas há momentos que parecem ficar suspensos, pairando sobre o fluir inexorável do tempo.

José Saramago.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Circunstâncias caracterizadoras do risco à ordem pública.....94
Figura 2. Gênero.....108
Figura 3. Faixa etária.....109
Figura 4. Cor.....110
Figura 5. Primariedade ou reincidência.....111
Figura 6. Escolaridade.....111
Figura 7. Órgão estatal responsável pela apreensão das drogas.....115
Figura 8. Crimes imputados na denúncia.....119

Risso, Fernando. **A prisão preventiva pela garantia da ordem pública no tráfico de drogas: uma análise jurisprudencial do Tribunal de Justiça de São Paulo**. Orientador: Paulo César Corrêa Borges, 2024, 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2024.

RESUMO

Na persecução criminal do tráfico de drogas, há certa distância entre a proclamação formal dos direitos humanos relacionados à defesa e a sua devida efetivação material. A presunção de inocência e a liberdade individual não parecem estar sendo plenamente garantidas para este acusado em específico. Devido às origens discriminatórias, morais, econômicas e políticas da política internacional antidrogas, o delito de tráfico de drogas e a pessoa acusada de praticá-lo passaram por um longo processo de estigmatização e de demonização. A partir de recorrentes campanhas de pânico moral sobre o tráfico, bem como do estabelecimento do traficante como inimigo público, considerado pernicioso e responsável por diversas mazelas sociais, este sujeito teve mitigado e enfraquecido diversos direitos e garantias fundamentais, recebendo excessivo rigor penal. Um dos instrumentos jurídicos utilizados frequentemente contra esse acusado é a prisão preventiva pela garantia da ordem pública, conceito demasiadamente vago e impreciso, que apresenta perigosa abertura conceitual em matéria de liberdade. Dessa forma, os objetivos gerais do trabalho são analisar o desenvolvimento da política de repressão, identificando as nuances do processo de estigmatização, bem como analisar as origens e finalidades desta espécie de prisão provisória. Os objetivos específicos, relacionados à pesquisa empírica, são verificar o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre as hipóteses fáticas caracterizadoras do risco à ordem pública; verificar se a impossibilidade de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas está sendo fundamentada concreta e individualmente, como demanda o artigo 282, § 6º, do CPP; e, por fim, identificar as circunstâncias pessoais dos acusados e processuais dos casos selecionados. Para isso, como métodos de procedimento, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e empírica. Como método de abordagem, o dedutivo. Conclui-se que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não tem finalidade cautelar e se mostra facilmente manipulável, possibilitando o encarceramento provisório de sujeitos considerados indesejáveis. Neste grupo específico de acórdãos, foi fundamentada em circunstâncias relacionadas ao crime de tráfico de drogas e em argumentos, sem indícios concretos, de risco de reiteração delitiva e periculosidade do agente. Outrossim, a análise da substituição por medidas cautelares alternativas não foi feita de forma individualizada e concreta. O perfil deste acusado compreendeu homens, jovens, de diferentes segmentos raciais, primários, de baixa escolaridade e renda. Em relação aos aspectos processuais, a persecução tendeu a se iniciar com a prisão em flagrante deste sujeito, por meio de patrulhamento ostensivo de policiais militares, com a consequente decretação da prisão preventiva na audiência de custódia. Em que pesem os argumentos de periculosidade ou de risco de reiteração, os crimes imputados na denúncia foram praticados com violência ou grave ameaça e não denotam a inserção do acusado na estrutura do crime organizado.

Palavras-chave: Prisão Preventiva; Garantia Da Ordem Pública; Pacote Anticrime; Tráfico De Drogas; Presunção de Inocência.

Risso, Fernando. **Preventive detention to ensure public order in drug trafficking: a jurisprudential analysis of the São Paulo Court of Justice**. Advisor: Paulo César Corrêa Borges, 2024, 137 p. Dissertation (Master of Law) – Faculty of Humanities and Social Science, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", Franca, 2024.

ABSTRACT

In the criminal prosecution of drug trafficking, there is a certain distance between the formal proclamation of human rights related to defense and their proper material implementation. The presumption of innocence and individual freedom do not seem to be fully guaranteed for this specific defendant. Due to the discriminatory, moral, economic, and political origins of international anti-drug policy, the crime of drug trafficking and the person accused of committing it have undergone a long process of stigmatization and demonization. Through recurrent moral panic campaigns about drug trafficking and the establishment of the trafficker as a public enemy, being considered harmful and responsible for various social ills, this individual has had many fundamental rights and guarantees mitigated and weakened, receiving excessive penal severity. One of the legal instruments frequently used against this defendant is pre-trial detention to ensure public order, a concept that is exceedingly vague and imprecise, presenting a dangerously broad interpretation regarding freedom. Thus, the general objectives of the work are to analyze the development of the repression policy, identifying the nuances of the stigmatization process, as well as analyzing the origins and purposes of this type of pre-trial detention. The specific objectives, related to empirical research, are to verify the understanding of the São Paulo Court of Justice on the factual hypotheses characterizing the risk to public order; to verify if the impossibility of substituting pre-trial detention with alternative precautionary measures is being concretely and individually justified, as required by article 282, § 6, of the CPP; and finally, to identify the personal circumstances of the defendants and the procedural aspects of the selected cases. For this purpose, bibliographic and empirical research methods were used. As a method of approach, the deductive method was used. It is concluded that pre-trial detention to ensure public order does not have a precautionary purpose and is easily manipulable, allowing the provisional incarceration of individuals deemed undesirable. In this specific group of judgments, the reasoning was based on circumstances related to the crime of drug trafficking and on arguments, without concrete evidence, of the risk of reoffending and the dangerousness of the offender. Furthermore, the analysis of substitution by alternative precautionary measures was not done in an individualized and concrete manner. The profile of this accused included young men from different racial segments, with no prior criminal record, and of low education and income. Regarding procedural aspects, the prosecution tended to begin with the subject's arrest in flagrante delicto during overt military police patrols, followed by the consequent decree of preventive detention at the custody hearing. Despite the arguments of dangerousness or risk of reoffending, the crimes charged in the indictment were committed with violence or serious threat and do not denote the accused's involvement in organized crime.

Keywords: Pre-Trial Detention; Guarantee of Public Order; Anti-Crime Package; Drug Trafficking; Presumption of Innocence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11
1 A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E O DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS: O TRAFICANTE COMO INIMIGO 16
1.1 A teoria tradicional dos direitos humanos 16
1.2 A teoria crítica dos direitos humanos 19
1.3 Os direitos humanos para além da compreensão jurídica e para a superação da bipolaridade normalizada da sociedade brasileira 22
1.4 A política internacional de proibição às drogas 24
1.4.1 As Guerras do Ópio 25
1.4.2 A Conferência de Xangai de 1909 e a 1ª Convenção Internacional do Ópio de 1912 ... 27
1.4.3 A criação da estrutura repressiva nos Estados Unidos: Harrison Act de 1914 e Volstead Act de 1920 30
1.4.4 A 2ª Convenção Internacional do Ópio de 1925 e o Marihuana Tax Act 33
1.4.5 As Convenções de Genebra de 1931 e 1936: a criminalização do tráfico de drogas 35
1.4.6 A Convenção Única de Entorpecentes de 1961 e a consolidação da repressão 37
1.4.7 A Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1972 39
1.4.8 A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 40
1.5 A política antidrogas no Brasil 42
1.5.1 A legislação até o Código Penal de 1940 42
1.5.2 A legislação durante a ditadura militar 46
1.5.3 O cenário atual: a Lei n. 11.343/06 49
1.6 A construção do traficante como inimigo no direito penal 51
2 A PRISÃO PREVENTIVA PELA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA 58
2.1 A prisão preventiva no curso da história e seus reflexos no Código de Processo Penal de 1941: medida cautelar processual ou de defesa social? 58
2.2 A natureza jurídica da prisão preventiva em um Estado Democrático de Direito 62
2.3 A prisão preventiva no Brasil: requisitos, principiologia e fundamentos 66
2.3.1 Requisitos e cabimento 67
2.3.2 Princípios norteadores 69
2.3.2.1 Presunção de inocência, jurisdicionalidade e motivação 69

2.3.2.2 Excepcionalidade.....71
2.3.2.3 Provisionalidade e da contemporaneidade.....71
2.3.2.4 Princípio da provisoriedade.....72
2.3.2.5 Princípio da proporcionalidade.....73
2.3.3 Fundamentos da prisão preventiva.....74
2.4 A prisão preventiva pela garantia da ordem pública.....**76**
2.4.1 Origem da ordem pública.....76
2.4.2 Garantia da ordem pública: conceito, finalidade e direito comparado.....79
2.4.3 Hipóteses fáticas não caracterizadoras do risco à ordem pública.....86
3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PRISÃO PREVENTIVA PELA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO TRÁFICO DE DROGAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.....**91**
3.1 Análise qualitativa.....**92**
3.2 Caracterização do risco à ordem pública.....**93**
3.3 Fundamentação da impossibilidade de substituição da prisão preventiva.....**103**
3.4 Circunstâncias pessoais dos pacientes.....**107**
3.4.1 Gênero.....107
3.4.2 Faixa etária.....108
3.4.3 Cor.....109
3.4.4 Primariedade ou reincidência.....110
3.4.5 Escolaridade.....111
3.4.6 Profissão.....112
3.5 Circunstâncias processuais.....**112**
3.5.1 Houve prisão em flagrante?.....112
3.5.2 A apreensão das drogas derivou de investigação?.....113
3.5.3 Momento da decretação da prisão preventiva.....114
3.5.4 Órgão estatal responsável pela apreensão das drogas.....115
3.5.5 Crimes imputados na denúncia.....117
3.6 Considerações sobre a pesquisa empírica.....**119**
CONCLUSÃO.....**124**
REFERÊNCIAS.....**128**

1 INTRODUÇÃO

É comum que a teoria dos direitos humanos seja compreendida a partir de uma perspectiva geracional, estritamente jurídica, de origem eurocêntrica e com imposição universal. A teoria tradicional dos direitos humanos fornece a impressão de que esses direitos, por estarem formalmente assegurados nas constituições e em tratados internacionais, estariam sendo materialmente garantidos, de forma linear, contínua e evolutiva, a todos os seres humanos do planeta. Isso, porém, como se sabe, está longe de ser verdade.

Ao contrário da burguesia, que conseguiu se fazer hegemônica após a Revolução Francesa, institucionalizando as suas reivindicações, grupos minoritários como as mulheres, os negros, as pessoas economicamente hipossuficientes e a comunidade LGBTQIA+, dentre outros, não puderam fazer o mesmo. Por consequência, até os dias atuais, não usufruem plenamente dos direitos humanos que, em tese, lhes foram garantidos.

É para denunciar esse fosso entre a proclamação formal dos direitos humanos e a sua efetivação na realidade social dos grupos vulneráveis que a teoria crítica dos direitos humanos se desenvolve. A partir dela, os direitos humanos são compreendidos "enquanto direitos conquistados por meio das demandas históricas e das lutas sociais" (Borges, 2012, p. 83-84) e gerados por atores sociais sobre os quais e sobre quem se teoriza, em contextos culturais e espaço-temporais complexos, concretos e particulares (Sánchez Rubio, 2015, p. 106).

Essa distância entre proclamação formal e efetivação material não se refere tão somente aos direitos positivos – como os sociais, econômicos e culturais – mas também aos de caráter negativo, que dependem de uma abstenção estatal, como os direitos individuais.

No Brasil, é perceptível que os direitos individuais, relacionados ao direito de defesa, não são plenamente efetivados durante a persecução criminal do tráfico de drogas, cujo alvo, preferencial e selecionado, costuma ser homem, jovem, negro ou pardo, de baixas escolaridade e condição econômica.

É certo que o delito de tráfico de drogas e quem o pratica carregam em si forte estigma social. O desenvolvimento internacional da política antidrogas, liderada e impulsionada pelos Estados Unidos durante todo o século XX, fez com que as drogas fossem enxergadas como um "mal" (Valois, 2021, p. 177). Não apenas no sentido de serem substâncias aptas a causarem prejuízos à saúde, mas também por possuírem traços malignos e diabólicos, capazes, segundo o proibicionismo, de levar à corrupção moral, a nível coletivo e individual.

Em virtude dessa visão, há décadas a lógica de enfrentamento às drogas se pauta pela repressão, alimentada por fundamentos morais, religiosos, políticos, econômicos e discriminatórios. A partir da criminalização do tráfico, "nasce igualmente o traficante e toda a carga de demonização que o conceito carrega hoje em dia" (Valois, 2021, p. 177). E "no seio da proibição de determinadas drogas está implícito o preconceito e a ambição de controlar pessoas tidas como inferiores, humana e moralmente falando" (Valois, 2021, p. 351).

O traficante passa a ser encarado como um inimigo pela sociedade e inimigos, como se sabe, são combatidos por meio de táticas de guerra. O poder punitivo do Estado, que, no atual estágio civilizatório ocidental, buscava ser orientado por um direito penal de princípios iluministas, humanistas e racionais, se distancia dessa perspectiva e se aproxima do que Valois denomina de "direito penal da guerra às drogas" (2021, p. 420).

Neste direito penal, cultivam-se o medo e a constante sensação de insegurança pública, inflamados pela propaganda estatal e especialmente pela mídia. No âmbito político, esse temor retroalimenta o recrudescimento penal, legitimando a criação de mais tipos penais, aumentos desproporcionais de pena, maior policiamento nas ruas e, principalmente, passa a demandar por mais prisões (Valois, 2021, p. 368).

No âmbito processual, o resultado é a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais do acusado em prol do combate ao inimigo. Em que pese vigorar a favor do réu os direitos à presunção de inocência, à liberdade individual e ao devido processo legal, o seu encarceramento imediato é visto como medida necessária para acalmar os anseios e preocupações sociais.

E essa prisão provisória no tráfico de drogas, pois não fundamentada em sentença penal condenatória transitada em julgado, é constantemente utilizada a pretexto de garantir a ordem pública. A intenção, em uma hipótese inicial, parece ser afastar imediatamente esse acusado do convívio social. A análise dessa situação jurídica – a prisão preventiva pela garantia da ordem pública do acusado de tráfico de drogas - constitui o objeto do trabalho.

Sabe-se que a prisão preventiva constitui a medida cautelar mais rigorosa e excepcional do processo penal brasileiro. Rigorosa porque restringe a liberdade do sujeito passivo durante a persecução penal, quando sua inocência é presumida. E excepcional porque somente pode ser decretada quando constatada a existência de *fummus commissi delicti* e *periculum libertatis*, além de uma série de outros requisitos exigidos pela legislação (Machado, 2005, p. 62).

Como se trata de medida de natureza cautelar, a custódia preventiva possui caráter instrumental ao processo. De acordo com Sara Aragoneses Martinez (1996, p. 387), a

instrumentalidade significa ter por objeto "garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del jus puniendi". Nesse sentido, a custódia cautelar somente poderia ser decretada quando necessária para assegurar o regular andamento do processo penal, isto é, quando o feito se encontre ameaçado pelo estado de liberdade do sujeito passivo.

Apesar de a legislação brasileira possuir dispositivos que estabelecem a prisão preventiva como a *ultima ratio* das medidas cautelares, percebe-se no Brasil uma banalização do instituto, utilizado massivamente não como forma de se proteger o processo, mas para encarcerar prematuramente sujeitos que deveriam ser presumidos inocentes, os quais geralmente são oriundos de classes sociais mais vulneráveis e que constituem alvos de exclusão e aversão (Camacho, 2017, p. 46).

Essa banalização é ensejada a partir da inobservância dos princípios norteadores do sistema processual acusatório pelo Poder Judiciário, o qual assume "uma postura direcionada à defesa social em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos imputados" (Silveira, 2015, p. 230). O uso massificado da medida no país se evidencia pelo fato de que aproximadamente 30% de sua população carcerária é composta por presos provisórios (Brasil, 2020), os quais, em sua maioria, são negros ou pardos, jovens, de baixa escolaridade e que respondem por crimes patrimoniais ou de tráfico de drogas.

Dentro deste *quantum*, o principal fundamento para decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem pública, conceito não definido pela legislação. De origem policialesca, o termo é amplo, vago e indeterminado, servindo mais "como "botão de emergência" para a autoridade policial e o Estado intervirem na esfera privada quando entenderem que a ordem pública fora violada de algum modo" (Prado; Santos, 2018, p. 61). A prisão pela garantia da ordem pública serve como "pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social" (Gomes Filho, 1991, p. 68), tendo a decisão que a decreta certo caráter de justiça sumária (Cruz, 2021, p. 264).

O problema é que a utilização de um conceito aberto e facilmente manipulável no âmbito do processo penal acarreta grave insegurança jurídica aos cidadãos, vez que é a "área do Direito que lida com bens jurídicos da maior relevância e se consubstancia como o mais agudo instrumento na relação entre cidadão e Estado" (Prado; Santos, 2018, p. 36).

Os decretos prisionais com base no fundamento da ordem pública costumam utilizar argumentos de árdua verificabilidade e refutabilidade por parte do sujeito passivo. A conclusão de Choukr (1993, p. 93) é que "os Tribunais ainda não conseguiram construir linhas valorativas

para delimitar a ideia de ordem pública, ficando assim o tema ao sabor do arbítrio e não da discricionariedade".

Diante da exposição dessas premissas, embora os direitos à liberdade individual e à presunção de inocência estejam formalmente positivados na Constituição brasileira e em diversos tratados internacionais dos quais o país é signatário, na prática tais garantias não estão sendo materialmente efetivadas aos acusados do crime de tráfico de drogas[1].

Neste crime, não se pode ignorar que a atividade jurisdicional muitas vezes se distancia da missão de garantia dos direitos do acusado em detrimento da proteção da segurança pública, com certo rigor excessivo. Valois (2021, p. 419) dispõe que "a atividade do Judiciário no campo da guerra às drogas tem sido de natureza complementar, relativizando princípios, adotando teorias, criando dogmas e ignorando situações de fato, tudo em favor de um bom combate às drogas".

No imaginário social e, por consequência, na estrutura do Poder Judiciário, o traficante é demonizado, enxergado como sujeito extremamente perigoso, inimigo da sociedade, responsável por considerável parte de suas mazelas e vinculado, abstratamente, a crimes contra a vida e patrimoniais graves, que envolvem o uso de violência. É por isso que o fundamento da garantia da ordem pública é manejado para prender preventivamente o acusado de tráfico.

Portanto, os objetivos gerais do trabalho são, primeiramente, analisar o desenvolvimento da política internacional antidrogas e seus desdobramentos no Brasil, a fim de identificar o processo de estigmatização do delito e de seu autor. Depois, analisar a regulamentação da prisão preventiva pela garantia da ordem pública através de uma perspectiva doutrinária.

Já os objetivos específicos, relacionados à pesquisa empírica, são os seguintes:

a) Verificar, através da análise de acórdãos de *Habeas Corpus* do Tribunal de Justiça de São Paulo, quais hipóteses fáticas são compreendidas como caracterizadoras do risco à ordem pública no crime de tráfico de drogas;

b) Verificar, por meio dos acórdãos, se as disposições do artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, as quais traduzem a excepcionalidade máxima da prisão preventiva, estão sendo observadas pelo Tribunal paulista;

c) Identificar, a partir dos processos que originaram os *Habeas Corpus*, as circunstâncias pessoais deste acusado de tráfico de drogas, como gênero, primariedade ou reincidência, faixa etária, cor, escolaridade e profissão; e também as circunstâncias processuais, quais sejam, se o

[1] Em relação aos delitos que originam prisões provisórias, verifica-se que um em cada três presos brasileiros está encarcerado em razão do tráfico de entorpecentes (Velasco; D'Agostino; Reis, 2017).

paciente fora preso em flagrante; se a persecução se originou de investigações prévias; o momento da decretação da prisão preventiva; o órgão estatal responsável pela apreensão das drogas; e os crimes imputados na denúncia.

Como métodos de procedimento, foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e de pesquisa jurisprudencial. Para a segunda, utilizou-se, como referencial teórico, a obra de Maíra Rocha Machado (2017). O método de abordagem adotado foi o dedutivo, segundo o qual, a partir de premissas gerais verdadeiras, analisam-se as particularidades da realidade social.

A pesquisa bibliográfica foi empreendida através da consulta de materiais escritos, como artigos científicos, monografias, dissertações, teses, doutrinas, relatórios e legislações, abrangendo, portanto, toda a bibliografia já tornada pública em relação aos temas de estudo (Marconi, Lakatos, 2003, p. 183).

Na pesquisa empírica, foram definidos recortes institucional, temático, temporal e processual.

Como recorte institucional, escolheu-se o Tribunal de Justiça de São Paulo por ser o maior tribunal da América Latina e, por consequência, o tribunal estadual mais representativo do Brasil, além de pertencer ao mesmo estado desta Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (UNESP), *campus* de Franca.

Em relação ao recorte temático, a pesquisa recaiu sobre os pedidos de revogação e/ou substituição da prisão preventiva de acusados do crime de tráfico de drogas, que foram presos para garantia da ordem pública.

Sobre o recorte processual, foram analisados os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em sede de *Habeas Corpus*, e também os processos que os originaram, impetrados em favor dos acusados supramencionados.

Quanto ao recorte temporal, foram analisados os acórdãos publicados no mês de fevereiro de 2024, data de escrita da dissertação.

Por fim, justifica-se a inserção do tema na Linha de Pesquisa "Cidadania Civil e Política e Sistemas Normativos" e no Projeto de Pesquisa "Política Criminal e Cidadania", pois cogita-se que os direitos à liberdade individual e à presunção de inocência deste grupo específico não estão sendo plenamente garantidos, muito em razão do vago e manipulável fundamento da garantia da ordem pública.

1 A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS E O DESENVOLVIMENTO DA POLÍTICA DE REPRESSÃO ÀS DROGAS: O TRAFICANTE COMO INIMIGO

A teoria crítica dos direitos humanos é responsável por destacar as contradições existentes entre o que se diz e o que se faz em matéria de direitos humanos (Rubio, 2015, p. 101-102). Embora os direitos humanos estejam positivados em diversos tratados internacionais e em constituições nacionais, na prática, boa parte da população mundial não os usufruem materialmente.

A situação não é diferente no Brasil. Além da dificuldade em se garantir os direitos sociais, associados à habitação, saúde, trabalho e educação, os direitos individuais, de caráter negativo, também não são integralmente assegurados.

Na persecução criminal, os direitos humanos relacionados ao direito de defesa, como a presunção de inocência e a liberdade individual, serão mais ou menos efetivados a depender do crime imputado e das condições sociais da pessoa acusada. No delito de tráfico de drogas, objeto do trabalho, esses direitos são constantemente violados, cerceados ou mitigados, privilegiando-se o discurso da necessidade de se punir o traficante, visto pela sociedade, pela mídia e pela opinião pública em geral como inimigo público.

Neste primeiro capítulo, serão apresentadas as teorias tradicional e crítica dos direitos humanos, esta segunda elaborada para funcionar como contraponto à primeira; o desenvolvimento histórico da política internacional de proibição às drogas e seus reflexos no Brasil, a fim de compreender as origens religiosas, morais, discriminatórias e econômicas desta política repressiva; e, por fim, as circunstâncias que perfazem o estabelecimento do acusado de tráfico como inimigo social e, por consequência, alvo preferido do aparato punitivo estatal, em desrespeito aos seus direitos humanos.

1.1 A teoria tradicional dos direitos humanos

Para Dalmo Dallari (1998, p. 7), os direitos humanos significam uma forma abreviada de tratar dos direitos considerados fundamentais para todo ser humano; são fundamentais pois, sem eles, a pessoa não consegue ter uma existência digna e não é capaz de se desenvolver plenamente.

Costumou-se compreender os direitos humanos a partir de sua teoria tradicional, que os analisa através de uma perspectiva geracional ou dimensional, eurocêntrica, estritamente

jurídica e com propósito universalista, a despeito das diversas diferenças sociais, econômicas e culturais ao redor do globo.

A perspectiva geracional se relaciona com o fundamento histórico que inspirou a conquista de determinada categoria de direitos (Mazzuoli, 2018, p. 57). A primeira geração dos direitos humanos refere-se aos direitos individuais associados à liberdade e à igualdade jurídica, quais sejam, os direitos civis e políticos, titularizados pelo indivíduo. No século XVIII, diante da opressão do Antigo Regime, o terceiro estado francês, composto pela burguesia, camponeses e trabalhadores urbanos, encampou a luta por garantias mínimas, como a submissão do Estado ao princípio da legalidade e a igualdade de todos perante a lei (Borges, 2012, p. 85).

O apogeu da Revolução Francesa se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que assegurou, ao menos formalmente, a igualdade jurídica, a separação dos poderes políticos e os direitos à liberdade, à propriedade, à segurança, à liberdade de expressão e de pensamento.

No âmbito da persecução penal, prescreveu o estabelecimento de penas racionais, razoáveis e proporcionais; a irretroatividade e a anterioridade da lei penal; a liberdade individual e a presunção de inocência (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789). Foram verdadeiros avanços humanitários frente às barbáries do modelo penal absolutista, marcado pelos espetáculos dos suplícios.

A segunda geração de direitos humanos remonta ao período industrial europeu, entre o fim do século XIX e o início do século XX. Diante das más condições de trabalho nas fábricas, a classe trabalhadora passou a reivindicar direitos que garantissem condições materiais de existência no mundo, pois, sem eles, a própria fruição dos direitos individuais seria praticamente nula (Coelho, 2002, p. 135). São os direitos associados à igualdade material, divididos em sociais, econômicos e culturais, os quais foram primeiramente proclamados nas constituições marxistas e nas constituições influenciadas pela social-democracia, como a de Weimar (Bonavides, 2011, p. 564).

Ao contrário dos direitos individuais, os direitos de segunda geração caracterizam-se como direitos positivos, pois dependem de prestações estatais ativas para sua efetivação. Contra a neutralidade do Estado Liberal, passa-se a reclamar a intervenção do Estado de Bem-Estar Social para “compensar as desigualdades materiais e propiciar a inclusão social” (Borges, 2011, p. 85).

Já os direitos de terceira geração surgem após as atrocidades do nazifascismo durante a 2ª Guerra Mundial e, voltados para a coletividade, associam-se aos ideais de fraternidade e

solidariedade entre os povos. Citam-se como exemplos os direitos à paz social, à autodeterminação dos povos, à preservação do meio ambiente e ao desenvolvimento social e econômico dos países, especialmente os periféricos, os quais, juntos, se associam em um sentido de preservação da própria dignidade da vida humana (Coelho, 2022, p. 136). No contexto do pós-guerra, nasce a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, eixo central do sistema universal de proteção dos direitos humanos (Wolkmer, Lippstein, 2017, p. 287).

Além das três gerações tidas como principais, autores como Bonavides (2008, p. 83) defendem a existência da quarta e quinta gerações de direitos, associados à democracia, ao pluralismo, à informação e à paz.

A análise pela via geracional limita-se, quase exclusivamente, a uma concepção normativa-jurídica dos direitos humanos, ignorando outras perspectivas defendidas pela teoria crítica. Além disso, transmite a indevida ideia de sucessividade entre os direitos, como se a humanidade caminhasse uma estrada evolutiva na qual os direitos humanos de gerações anteriores já estivessem garantidos e não mais pudessem ser violados.

A teoria tradicional consagrou-se de forma definitiva com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, pois o documento representou um compromisso entre as nações signatárias de efetivar os direitos humanos, compreendendo um ideal comum a diversas culturas em um mundo pluralizado (Berner; Lopes, 2014, p. 129-130). Para Flávia Piovesan (2012, p. 101), a Declaração de 1948 foi o marco inicial para o desenvolvimento do sistema de proteção internacional dos direitos humanos, dotando-os das características de universalidade, indivisibilidade e interdependência:

> Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (Piovesan, 2012, p. 101).

Para a teoria tradicional, os direitos humanos extraem seu fundamento do jusnaturalismo, segundo o qual a própria natureza humana justifica a titularidade desses direitos. Seriam "direitos universalmente válidos independentemente do contexto social, político e cultural em

que operam e dos diferentes regimes de direitos humanos existentes em diferentes regiões do mundo" (Santos, 2013, p. 55).

É evidente, porém, o caráter idealista da justificativa, pois, conforme denuncia Teixeira (2018, p. 315), mesmo com tantos direitos básicos positivados em tratados internacionais, ainda subsiste uma ampla negação dos mesmos para a maioria da população do planeta. É a contradição entre o discurso da teoria tradicional e a realidade global que resultou na necessidade de se pensar os direitos humanos de maneira crítica.

1.2 A teoria crítica dos direitos humanos

O termo "teoria crítica" se origina em 1930, na Universidade de Frankfurt, quando Horkheimer passa a questionar a teoria científica tradicional, a qual separava o conhecimento teórico da realidade social, funcionando como um instrumento de conservação do poder da classe dominante (Berner; Lopes, 2014, p. 134).

A teoria crítica científica pauta-se pelas seguintes características: (a) não pretende definir uma visão concludente da realidade; (b) preocupa-se com o desenvolvimento concreto do pensamento, conectado à realidade social; (c) interpreta as ideias marxistas como indicações para investigações futuras, e não como conceitos definitivos; (d) com base em dados empíricos, busca utilizar a teoria para ajudar a esclarecer e visualizar as ações de dominação social, a fim de impedir a manutenção de mecanismos de opressão social e, com isso, transformar a sociedade (Berner; Lopes, 2014, p. 135).

De acordo com Shecaira (2021, p. 41), o pensamento crítico coloca o observador dentro da própria realidade social a ser observada e, inserido, busca ele alternativas para transcendê-la e transformá-la, compondo um conceito de práxis: "não se contenta com a existência, mas sim com a essência, pois pretende uma ampla compreensão do fenômeno estudado para servir de guia transformador da realidade posta".

A teoria crítica dos direitos humanos surge, então, a partir dos questionamentos realizados à teoria tradicional, com a finalidade de transcender e transformar a realidade social.

Joaquín Herrera Flores (2009, p. 23) dispõe que a questão dos direitos humanos é o maior desafio do século XXI, em níveis teórico e prático. Embora reconheça o esforço para a construção de uma base jurídica mínima de direitos humanos, o autor defende que os textos jurídicos estão sendo insuficientes perante o novo contexto social, econômico, político e cultural surgido após o fim da Guerra Fria. Nas últimas décadas, observou-se a substituição dos

direitos e garantias mínimos dos cidadãos pelas denominadas "liberdades" econômicas, resultando, assim, na violação de direitos trabalhistas, na deterioração do meio ambiente e no fortalecimento das empresas multinacionais, que passaram a influenciar as políticas governamentais e a realidade social (Flores, 2009, p. 24-25). No panorama apresentado, torna-se necessário pensar os direitos humanos "desde uma perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras" (Flores, 2009, p. 24).

A teoria tradicional não é mais suficiente para a compreensão da matéria, pois ela confunde os planos da realidade com as razões de existir dos direitos humanos (Flores, 2009, p. 24). Ao mesmo tempo em que coloca os direitos humanos como um ideal a ser atingido por todos os povos e nações, também estabelece, de forma contraditória, a existência de uma realidade conquistada de direitos[2].

Prevalece na teoria tradicional o discurso do "direito a ter direitos", sem a preocupação com os bens que esses direitos devem garantir; sem se preocupar com as condições materiais mínimas para que as pessoas possam pleiteá-los e com as lutas sociais que precisam ser colocadas em prática para conquistá-los (Flores, 2009, p. 26-27):

> Estamos diante de uma lógica bastante simplista que, contudo, tem consequências muito importantes, pois conduz a uma concepção "*a priori*" dos direitos humanos. Se estamos atentos, essa lógica nos faz pensar que temos os direitos mesmo antes de ter as capacidades e as condições adequadas para poder exercê-los. Desse modo, as pessoas que lutam por eles acabam desencantadas, pois, apesar de nos dizerem que *temos* direitos, a imensa maioria da população mundial não pode exercê-los por falta de condições materiais para isso (Flores, 2009, p. 27).

Os direitos humanos não se resumem à concepção jurídica e positivada. Antes da positivação, constituem processos de lutas e movimentos sociais que as pessoas em posição de subalternidade empreendem para ter acesso aos bens, materiais e imateriais, necessários para a vida (Flores, 2009, p. 28-29). Nesses movimentos, há a demanda "pelo reconhecimento da subjetividade de grupos humanos discriminados e/ou que padecem de violações que negam a sua própria condição de titular da dignidade humana" (Borges, 2011, p. 86).

A luta por direitos humanos não é apenas para acessar os bens materiais e imateriais imprescindíveis para a sobrevivência, mas para uma vida digna e com significado. É a concepção material de dignidade humana, no qual o acesso aos bens deve ser igualitário e não

---

[2] O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 enuncia que os direitos humanos são um ideal comum a se atingir por todos os povos e nações; entretanto, logo em seguida, de forma contraditória, seus dispositivos iniciais estabelecem a existência de uma realidade conquistada de direitos, vide "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos" (Organização das Nações Unidas, 1948).

hierarquizado por processos de divisão que coloquem alguns seres em posições privilegiadas e outros em situação de opressão e subordinação (Flores, 2009, p. 31).

Outro aspecto relevante é que a teoria crítica não concede especial importância aos direitos individuais. A teoria tradicional, por outro lado, trata os direitos individuais como principais e originários, colocando-os em uma posição de superioridade em relação aos direitos das gerações posteriores, como se estes fossem um mero desdobramento dos primeiros.

Sabe-se que, após a Revolução Francesa, o desenvolvimento e a consolidação da burguesia como classe dominante dependia apenas da posição absenteísta do Estado na garantia dos direitos individuais. Tal grupo social não necessitava da prestação dos direitos positivos por parte do Estado para que possuíssem acesso aos bens necessários para uma existência material e espiritual digna, o que explica o motivo de os direitos sociais, econômicos e culturais serem vistos como complementares ou acessórios.

Não à toa, a teoria tradicional trata as demais gerações de direitos humanos "como se fossem promessas ou programas a serem implantados, quando possível a despeito do seu reconhecimento e institucionalização, interna e internacionalmente" (Borges, 2011, p. 85). Daí que os grupos humanos tidos como vulneráveis, os quais dependem da efetivação dos direitos positivos para garantia de uma vida digna, ficam à mercê da boa vontade do Estado.

A teoria crítica também denuncia a perspectiva eurocêntrica presente na teoria tradicional, a qual apresenta os direitos humanos como imutáveis e possuidores de um conteúdo único para todas as pessoas do planeta. As gerações de direitos humanos são fundamentadas em "um discurso em que a visão ocidental é predominante e, como tal, os vincula aos movimentos políticos e filosóficos produzidos no contexto europeu moderno" (Bragato, 2014, p. 206).

Nesse sentido, Riccardo Orestano (1997, pp. 417-418 e 428-429 apud Rubio, 2015, p. 107) denuncia que a teoria tradicional, em uma espécie de prejuízo ontológico, elabora os conceitos de direitos humanos "des-historizándolos y creyendo que tienen vida própria, convertiéndose en entes superiores e hispotasiados, estáticos e inamovibles no afectados por el paso del tempo ni por la contingencia humana".

Os direitos humanos, em sua concepção jurídica, construídos em território europeu a partir de processos sócio-históricos, empreendidos por dados grupos sociais que enfrentavam discriminações sistemáticas por parte do ordenamento jurídico vigente, são aplicáveis e/ou suficientes para, tão somente, aqueles grupos específicos dentro de um contexto temporal próprio. O processo de luta por acesso a bens materiais e imateriais básicos para uma vida com

dignidade não é o mesmo empreendido por europeus e latino-americanos, por isso questiona-se:

> [...] não é irrealista se propor uma Declaração Universal num mundo pluricultural? Não há violações aos direitos dos povos quando se generaliza, tentando conciliar as inconciliáveis divergências entre pessoas de distintos países que se encontram em diferentes percursos cultural, social e economicamente? (Berner; Lopes, 2014, p. 135)

Nessa visão eurocêntrica, imutável e universal dos direitos humanos, construída a partir de valores burgueses, os habitantes dos países subdesenvolvidos e periféricos são forçados a se encaixar em valores que lhe são estranhos, em prejuízo de suas próprias particularidades (Berner; Lopes, 2014, p. 136). A consequência é que a teoria tradicional "ignora a realidade multicultural e a necessidade de um referencial crítico dos Direitos Humanos em sua dimensão de resistência, de liberação e de interculturalidade" (Leal; Carlos, 2020, p. 29).

1.3 Os direitos humanos para além da compreensão jurídica e para a superação da bipolaridade normalizada da sociedade brasileira

De acordo com Rubio (2015, p. 105), os direitos humanos são compostos por cinco elementos: (a) a luta social; (b) a reflexão filosófica, teórica e doutrinária; (c) o reconhecimento jurídico-positivo e institucional; (d) a eficácia e a efetividade jurídica que guardam relação com o sistema de garantias; e (e) a sensibilização sociocultural e popular.

A visão tradicional privilegia os elementos de reflexão teórica, o reconhecimento jurídico-positivo e a eficácia jurídica, compondo uma cultura generalizada, passiva, conformista e inativa (Rubio, 2015, p. 105), afastando os direitos humanos de sua dimensão constituinte e popular.

Para Sánchez Rubio (2015, p. 110), a supervalorização desses elementos acarreta na lógica de que a materialidade real dos direitos humanos só é obtida a partir das possibilidades do ordenamento jurídico. Nesta perspectiva, os direitos humanos reduzem-se a uma dinâmica judicial, pós-violatória, na qual os atores jurídicos, como juízes e promotores, são os protagonistas e decidirão sobre a efetivação dos direitos.

As dimensões teórica, jurídica e institucional dos direitos humanos são de suma importância para a sua efetivação, mas devem ser visualizados de forma complementar aos processos sociais e históricos de lutas dos grupos subalternos. Defende-se uma cultura instituinte, multigarantista, interescalar e pré-violatória de direitos humanos. Mas o que isso

representa? É a necessidade de dotar os indivíduos como sujeitos sociais autônomos, capazes de ressignificar as suas próprias produções em ambientes que não controlam completamente, vinculando-os com a disposição de denunciar e lutar contra qualquer situação que impossibilite a luta pelos direitos humanos (Rubio, 2015, p. 114).

A desvinculação da perspectiva pós-violatória, efetivando-se previamente os direitos humanos, deve ocorrer com a sensibilização sócio-cultural "junto à população, aos profissionais da área judicial (juízes, promotores de justiça, advogados, delegados de polícia, investigadores, psicólogos, assistentes sociais etc.), escolas e universidades" (Borges, 2011, p. 47).

A sensibilização sócio-cultural constitui uma das formas de superar a bipolaridade normalizada, a qual Rubio (2015, p. 100-101) descreve como um fenômeno social no qual os cidadãos reconhecem a importância dos direitos, mesmo que em seus íntimos visualizem a dificuldade prática de efetivá-los para todos os grupos sociais.

A bipolaridade manifesta-se quando a sociedade reconhece os direitos humanos para alguns grupos, mas, ao mesmo tempo, cria justificativas para o descumprimento ou não efetivação dos mesmos para grupos minoritários específicos (Rubio, 2015, p. 101), como as mulheres vítimas de violência doméstica, imigrantes, membros da comunidade LGBTQIA+, idosos e pessoas negras. Dessa forma, as estruturas sociais desiguais permanecem intactas.

É necessária a construção diária dos direitos humanos, de forma individual e coletiva, perante os diversos espaços sociais, combatendo-se a visão passiva dos direitos humanos. Não se pode olvidar a campanha de grupos hegemônicos em verem criminalizados os movimentos sociais, uma vez que as demandas pleiteadas se contrapõem aos interesses da classe privilegiada (Borges, 2012, p. 86).

O direito penal, movido para tal finalidade, afasta-se de seu objetivo maior de proteção dos bens jurídicos imprescindíveis para uma vida digna ao cidadão[3]. O aparelho punitivo adquire efeito expropriatório e de sequestro da capacidade da luta constituinte popular, pois busca a criminalização das atuações individuais e coletivas que buscam o cumprimento dos direitos normatizados, como o direito à terra, à moradia, à função social da propriedade, ao trabalho, dentre outros (Rubio, 2015, p. 112).

Nesta perspectiva da bipolaridade normalizada, a sociedade tende a tolerar, ou até mesmo incentivar, o desrespeito a direitos fundamentais básicos da pessoa que ocupa o polo passivo da persecução criminal. Movidas pela constante e tão propagada insegurança urbana,

[3] De acordo com Roxin (2018, p. 16-17), a função social do direito penal consiste "em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor a liberdade dos cidadãos".

manifestações pelo recrudescimento penal ganham força, ocasionando a criação de novos crimes, aumentos de pena, redução dos direitos da execução penal, dentre outros.

O recrudescimento penal é fenômeno que afeta majoritariamente a clientela preferida do sistema penal: jovens negros ou pardos, de baixa renda e escolaridade, em condição de hipossuficiência social. O Estado brasileiro, que deveria investir em políticas públicas voltadas para o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária, utiliza o direito penal como panaceia de todos males sociais. O rigor punitivo é incentivado pela mídia e por parcela significativa da população brasileira, tendo como consequência direta o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais penais e processuais penais. Essa violação é tolerada, configurando a bipolaridade normalizada, porque esses integrantes, acusados e/ou investigados, não seriam merecedores da proteção dos direitos humanos.

Em relação a um delito específico, a mitigação de direitos verifica-se mais nitidamente: no crime de tráfico de drogas. O acusado de tal crime é automaticamente taxado de traficante, alcunha que dificilmente se desvinculará posteriormente. Com o etiquetamento, passa também a ser visto como inimigo da sociedade, motivo pelo qual, contra ele, serão aplicadas táticas de guerra e todas as medidas gravosas disponíveis pelo ordenamento jurídico, em detrimento de seus direitos humanos. Para que se possa compreender o porquê disso, é necessário discorrer sobre o desenvolvimento histórico da política internacional de proibição das drogas e seus reflexos no Brasil.

1.4 A política internacional de proibição às drogas

O consumo de substâncias entorpecentes, capazes de modificar o estado de consciência e a psique humana, sempre foi um hábito no decorrer da história da humanidade. Na Antiguidade, os habitantes do Egito e da Mesopotâmia utilizavam plantas como o cânhamo e a papoula para fins medicinais, profanos e como fonte de prazer; na Índia, o fumo da maconha e da datura era presente durante as meditações budistas; as civilizações amazônicas consumiam plantas alucinógenas, como a ayahuasca, em suas celebrações religiosas (Araújo; Moreira, 2006, p. 10-11).

Na Europa do século XIX, substâncias como o álcool, o ópio e a maconha eram consumidos com propósitos recreativos e científicos (Araújo; Moreira, 2006, p. 10-11). Com os eventuais danos físicos, psicológicos e sociais aos usuários dessas substâncias, começaram os primeiros debates para a criação de mecanismos de controle (Araújo; Moreira, 2006, p. 12).

1.4.1 As Guerras do Ópio

Entre os anos de 1839 e 1842 e entre 1856 e 1860, a China e a Inglaterra travaram as denominadas Guerras do Ópio. Esses conflitos militares constituem os primeiros antecedentes históricos sobre a discussão de controle de drogas e servem como exemplos de como questões políticas e econômicas se entrelaçam com o assunto (Rodrigues, 2006, p. 32).

No final do século XVII, o chá, produto de origem asiática, era bastante consumido por todos os segmentos sociais da Inglaterra. O consumo da bebida representava uma faca de dois gumes para os ingleses: por um lado, constituía uma importante fonte de renda, em razão do pagamento de impostos de importação à Coroa britânica; por outro, a compra do produto desconfigurava a balança comercial do país, pois, embora os ingleses comprassem diversas especiarias da China, o contrário não ocorria (Araújo, 2012, p. 50).

O ópio, então, foi a solução para o problema comercial inglês. A substância era consumida na China com finalidades medicinais e recreativas. No século XVIII, calcula-se que já havia um milhão de chineses, de todas as camadas sociais, viciados na substância, o que significava um amplo espaço comercial para os traficantes ingleses explorarem (Spence, 1991, p. 87 apud Rodrigues, 2006, p. 33 e 129).

Araújo (2012, p. 50) leciona que, embora os povos orientais possuíssem grande apreço pelo ópio, eles não tinham o hábito de fumá-lo, mas sim de comê-lo ou bebê-lo, formas menos prejudiciais à saúde. O hábito de fumar fora introduzido pelos portugueses em relação ao tabaco. No século XVII, o imperador chinês, preocupado com a desconfiguração da balança comercial do país, proibiu o consumo de tabaco (Araújo, 2012, p. 51). A proibição fez com que os chineses substituíssem o fumo de tabaco pelo fumo de ópio.

Valois (2021, p. 40) denuncia a primeira lição do proibicionismo, qual seja, o efeito circular e agravador do problema das drogas: “as proibições não resolvem nenhum problema, mas transferem os prejuízos da questão das drogas para outros locais, outras pessoas, com outras circunstâncias, adiando ou não um agravamento certo”. Alessandro Baratta (2006, p. 112) enuncia que “a política de criminalização de certas drogas, constitui um ‘sistema autorreferencial’, um sistema que se autorreproduz ideológica e materialmente”. O modelo de proibição passa a existir sem contestação, autolegitimando-se de forma automática (Valois, 2021, p. 40).

Em 1729, alarmado com o alto consumo da droga pela população chinesa, o imperador proibiu o comércio e o consumo do ópio para fins recreativos. A preocupação do governante não era necessariamente com a saúde de seus súditos, mas com o desequilíbrio da balança comercial chinesa, pois o país estava importando grandes quantidades de ópio da Inglaterra (Araújo, 2012, p. 52-53).

O produto tornou-se escasso no mercado, mas a demanda continuou em alta, fazendo com que o preço do ópio subisse. Eis a segunda lição do proibicionismo: o ópio "continuou sendo importado, a despeito da legislação proibitiva, fazendo dos comerciantes de ópio, entre eles a Inglaterra, os maiores beneficiados da proibição" (Valois, 2021, p. 41).

Em 1838, percebendo que a proibição não estava reduzindo o tráfico do produto, o governo chinês tornou mais rigorosas as medidas de fiscalização e apreensão do ópio, determinando o fechamento de portos e de fábricas estrangeiras, o que prejudicou os interesses ingleses (Valois, 2021, p. 42). Também obrigou que os traficantes ingleses entregassem seus estoques de ópio.

As medidas prejudicaram os rendimentos da Inglaterra, que reagiu mediante o uso da força, desencadeando a 1ª Guerra do Ópio. Mais poderosos militarmente, os ingleses venceram a guerra e "foram restabelecidas as rotas de comércio ilegal de ópio, sem se conseguir interromper seu fluxo ou reduzir os lucros, que aumentavam cada vez mais" (Rodrigues, 2006, p. 37). A China, por sua vez, humilhada e subjugada, precisou abrir o seu comércio para o mundo, tendo a Inglaterra como a sua principal parceira comercial e detendo diversos privilégios econômicos (Rodrigues, 2006, p. 37).

Valois (2001, p. 47) aponta que a guerra foi deflagrada para que a Inglaterra pudesse continuar vendendo a droga em solo chinês, mas, ao mesmo tempo, os ingleses não queriam que a China derrubasse a proibição do ópio, pois o produto "tinha que ser proibido para ser mais lucrativo para os ingleses, que não corriam o risco de perder o comércio para os prováveis comerciantes locais".

A 2ª Guerra do Ópio, denominada Guerra do Arrow, ocorreu de 1856 a 1860, também foi um conflito entre a China e a Inglaterra, aliada agora à França, tendo como causa a resistência dos chineses à crescente exploração econômica dos países europeus em seu território, proporcionada pelo Tratado de Nanquim.

Em 1856, os chineses inspecionaram o navio britânico "Arrow" e esse ato foi interpretado como uma violação ao Tratado de Nanquim, desencadeando a nova guerra. As potências europeias mais uma vez venceram o confronto e impuseram à China a assinatura do

Tratado de Tianjin, que “ampliou as concessões aos ocidentais, tornando a China uma área de exploração semicolonial para compra do chá e para a venda das mercadorias europeias, não só o ópio, mas, principalmente, os manufaturados têxteis” (Carneiro, 2018, p. 53-54).

A imposição do comércio do ópio resultou no aumento do consumo, pois a produção aumentou e os preços diminuíram. A população chinesa humilhada, empobrecida e faminta após a guerra, recorria ao uso da substância, impulsionando o comércio (Valois, 2021, p. 47).

Com a legalização da importação do ópio após a 2ª Guerra, o hábito de fumar a substância diminuiu na China, porque as novas gerações passaram a associar o costume com a exploração colonial europeia (Escohotado, 2007, p. 533). Em 1880, o imperador chinês alterou a política estatal e estabeleceu programas de informações públicas e instalações hospitalares para atender os casos agudos relacionados ao consumo do ópio (Escohotado, 2007, p. 533-534). A diminuição do consumo não foi consequência da repressão, mas sim de medidas de conscientização e de informação.

Neste período, a Inglaterra passou a discutir se o ópio era o causador das mazelas enfrentadas pela sociedade chinesa, ignorando a possibilidade, até óbvia, de que elas pudessem ser consequência dos dois conflitos militares.

A percepção europeia ignorava a existência de usuários de ópio ocasionais, que não necessariamente eram viciados na substância e, por isso, não enfrentavam os problemas do vício. A análise do consumo e dos efeitos do ópio na China naquele momento foi o propulsor para o início dos debates internacionais sobre o controle de substâncias entorpecentes.

1.4.2 A Conferência de Xangai de 1909 e a 1ª Convenção Internacional do Ópio de 1912

Valois (2021) afirma que a atual política internacional antidrogas possui origem no início do século XX, com a elaboração de diversos tratados internacionais que derivaram da conjunção de interesses econômicos, políticos e até mesmos pessoais dos atores envolvidos, bem como de visões preconceituosas, morais e religiosas daquela época.

Os Estados Unidos da América sempre foram o protagonista da elaboração dos tratados, assumindo a liderança da criação e da manutenção da política proibicionista, cujo principal instrumento é a utilização do direito penal para reprimir a produção e o comércio de drogas.

Os tratados internacionais não são criados por uma máquina burocrática neutra, imparcial e democrática, mas por vários corpos diplomáticos movidos a desejos e paixões, das quais a subjetividade de cada membro exerce forte influência (Valois, 2021, p. 38). Depois de

formalizados, esses tratados ostentam, na aparência, carga democrática e científica, quando, em muitas vezes, são frutos de interesses pessoais e estão repletos de elementos morais e preconceitos, que mais tarde serão implementados por países do globo que não tiveram participação na elaboração dessas regras (Valois, 2021, p. 39).

É evidente que os países que pouco participaram da elaboração desses tratados internacionais, e que foram praticamente obrigados a efetivá-los em seus territórios, a despeito de suas realidades locais e culturais, foram os países periféricos e subdesenvolvidos.

Pois bem. No final do século XIX, grupos evangélicos norte-americanos com influência internacional pregavam contra a consumação do ópio, buscando impor à sociedade um padrão moral de sobriedade e de abstinência (Valois, 2021, p. 53). Os evangélicos buscavam a transformação da sociedade com fundamento em seus próprios conceitos morais, equiparando-os aos valores democráticos (Valois, 2021, p. 53). Argumentavam que o desenvolvimento da democracia e da nação dependia de cidadãos devotados e limpos de defeitos morais, como a dependência química.

Os movimentos religiosos foram os responsáveis por promover as primeiras "legislações estaduais e federais de proibição das drogas nos Estados Unidos, como também a criação de um regime global de proibição nas convenções internacionais e de agências para controle de drogas das organizações internacionais" (Andreas; Nadelmann, 2006, p. 39 apud Valois, 2021, p. 56).

Na Inglaterra, o movimento religioso contra o ópio ascendeu durante as guerras, sendo liderado pela *Anglo-Oriental Society for the Supression of the Opium Trade*, que desempenhou um papel importante nas décadas seguintes promovendo a campanha contra o ópio perante a opinião pública e por meio de *lobby* junto ao governo (Andreas; Nadelmann, 2006, p. 38, tradução nossa).

Em ambos os países, a campanha moral ganhou força com a redução dos valores auferidos pelo comércio da substância, uma vez que cada vez menos chineses consumiam ópio, símbolo da dominação europeia. Nesse contexto, britânicos e norte-americanos, que tanto se beneficiaram do comércio do ópio, passam a defender no século XX mecanismos internacionais de controle e de restrições ao comércio da substância (Carneiro, 2019, p. 65).

A Conferência de Xangai de 1909 constituiu o primeiro encontro internacional entre países para a discussão da comercialização do ópio e derivados. Representantes de treze países

participaram da conferência[4]. Enquanto os Estados Unidos pregavam a proibição do comércio de opiáceos, os países europeus, influenciados pelo *lobby* das indústrias farmacêuticas, não desejavam a proibição para qualquer tipo de finalidade, uma vez que isso representaria a queda de seus lucros e também porque detinham o monopólio sobre a extração da matéria prima necessária para a produção das drogas em suas colônias (Lippi, 2013, p. 55).

A delegação norte-americana foi chefiada por Charles Henry Brent, um ministro anglicano proibicionista que, aliás, foi um dos idealizadores do evento. Ele enxergava que o uso do ópio para qualquer fim, com exceção da finalidade medicinal, era imoral. Além disso, opunha-se ao monopólio estatal de distribuição da droga, porque acreditava que isso corrompia o governo e a população (McAllister, 2002, p. 28). Defendia também um argumento bem comum dos dias atuais, qual seja, de que o uso de ópio constituía causa para a prática de outros crimes.

De acordo com Lippi (2013, p. 55-56), a Conferência de Xangai foi responsável por criar o primeiro documento relativo ao controle das drogas, "que não era exatamente um tratado e, portanto, era desprovido de caráter vinculante", o qual realizava recomendações genéricas relacionadas à necessidade de se reduzir o mercado do ópio e de seus derivados. Rodrigues (2005, p. 93) aponta duas características centrais do documento que marcariam todo o desenvolvimento do proibicionismo: "a defesa do uso legal sob estrito controle para uso médico, e a ilegalidade para qualquer outra forma de uso (recreativos, hedonistas, etc.)".

Um dos méritos dos EUA na Convenção de Xangai foi "nascer a ideia de que era necessário que os países se reunissem em outras oportunidades para discutir e avançar no debate do que passava a se impor como problema internacional" (Valois, 2021, p. 71).

Esse objetivo foi alcançado. Em 1912, foi realizada a Primeira Convenção Internacional do Ópio em Haia, na Holanda, evento mais uma vez instigado pelos norte-americanos, com a finalidade de estabelecer o primeiro tratado internacional sobre o comércio de drogas.

O tratado firmado nesta conferência representou a consolidação da postura proibicionista dos EUA a nível internacional e estabeleceu, em síntese, (a) a limitação da produção e da venda de ópio e opiáceos, incluindo, portanto, a morfina e a cocaína, substâncias bastante populares da época; (b) e a cooperação internacional entre os países para o controle dessas substâncias, a exceção de sua utilização para fins medicinais (Rodrigues, 2006, p. 38).

[4] Os países participantes foram os Estados Unidos, Áustria-Hungria, China, França, Alemanha, Reino Unido, Itália, Japão, Holanda, Pérsia, Portugal, Rússia e Sião.

Embora constituísse um avanço na política proibicionista, nota-se que o comércio de entorpecentes ainda não fora proibido, apenas limitado, atendendo aos interesses comerciais dos países europeus que ainda lucravam com o produto.

A assinatura do tratado internacional também serviu para influenciar os países participantes a modificarem as suas legislações internas, a fim de adequá-las ao documento. Valois (2021, p. 75) afirma que as discussões sobre as drogas naquele momento pouco se relacionavam com objetivos humanitários, uma vez que os países não detinham conhecimentos científicos e médicos necessários para a elaboração de uma legislação racional. Em vez disso, os países participantes eram influenciados pelos ataques morais dos EUA, enquanto buscavam defender os seus interesses comerciais.

1.4.3 A criação da estrutura repressiva nos Estados Unidos: Harrison Act de 1914 e Volstead Act de 1920

Era apenas uma questão de tempo para que a primeira lei interna sobre drogas fosse criada nos Estados Unidos. O clima antidrogas, associado com a forte influência moral e religiosa, crescia de forma implacável no país. Já se ansiava pela proibição do álcool; o fumo de tabaco em público era ilegal em doze estados e os fabricantes de substâncias entorpecentes consideravam inevitável aceitar uma legislação fiscalizadora (Escohotado, 1998, p. 668).

Após as conferências internacionais, um médico chamado Hamilton Wright, que acompanhara a delegação norte-americana, retornou ao Estados Unidos com o objetivo de aprovar a legislação doméstica proibicionista (Musto, 2002, p. 54). Naquela época, os estados do sul ofereciam muita resistência em relação a qualquer modificação em matéria de direitos fundamentais elencados na Constituição americana. O deputado democrata Francis Burton Harrison foi, então, designado com a tarefa de convencer os seus colegas da necessidade de aprovação do projeto legislativo.

As indústrias farmacêuticas norte-americanas consideravam a lei complexa e inconsistente e conseguiram fazer com que o procedimento legislativo fosse retardado; além disso, a Associação Médica Americana também era contrária à lei, pois entendia que os Poderes Executivo e Legislativo estavam interferindo em assuntos médicos que deveriam ser regulamentados pela própria classe médica (Musto, 2002, p. 56-58).

Após muitas alterações para agradar ou diminuir a insatisfação desses grupos, o *Harrison Act* foi aprovado em 1914. Em síntese, a primeira legislação interna dos EUA limitava

o tráfico de ópio e opiáceos, adequando-se aos compromissos internacionais. Rodrigues (2002, p. 109) explica que a lei tornou alguns órgãos especiais do Estado competentes para avaliar o potencial medicinal de cada substância, "ato que levaria ao seu consumo controlado (por meio de receitas médicas obrigatórias) ou proibição expressa". A lei "regulamentava o registro e a distribuição de substâncias que continuariam sendo fabricadas e utilizadas, desde que de acordo com prescrições médicas" (Escohotado, 1998, p. 635-636 apud Valois, 2021, p. 88).

Além da justificativa religiosa e moral, a criação da lei também deriva de uma visão discriminatória dos norte-americanos. Os políticos, médicos, farmacêuticos e a imprensa em geral acreditavam que o consumo de opiáceos e de cocaína predispunha os usuários à pratica de crimes e à insanidade (Musto, 2002, p. 65). Essas substâncias eram associadas a grupos estrangeiros e minorias: "a cocaína evocava o espectro do negro selvagem, o ópio os chineses astutos, a morfina os mendigos nos cortiços; temia-se que o uso de todas essas drogas se espalhasse para as "classes mais altas"" (Musto, 2002, p. 65).

A visão preconceituosa realmente constituiu uma das justificativas para aprovação da lei. Durante a tramitação do *Harrison Act*, Wright declarou ao Congresso que os negros usavam cocaína e que a droga era um incentivo direto para o crime de estupro que, na visão do médico, era geralmente praticado por eles (Gray, 1998, p. 46). A utilização da retórica discriminatória visava convencer os representantes dos estados sulistas de que a lei era necessária, uma vez que sabidamente esses estados eram mais preconceituosos.

É importante atentar-se para essa visão de pouco mais de um século atrás para entender o porquê, atualmente, algumas substâncias entorpecentes são proibidas e outras não. Os preconceitos raciais, étnicos e classistas, aliados ao argumento moral, foram determinantes para o início do proibicionismo interno.

O Departamento do Tesouro, órgão administrativo e fiscal, foi o responsável pela fiscalização do cumprimento do *Harrison Act*. Entretanto, com a ascensão da política antidrogas, cada vez mais poderes foram concedidos aos fiscais e os trâmites de fiscalização foram os primeiros passos rumo ao tratamento penal sobre as drogas. Em 1920, foi criada a Divisão de Narcóticos, órgão inserido no Departamento do Tesouro, com a função de fiscalizar o cumprimento da lei.

A aprovação legislativa foi responsável por gerar a criação de um mercado clandestino de drogas para que as pessoas pudessem adquirir essas substâncias sem a fiscalização estatal.

O segundo efeito foi o início da perseguição contra a classe médica, que até então acreditava que seria a detentora dos rumos da política de drogas. A norma previa pena de até 5

anos de prisão para os médicos ou farmacêuticos que descumprissem as regras de registro das substâncias (Valois, 2021, p. 88-89), além do fechamento de suas clínicas.

Temerosos com as possíveis punições, os médicos deixaram de prescrever medicamentos que continham essas substâncias. Com isso, os usuários recorreram ao mercado clandestino, no qual as drogas não possuíam controle de qualidade. A perseguição à atividade médica constituiu mais um incentivo ao tráfico ilegal, pois, com as substâncias mais caras, favorecia-se a traficância (Valois, 2021, p. 90).

A terceira consequência foi o aumento do encarceramento nos EUA, uma espécie de prelúdio de um dos principais efeitos da guerra às drogas, declarada décadas depois. Doze anos após a entrada em vigor do *Harrison Act*, contabilizava-se que ao menos 25 mil médicos foram presos e acusados de venda ilegal de tráfico e 3 mil foram condenados (Hans, 2003, p. 188 apud Valois, 2021, p. 91).

Outro marco importante foi a entrada em vigor do *Volstead Act* ou Lei Seca, de 1920, que proibiu a produção, a distribuição, e o comércio do álcool. A proibição também derivou do movimento religioso pela temperança, que havia atingido o ápice do radicalismo ao defender uma abstinência completa em relação ao álcool[5].

Tarso Araújo (2012, p. 61-62) explica que a Lei Seca tinha como finalidade a repressão do tráfico de álcool que, não de forma surpreendente, cresceu com a proibição do comércio. A demanda pelo álcool, a repressão e a corrupção estatal aumentaram[6] com o passar dos anos em vigor da Lei Seca.

Durante os 13 anos em que permaneceu em vigor, a proibição do álcool foi responsável por aumentar a criminalidade, pois gângsteres norte-americanos, como Al Capone, exploraram o novo mercado ilícito, porém lucrativo, através da produção e da venda do álcool, construindo assim suas fortunas (Araújo, 2012, p. 63). Com o aumento da criminalidade, o aparelho punitivo estatal também se expandiu e, como de costume, alcançou os grupos minoritários da sociedade como negros, chineses, mexicanos e italianos (Rodrigues, 2002, p. 103).

Outra consequência foi o aumento do imposto de renda pelo governo, a fim de compensar a perda fiscal que tivera com a proibição do comércio do álcool (Araújo, 2012, p.

[5] A Liga Anti-Saloon, grupo fundado em 1893, defendia o fechamento dos saloons, que representavam, para eles, espaços concentradores de todas as mazelas sociais: a ingestão de álcool, a prostituição e o vício em jogos (Rodrigues, 2008, p. 93).

[6] Tarso Araújo (2012, p. 62) aponta que, enquanto esteve em vigor, a Lei Seca foi responsável pelo processamento de, no mínimo, 42 mil pessoas por ano, com taxa de condenação de 80% a penas de prisão e multas. Afirma também, em relação à corrupção, que "entre os quase 18 mil responsáveis por reprimir o comércio de álcool, 34% apresentaram algum desvio de conduta e quase 10% foram expulsos e processados por crimes como extorsão, roubo e tráfico de bebidas apreendidas".

63). O aumento nos impostos causou irritação aos empresários e industriais norte-americanos, que passaram a pressionar a classe política e financiar campanhas para que a lei fosse revogada.

A Lei Seca, considerada o paradigma do proibicionismo, buscou a irreal "meta de extinguir completamente das práticas sociais uma substância psicoativa e os hábitos relacionados a ela" (Rodrigues, 2009, p. 6) e, por isso, foi um fracasso. Definir uma conduta como criminosa não é suficiente para erradicar hábitos e costumes construídos ao longo de séculos da humanidade.

Embora revogado, o *Volstead Act* deixou uma herança para o desenvolvimento da política proibicionista. Toda a estrutura de combate ao álcool permaneceu e, depois da revogação, o tempo e os esforços foram voltados para a repressão de outras drogas mantidas ilícitas (Rodrigues, 2008, p. 94).

O proibicionismo, ao invés de eliminar ou reduzir o consumo dessas substâncias, foi responsável por aumentar o uso, criar o comércio ilícito e, por consequência, favorecer a atividade econômica do traficante:

> A meta explícita do proibicionismo, entretanto, parecia estar cada vez mais distante: as leis prescreviam o fim de drogas e seus mercados, mas acabavam por potencializá-los. Drogas antes consumidas com certa liberdade ou restrições frouxas passaram a ser de uso restrito ou totalmente vedado; a consequência direta não foi a redução ou eliminação dos mercados, mas seu incremento. O proibicionismo estabelece um novo crime e um novo mercado; as normas proibicionistas, antes de banir as drogas visadas, acabam por inventar o narcotráfico (Rodrigues, 2008, p. 94).

1.4.4 A 2ª Convenção Internacional do Ópio de 1925 e o Marihuana Tax Act

Retornando à política internacional, em 1925 foi realizada a 2ª Convenção Internacional do Ópio, já no âmbito da Liga das Nações. A principal novidade foi a criação do *Permanent Central Opium Board*, o primeiro órgão consultivo internacional que tinha como função vigiar o comércio e a produção de drogas no mundo (Escohotado, 2008, p. 700). Os países signatários contraíram a obrigação de enviar estatísticas anuais sobre a produção, o consumo e a fabricação de substâncias entorpecentes (Rodrigues, 2006, p. 39).

A segunda novidade foi a incorporação da heroína e do cânhamo, planta do gênero *cannabis*, no rol de substâncias proibidas (Escohotado, 2008, p. 700). Foi o primeiro passo para a proibição do comércio da maconha, que até então era liberado, inclusive nos Estados Unidos.

A proibição do cânhamo não se relacionou com uma suposta preocupação com a saúde dos usuários, pois os médicos e farmacêuticos dispunham que a droga não apresentava

toxicidade e era possível utilizá-la para diversas finalidades, como a medicinal (Escohotado, 2008, p. 701). A delegação inglesa sugeriu a inserção do cânhamo, porque o haxixe havia se convertido em símbolo de atitudes subversivas no Egito, contrárias aos interesses coloniais[7].

O cânhamo, utilizado por países asiáticos e africanos para fins religiosos e recreativos, foi inserido na mesma lista dos opiáceos e da cocaína pelos europeus, que pouco conheciam da substância (Escohotado, 2008, p. 702). Destaca-se o caráter exclusivo, antidemocrático e colonial da convenção, porque os países que possuíam a tradição de usar a substância não estavam presentes no evento, não podendo, portanto, votar sobre as restrições.

Nos EUA, após a revogação do *Volstead Act*, outras substâncias tornaram-se alvo da política de proibição. Com a Grande Depressão de 1929, as mazelas da recessão econômica fizeram crescer o sentimento de hostilidade contra os mexicanos, que, durante aquela década, haviam emigrado para os EUA em busca de melhores condições de vida. O Departamento de Narcóticos identificou que a *marijuana* era fumada pelos mexicanos e que ela detinha capacidade viciante, chamando-a de a "nova praga" (Jay, 2011, p. 205-206). Iniciou-se a campanha pela proibição da maconha, com apoio da imprensa, que passou a vincular o uso da droga a casos de vícios, insanidade e assassinatos.

Ao contrário do álcool, consumido pela elite local, a maconha era uma substância desconhecida pelos norte-americanos, utilizada majoritariamente por grupos minoritários que não detinham qualquer poder de articulação política para se opor à campanha proibicionista. Harry Jacob Anslinger, funcionário do alto escalão do Departamento de Narcóticos, se aproveitou disso e trouxe a "maconha para o campo da proibição, aumentando o medo propício ao fim do debate" (Valois, 2021, p. 115). Ele declarou no Congresso que a droga era "um flagelo que debilita suas vítimas e as degrada mentalmente, moralmente e fisicamente" (Abadinsky, 2011, p. 221 apud Valois, 2021, p. 118).

Assim, em 1937 entrou em vigor a *Marihuana Tax Act*, "que estabeleceu o controle sobre a transferência e a venda da planta, cuja posse ilícita passou a ser crime federal", com pena de prisão (Rodrigues, 2006, p. 52).

Jay (2011, p. 206) aponta que a grande mazela da proibição da maconha foi a criação de fissuras raciais na sociedade norte-americana, pois os alvos da proibição eram sempre grupos minoritários como chineses, negros e mexicanos, considerados menos americanos que a maioria cristã.

---

[7] De acordo com Escohotado (2008, p. 701), "los egípcios enarbolaban su droga contra el whisky y la ginebra, contra el tabaco en cigarrillos, contra la heroína con la que pagaban los contratistas de obras a los peones y, en general, contra todo lo que representara a la potencia colonial".

Como resultado de curto prazo da lei da maconha, estima-se que, em 1937, havia 5.000 usuários da substância nos EUA, número que foi dobrado uma década depois (Lee, 2012, p. 55 apud Valois, 2021, p. 125).

1.4.5 As Convenções de Genebra de 1931 e 1936: a criminalização do tráfico de drogas

Em 1931, foi realizada a 1ª Convenção de Genebra, também no âmbito da Liga das Nações. O tratado assinado serviu para (1) limitar a fabricação mundial de drogas para finalidades médicas e científicas, tão somente e (2) restringir a quantidade de drogas disponíveis em cada estado e território, proibindo-se os países signatários de excederem a fabricação ou importação das substâncias além do previsto (Rodrigues, 2006, p. 39).

A segunda finalidade estava relacionada ao controle do comércio ilícito, pois acreditava-se "que se o tráfico ilícito se nutria do excesso na produção, limitando-se esta aos fins científicos e médicos, o tráfico ilegal se veria sem sua fonte" (Valois, 2021, p. 163). O comércio de drogas só havia aumentado desde as primeiras medidas repressivas. E as empresas farmacêuticas norte-americanas estavam insatisfeitas, porque não eram elas as que lucravam com o excesso de produção escoado para o mercado ilícito, tendo em vista que conviviam com o rigor punitivo interno (Valois, 2021, p. 163).

Assim, essas empresas pressionavam para que a repressão também atingisse as concorrentes estrangeiras, "contudo, a repressão e o afastamento das empresas oficiais do ganho com o tráfico ilícito só proporcionaram o nascimento de outras grandes organizações, desta feita, criminosas" (Valois, 2021, p. 163-164).

A 1ª Convenção de Genebra de 1931 estabeleceu aos países signatários: (1) a obrigação de registrar os nomes e endereços das pessoas envolvidas com o comércio, a fim de facilitar o trabalho policial; (2) a obrigação de criar um órgão interno para controlar e supervisionar o comércio de drogas; (3) organizar campanhas contra o vício e para alertar sobre os malefícios das drogas; e (4) a obrigação de prestarem informações mútuas sobre medidas de coibição ao tráfico (Valois, 2021, p. 164).

Em 1936, foi realizada a 2ª Convenção de Genebra ou Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas, também no âmbito da Liga das Nações. A convenção representa um marco para a política internacional antidrogas, uma vez que, pela primeira vez, teve como objeto a construção de um tipo penal para a conduta de comercializar as substâncias proibidas.

É neste momento que se inicia o processo de demonização da figura do traficante. As preocupações humanitárias eram colocadas como as principais finalidades dos tratados internacionais. Se as medidas repressivas possuíam tais fins, as pessoas que as descumprissem passariam a ser vistas como párias, seres que não se preocupavam com o próximo, já que ignoravam tais propósitos:

> Assim todo o mal das drogas, o *evil* na letra dos tratados e convenções começa a ser ligado àquele que se dedica à atividade de suprir a demanda de drogas não reconhecida como necessária por quem administra o mundo ou qualquer país. Com o reconhecimento internacional do tráfico de drogas como crime nasce igualmente o traficante e toda a carga de demonização que o conceito carrega hoje em dia (Valois, 2021, p. 177).

A iniciativa da 2ª Convenção de Genebra de 1936 partiu da Comissão Internacional de Polícia, comissão inserida dentro da estrutura da Liga das Nações, que no futuro se converteria na Interpol (Valois, 2021, p. 178), representando como o debate sobre drogas já estava profundamente relacionado ao direito penal.

Além disso, a especial importância conferida por essa comissão ao tráfico de drogas foi responsável por estabelecer uma gravidade acentuada para tal conduta, colocando-a no mesmo patamar de outros delitos gravíssimos. A própria Constituição Federal brasileira de 1988, décadas depois, estabeleceria uma gravidade elevada ao tráfico ao colocá-lo ao lado da tortura, do terrorismo e ao equipará-lo aos crimes hediondos, todos esses inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia[8].

O artigo 2º da 2ª Convenção de Genebra de 1936 estabelecia que as partes se comprometiam a "castigar severamente", sobretudo com penas de prisão e outras privativas de liberdade, o comerciante de drogas:

> Cada uma das Altas Partes contratantes se compromete a baixar as disposições legislativas necessárias para **punir severamente**, **e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade**, os seguintes atos:
> a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrárias às estipulações das referidas Convenções [Convenção da Haia, de 23 de janeiro de 1912, e das Convenções de Genebra, de 19 de fevereiro de 1925, e de 13 de julho de 1931];
> b) participação intencional nos atos mencionados neste artigo;
> c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados;

[8] O artigo 5º, XLII, da Constituição Federal de 1988 dispõe: 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;

> d) as tentativas e, nas condições previstas pela lei nacional, os atos preparatórios (Brasil, 1938).

A criação do tipo serviu como parâmetro da redação legislativa que constituiria o tipo penal interno dos países. A inserção de múltiplos verbos nucleares teve como intuito englobar toda e qualquer conduta que se relacionasse com o comércio das substâncias. Quanto mais verbos, maior era a possibilidade de punição. Ademais, o fato de a alínea "d" do dispositivo supramencionado prever a punição de atos preparatórios, geralmente não puníveis, representa o rigor excessivo da convenção.

1.4.6 A Convenção Única de Entorpecentes de 1961 e a consolidação da repressão

No período da 2ª Guerra Mundial, as discussões sobre a política de drogas ficaram estacionadas, sem a realização de mais nenhum evento internacional. Durante o confronto, soldados do Eixo e dos Aliados fizeram uso de drogas, especialmente as anfetaminas, para que desenvolvessem mais resistência, criassem um senso de alerta, diminuíssem sensações de frio, fome e sono e, com isso, se sobressaírem no conflito[9], inclusive com autorização e incentivo dos governos.

Nesse período, os EUA solidificam o seu protagonismo na política internacional, tendo em vista que, em 1941, os órgãos repressivos da Liga das Nações foram transferidos para Washington. Além disso, a oposição ao proibicionismo perdeu ainda mais a sua força após a 2ª Guerra Mundial, tendo em vista que a Alemanha, historicamente opositora por causa dos interesses de suas indústrias farmacêuticas, foi a principal derrotada. É neste contexto que o direito penal se torna a única "solução" em matéria de drogas:

> As medidas reguladoras, proposital ou acidentalmente ineficientes foram dando lugar às medidas pura e simplesmente penais, como se o direito penal fosse um tipo de último recurso da regulação. Contudo, ao se colocar o direito penal como regulação

[9] Tarso Araújo (2012, p. 67) explica que a razão do consumo durante a guerra "é a semelhança entre os efeitos das anfetaminas e da adrenalina, hormônio que literalmente prepara nosso corpo para a briga. Ambas aumentam a concentração, o estado de alerta e a autoconfiança e diminuem a sensibilidade à dor, à fome e à sede, além da necessidade de dormir. Enquanto os americanos usavam anfetaminas, ingleses, alemães e japoneses preferiam metanfetaminas. Em 1940, os japoneses já tinham à sua disposição 24 tipos da droga. Já os soldados do Reich receberam 35 milhões de pílulas – quase 300 mil comprimidos por dia – entre abril e julho de 1940, quando invadiram a França. A *blitzkrieg*, "guerra relâmpago" dos alemães, famosa pela sua rapidez, era movida a metanfetamina. O próprio Führer usava metanfetamina com frequência. O médico pessoal de Adolfo Hitler lhe aplicava injeções de Pervitin antes de seus discursos e sempre que o chefe precisava de uma "levantada"". Os EUA, embora adotassem a política proibicionista na política externa e interna, não deixaram de distribuir cerca de 200 milhões de pílulas de anfetaminas para os seus soldados durante todo o período da guerra (Valois, 2021, p. 196). Além dessas substâncias, o álcool também foi bastante utilizado pelos combatentes.

> máxima de determinada questão, acaba-se esquecendo, como foi na história das drogas, que o direito penal é também punição máxima (Valois, 2021, p. 220).

Com a criação da ONU, a política antidrogas iria aprimorar-se, atingindo o atual estágio visto na maioria dos países. De acordo com Bewley-Taylor (2001, p. 58), o "esforço norte-americano de controle internacional das drogas por intermédio da ONU tornou-se uma face de uma política global mais ampla para reconstruir o mundo pós-guerra com a imagem dos Estados Unidos".

O primeiro evento internacional, no âmbito da ONU, para discussão sobre o comércio de drogas foi a Convenção Única de Entorpecentes de 1961. Em seu preâmbulo é possível observar as finalidades do tratado[10]: (1) a preocupação com a saúde física e moral da humanidade, que estariam sendo colocadas em risco pelo consumo de drogas; (2) que se reconhecia o indispensável uso médico das substâncias entorpecentes para tratamentos, devendo ser promulgadas medidas para garantir a utilização das drogas para esses objetivos; (3) que o vício em drogas representa um mal para o próprio indivíduo e um perigo social e econômico para sociedade; e (4) que é dever da ONU e de todos os países prevenir e combater esse mal.

Há no tratado uma clara separação entre o delinquente-traficante e o consumidor-doente e, ainda, "o fato de ser a primeira vez que a palavra "mal" dotada de carga emotiva, aparece num documento internacional sobre controle de drogas" (Bewley-Taylor, David; Jelsma, Martin, 2011, p. 6 apud Lippi, 2013, p. 58). O uso da palavra representa a estigmatização de tudo o que circunda o tema "drogas", ao mesmo tempo em que define o traficante como representante desse mal, pois é ele a figura responsável por produzir e comercializar essas substâncias.

A convenção legitimou o controle dos EUA sobre algumas áreas da América Latina e do sudeste asiático, onde ocorria o cultivo da coca e da papoula. Representa também o que Paula Mallea (2014, p. 32) denominou de "North-South geopolitical disconnect in drug laws". As drogas dos países do sul, utilizadas na cultura e tradição locais, como folha de coca, a papoula e maconha, foram proibidas; por outro lado, as drogas do norte, como o álcool, o tabaco

---

[10] Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade;
Reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins;
Reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade;
Conscientes de seu dever de prevenir e combater êsse [sic] mal (Brasil, 1964).

e os fármacos, eram legalizadas, embora também pudessem colocar em risco a saúde dos usuários (Mallea, 2014, p. 32-33).

Neil Boyd (1991, p. 12-37) afirma que um dos motivos da proibição das substâncias do sul do globo decorre do fato de as potências não deterem controle territorial sobre a produção e distribuição dessas drogas. Por outro lado, como controlavam a produção de álcool, do tabaco e de produtos farmacêuticos, essas substâncias foram consideradas adequadas para regulamentação, em vez de serem proibidas, possibilitando o lucro dos países do norte.

Para Valois (2021, p. 258), a convenção foi um divisor de águas na política internacional de drogas, tendo em vista que, antes dela, a produção de drogas ainda era regulamentada, mas com certo apoio do direito penal; depois, passa-se para a fase em que apenas o direito penal regularia a questão. Agora, a repressão torna-se a regra.

1.4.7 A Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1972

Na década de 60, surge um movimento de contracultura nos Estados Unidos, que contestava as mazelas do capitalismo, o consumismo e o materialismo exacerbados e a política externa norte-americana. Os *hippies*, como eram denominados, eram movidos pelo discurso do amor livre e pelos sentimentos anticapitalista e antiguerra.

Os *hippies* eram conhecidos por fazerem uso de substâncias psicodélicas, como o LSD. Essas substâncias psicotrópicas ou psicoativas também não escaparam à política proibicionista. Assim como outras drogas, as substâncias psicotrópicas eram consumidas por uma parcela da população que não agradava o governo norte-americano. A criminalização do comércio de LSD e de outras substâncias era muito conveniente para os Estados Unidos, pois simbolizava uma ofensiva contra esse segmento populacional (Lippi, 2013, p. 60).

Em 1971, Richard Nixon declara guerra às drogas, afirmando à nação que “o inimigo público número um nos Estados Unidos é o abuso de drogas” (Estados Unidos da América, 1971), além de definir o México como um de seus alvos. O país subdesenvolvido era visto pelos EUA como um dos responsáveis pela existência das drogas no mundo e pelo fato de a população norte-americana as consumirem.

É neste contexto histórico e político que foi realizada a Conferência sobre Substâncias Psicotrópicas, em Viena, no ano de 1971. Nesta convenção, tentou-se colocar a maconha e a cocaína na lista das substâncias psicotrópicas em razão de suas semelhanças químicas, mas a

proposta foi vetada porque "retirá-las da legislação sobre estupefacientes implicava reconhecer o erro ou o abuso da classificação prévia" (Escohotado, 2007, p. 888-889, tradução nossa).

As disposições penais sobre o tráfico de substâncias psicotrópicas foram previstas no artigo 22 da Convenção de 1971, dispondo, em síntese, que os países signatários deveriam criar o tipo penal correspondente, respeitando as suas próprias limitações constitucionais, com a garantia de que os crimes graves fossem responsabilizados com pena de prisão ou outra pena privativa de liberdade.

1.4.8 A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, realizada em Viena, no âmbito da ONU, constitui a atual normativa internacional sobre drogas. Mais uma vez, a convenção foi articulada pelos EUA, que buscavam tornar mais executável a política de drogas com foco nas medidas de repressão (Valois, 2021, p. 292-293).

Na década de 90, grupos criminosos já se encontravam organizados no mundo inteiro e possuíam como fonte de renda o comércio de substâncias entorpecentes. Entre os operadores do direito, o pensamento hegemônico era de que o tráfico de drogas somente podia ser combatido por meio da criminalização e do direito penal:

> Em 1988 já tínhamos juízes, promotores, policiais e, principalmente, diplomatas que nasceram dentro dessa mentalidade, sem capacidade de pensar o mundo diferente, ou seja, o mundo como era antes da proibição [...] Ao desconhecimento, despreparo e conformismo dos diplomatas se soma o senso comum de que o comércio de determinadas substâncias tem que ser – só pode ser – tratado como crime, um senso comum que para muitos diplomatas de 1988 e, principalmente, para os de hoje em dia, é de berço, ele não imagina a possibilidade de regulamentação das drogas sem encarceramento (Valois, 2021, p. 293).

Lippi (2013, p. 61) ressalta que o contexto histórico desta convenção se relacionava com o fim da Guerra Fria e, por consequência, "o tema do tráfico de drogas adquiria importância na agenda diplomático-militar dos Estados Unidos, na medida em que diminuía a atenção dada por esse país ao "perigo vermelho"" (Rodrigues, 2008, p. 99 apud Lippi, 2013, p. 61):

> Dessa forma, nesse contexto de fim de Guerra Fria, a Convenção de 1988 e o uso de termos bélicos nela presentes podem ser vistos como uma forma de procurar um inimigo coletivo para o país que substituísse a antiga potência opositora, o que foi utilizado pelos Estados Unidos para manter a coesão nacional dentro do país (Lippi, 2013, p. 61).

Neste tratado internacional, o discurso da preocupação humanitária com os usuários de drogas não foi reproduzido. Pela primeira vez na história da política antidrogas, a posse, a aquisição e o cultivo de drogas para consumo pessoal foi criminalizado[11], ou seja, as medidas repressivas do direito penal, as mais invasivas de um ordenamento jurídico, se voltaram contra o usuário, que antes era alvo de proteção, ao menos no discurso.

A Convenção de 1988 também criou delitos que circundam o crime de tráfico de drogas propriamente dito como o de fabricação, transporte ou distribuição de maquinário, material ou substância com destinação à fabricação ou cultivo das substâncias entorpecentes; e a organização, gestão ou financiamento da prática desses delitos.

O tratado criou medidas contra a lavagem de dinheiro, pois os países consideravam que o tráfico de drogas também envolvia outras atividades "antissociais", como a sonegação fiscal e a evasão de divisas (Lippi, 2013, p. 62).

Também foram previstas medidas de extradição, confisco, assistência jurídica recíproca e cooperação internacional para o delito de tráfico de drogas. Junto com a extradição e o confisco, "a Convenção de 1988 determina também a erradicação da cultura de qualquer planta da qual possam ser extraídos entorpecentes" (Lippi, 2013, p. 62), ou seja, essas medidas tinham como alvo principal os países subdesenvolvidos da América do Sul, vistos como responsáveis pela produção das drogas.

Naquele momento, os EUA eram governados pelo republicano Ronald Reagan, (o) qual "enxergava como droga prioritária a ser combatida a cocaína, sendo o principal campo de batalha a região Andina, estendendo-se, posteriormente, a toda a América Latina" (Del Olmo, 2004, p. 130-131 apud Lippi, 2013, p. 62). Como toda guerra deve ser combatida a partir de uma estratégia militar, é neste contexto que "ocorre uma militarização do controle de drogas, com programas de treinamento de forças policiais e militares do continente americano dirigidos ao combate às drogas" (Del Olmo, 2004, p. 131-132 apud Lippi, 2013, p. 62).

O resultado da proibição, até o momento, não parece ser muito animador, pois o tráfico de drogas se mantém como uma atividade extremamente lucrativa para grupos criminosos transnacionais. Ao mesmo tempo, ao longo das décadas de proibição, o sistema punitivo se expandiu em nome da guerra às drogas, flexibilizando direitos e garantias fundamentais, bem

[11] Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971 (Brasil, 1991).

como princípios penais civilizatórios, como a legalidade, a taxatividade, a intervenção mínima e a ofensividade.

Depois da declaração de guerra por Richard Nixon, o número de pessoas encarceradas nos Estados Unidos em razão do tráfico de drogas aumentou em mais de 2.000%; isto é, entre 1980 e 2000, o número de presos, que era de 300 mil, passou para 2 milhões (Karam, 2013, p. 172).

A partir dos anos 2000 a política proibicionista começou a ser questionada principalmente por países europeus; todavia, os países em desenvolvimento, como o Brasil, continuam adotando-a de forma irrefletida, em razão da influência norte-americana e de sanções econômicas previstas nos tratados internacionais (Rodrigues, 2008, p. 45).

1.5 A política antidrogas no Brasil

Os tratados internacionais sobre drogas foram capitaneados e conduzidos pelos países desenvolvidos, sobretudo pelos Estados Unidos da América. Os países emergentes ficaram à margem das negociações e, em razão de suas situações econômicas, não detinham força e/ou vontade política para influenciarem o conteúdo normativo dos tratados.

A América Latina, especialmente, sempre foi enxergada pelos EUA como o celeiro da produção de drogas, como a cocaína. Essa ótica estabelecia os países do norte como consumidores e os do sul como produtores; os primeiros seriam vítimas, os segundos seriam infratores. Essa divisão foi explorada pelos EUA para pressionar os países sulistas a aderirem à proibição, tendo em vista que esses seriam responsáveis pelas mazelas das drogas.

O Brasil, como um dos representantes desses países, aderiu à política proibicionista desde os seus primórdios, ratificando a Convenção Internacional do Ópio de 1912, a Convenção Internacional de Genebra de 1925, a Convenção de Genebra de 1931, a Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas de 1936 e também os tratados internacionais que perfazem a atual política antidrogas, quais sejam, a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1972 e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988.

1.5.1 A legislação até o Código Penal de 1940

O início da proibição no Brasil está diretamente relacionado à consolidação da atividade médica profissional (Rodrigues, 2006, p. 135). De acordo com a autora, os médicos brasileiros eram responsáveis por definir os rumos das políticas de saúde pública no país. No século XIX, "médicos legistas e psiquiatras acreditavam que o alcoolismo e os narcóticos seriam causas do atraso social do país e ameaçadores da ordem pública. Portanto, deveriam ser controlados médica e criminalmente em prol da eugenia[12]" (Morais, 1997, p.4).

Entretanto, corroborando a afirmação de que o uso de drogas é uma constante na história de todas as sociedades, a elite econômica, influenciada pelas tendências europeias, fazia uso de ópio e cocaína em ambientes privados e nas chamadas *fumeries;* as classes mais baixas consumiam a maconha; produtos médicos contendo morfina e opiáceos eram comercializados livremente com a denominação de "elixires e/ou tônicos"; e também era comum que os médicos receitassem essas substâncias para tratamento (Morais, 1997, p. 3-4).

A utilização das substâncias fez com que surgissem viciados e esse fenômeno, ligado às tendências eugenistas da época, alavancou a pressão da classe médica por um maior controle das drogas.

As Ordenações Filipinas e o Código Criminal de 1830 não previam como crime a criminalização de entorpecentes, demonstrando que o uso e a venda não eram uma preocupação da época.

Já o Código Penal de 1890 previa, em seu artigo 159, a conduta de "expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios [sic]" (Brasil, 1890), mas sem cominar pena privativa de liberdade, apenas multa.

Com a promulgação da Conferência Internacional do Ópio de 1912, Nilo Batista (1998, p. 79) dispõe que se iniciou no país o modelo sanitário de política criminal sobre drogas, que prevaleceria por meio século. O Decreto n. 4.294/21, influenciado pelas normas internacionais, introduz a primeira menção às substâncias entorpecentes no direito penal brasileiro, bem como prevê pena de prisão para o comércio dessas substâncias. A venda, a exposição à venda ou a

[12] O movimento eugenista foi bastante presente durante os séculos XIX e XX. O termo eugenia, criado pelo britânico Francis Galton, em 1883, derivava da sua concepção de que os seres humanos eram criados aleatoriamente pela natureza e que, a partir disso, os próprios seres humanos deveriam promover esforços para "aprimorar a raça" (Shecaira, 2021, p. 109). A eugenia gerou medidas discriminatórias ao redor do globo, como a proibição de casamentos inter-raciais, a esterilização de criminosos contumazes, estupradores, de crianças deficientes mentais, epilépticos, drogados, dentre outros (Shecaira, 2021, p. 110). No Brasil, Raimundo Nina Rodrigues foi um dos expoentes influenciados pelo movimento eugenista, contribuindo para a criação de uma cultura racista em que negros e brancos passaram a ser declarados distintos por sua condição de raça (Shecaira, 2021, p. 113).

ministração de substâncias entorpecentes como o ópio, a cocaína e seus derivados, sem autorização e sem as formalidades prescritas, eram condutas sujeitas à pena de prisão de 1 a 4 anos (Brasil, 1921).

Rodrigues (2006, p. 137) explica que, a partir da criminalização, a classe médica intensificou a campanha contra os entorpecentes, "exigindo fiscalização das farmácias e repressão policial sobre vendedores e toxicômanos, que passaram a frequentar as cadeias e os tribunais".

No Decreto n. 20.930/32, promulgado no governo de Getúlio Vargas, a *cannabis* é inserida no rol dos tóxicos proibidos. No Brasil, a maconha era vista como "fumo de negro", pois era utilizada pelos escravos para fins terapêuticos e religiosos. No Brasil republicano, havia um projeto político, influenciado pelas teorias raciais da época (Schwarcs, 1993, p. 18), que previa a supressão da prática e dos costumes dos negros[13], pois estes representavam obstáculos para o lema "ordem e progresso" empreendido pela elite (Saad, 2019, p. 19).

Luísa Saad (2019, p. 21) leciona que, embora se conhecesse pouco sobre seus componentes químicos, argumentava-se que a maconha seria uma substância perigosa capaz de levar à loucura e à prática de crimes. Além disso, a medicina legal da época "atestavam que os negros e seus descendentes seriam dotados de características geneticamente responsáveis pela personalidade infantil, animalesca, agressiva e mesmo tresloucada" (Saad, 2019, p. 21).

O artigo 25 do Decreto n. 20.390/32 previu diversos verbos nucleares como sinônimos do tipo de tráfico de drogas e, ainda, aumentou a pena: de 1 a 5 anos de prisão e multa (Brasil, 1932). O artigo 26 previu o crime de posse ilícita de entorpecentes sem receita médica, ou em quantidade superior à terapêutica, com penas de 3 a 9 meses de prisão, e multa, responsabilizando criminalmente também o usuário (Rodrigues, 2006, p. 138). Esse tipo foi reproduzido na Consolidação das Leis Penais de 1932, que, em seu artigo 159, além da pena de prisão, também previa a internação do toxicômano, "reforçando o caráter estigmatizante e excludente do controle penal sobre o viciado" (Rodrigues, 2006, p. 139).

Após a ratificação pelo Brasil das Convenções de Genebra de 1931 e 1936, o país ingressa de vez no modelo internacional de proibição com a edição do Decreto-lei n. 891 de 1938, ou "Lei de Fiscalização de Entorpecentes" que trazia "normas relativas a produção,

[13] Assim como o candomblé e a capoeira, a maconha estava associada aos africanos e seus descendentes e seu uso, além de prejudicar a formação de uma República moralmente exemplar, poderia se disseminar entre as camadas ditas saudáveis – leia-se brancas – e arruinar de vez o projeto de uma nação civilizada (Saad, 2019, p. 19).

tráfico e consumo, juntamente com relação de substâncias consideradas tóxicas e que, logicamente, deveriam ser proibidas" (Carvalho, 1996, p. 25).

Tal diploma legal previa como crime o consumo de drogas, cominando a pena de 1 a 5 anos de prisão, em uma espécie de amnésia da suposta justificativa dos tratados internacionais sobre drogas: as mazelas à saúde que essas substâncias proporcionavam. O artigo 33, que tratava do crime de tráfico de drogas, já estava recheado de verbos nucleares aptos a configurá-lo[14].

Em 1940, o atual Código Penal entrou em vigor, prevendo em seu artigo 281 o crime de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, com as mesmas penas[15]. Entretanto, se o agente fosse farmacêutico, médico ou dentista a pena era de reclusão, de 2 a 8 anos (§ 1º). Além disso, previa a pena de 6 meses a 2 anos ao médico ou dentista que prescrevesse a substância fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar; para o agente que instigasse ou induzisse outrem a consumir entorpecentes; para o agente que utilizasse local ou consentisse que outrem dele se utilizasse para uso ou guarda ilegal de drogas; ou que contribuísse de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso das drogas.

Nilo Batista (1998, p. 84) comenta que o Código Penal de 1940 conferiu à matéria de drogas uma disciplina equilibrada, pois (1) descriminalizou o consumo das substâncias, não submetendo o usuário à repressão penal; (2) delimitou as condutas em vários tipos penais e, por consequência, cominou penas distintas; e (3) reduziu o número de verbos em comparação com o tipo anterior.

O autor ressalta que o contexto histórico da redemocratização do Brasil, após 1946, colocou o tema das drogas em segundo plano. A repressão tinha como cerne a completa perdição moral que as drogas seriam capazes de proporcionar ao usuário, bem como a predisposição para a prática de atos criminosos, e tais justificativas imperariam até os anos 60 (Batista, 1998, p. 84).

---

[14] Facilitar, instigar por atos ou por palavras, a aquisição, uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no art. 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no art. 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação dessas substâncias - penas: um a cinco anos de prisão celular e multa de 1:000$000 a 5:000$000 (Brasil, 1938).

[15] Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

1.5.2 A legislação durante a ditadura militar

O golpe militar de 1964 representou uma ruptura na via democrática em que o Brasil parecia caminhar de forma ininterrupta desde o fim do Estado Novo em 1945. No contexto da Guerra Fria, os Estados Unidos visavam impedir a influência do comunismo na América Latina, território no qual sempre enxergou como seu "quintal". Um dos instrumentos para tal foi a ascensão da doutrina de segurança nacional.

Zaffaroni e Pierangeli (2021, p. 428) enunciam que a doutrina de segurança nacional é uma tese que buscava ressaltar a tensão entre os países capitalistas e comunistas, em uma divisão do mundo entre "leste-oeste", ocultando os interesses contrapostos que pudessem existir entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos. A doutrina foi responsável por criar a sensação na sociedade de que havia uma guerra entre o capitalismo e o comunismo, motivo pelo qual tudo deveria ser instrumentalizado a serviço deste conflito, a fim de aniquilar os comunistas (Zaffaroni; Pierangeli, 2021, p. 428).

O direito penal, influenciado por essa tese, concebe apenas um único e máximo bem jurídico: a segurança nacional, pelo qual todos os integrantes da sociedade deveriam se sacrificar. O criminoso é um inimigo interno, porque ele estaria colocando em risco a ordem necessária para a sobrevivência da sociedade (Zaffaroni; Pierangeli, 2021, p. 428-429).

Este é o substrato teórico, desenvolvido no Brasil pela Escola Superior de Guerra, que fundamentaria os mais bárbaros atos da ditadura militar, como a violação sistemática de direitos humanos, a supressão do *habeas corpus*, a tortura, a censura, os tribunais de exceção, dentre outras atrocidades.

No âmbito das drogas, o golpe de estado de 1964 constitui o marco temporal da implantação do modelo bélico no Brasil, colocando em segundo plano, de forma residual, o modelo sanitário (Batista, 1998, p. 85). No mesmo ano, o Brasil tornou-se signatário da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, a qual definiu a toxicomania como um mal a ser combatido. No modelo bélico, a política criminal contra as drogas se fundamenta por meio de métodos de guerra (Batista, 1998, p. 85), direcionados contra um dos vários supostos inimigos internos do Brasil naquela época, que estariam a serviço do bloco comunista: o sujeito envolvido com o comércio e/ou o uso de substâncias entorpecentes.

Argumentava-se que o incentivo ao uso de drogas pelos jovens era uma estratégia do bloco comunista para solapar as bases morais e religiosas da sociedade, e a única forma para enfrentá-los seria por meio de métodos militares (Batista, 1998, p. 87).

O Decreto-Lei n. 385 de 1968 alterou o artigo 281 do Código Penal, adicionando os verbos "preparar" e "produzir" ao tipo penal e ampliando-os em direção às matérias-primas das drogas (Batista, 1998, p. 85). Além disso, equiparou ao tráfico a conduta de trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente, isto é, criminalizando o usuário com pena de reclusão de 1 a 5 anos.

Rodrigues (2006, p. 144) discorre que o Decreto-Lei n. 385/68 representa uma mudança brusca na política criminal de drogas, porque não mais diferenciava o traficante do usuário que, antes, era visto sob o ponto de vista clínico e não penal. O Brasil importou a mentalidade repressiva dos Estados Unidos que, na década de 60, buscava, através da demonização das drogas, suprimir as vozes dissonantes da juventude que contestavam os rumos da política interna e externa norte-americana (Rodrigues, 2006, p. 145).

A Lei n. 5.726 de 1971 absorveu a mentalidade da época e logo em seu primeiro artigo há uma espécie de conclamação dos membros da sociedade a se unirem no combate ao tráfico e ao uso de drogas[16]. Como de costume, adicionou mais um verbo ao tipo penal de tráfico de drogas ("oferecer"); instituiu a "quadrilha de dois", criando uma modalidade delitiva a despeito da técnica e da dogmática penal; e manteve a equiparação entre traficante e usuário, mas aumentando a pena máxima para 6 anos (Batista, 1998, p. 86).

A partir da metade da década de 1970, o Brasil vivenciava uma fase mais liberal da ditadura militar e caminhava para à redemocratização. Em 1976, foi publicada a Lei n. 6.368, também conhecida como Lei de Tóxicos, a qual substituiu as legislações anteriores e revogou o artigo 281 do Código Penal, reunindo todas as disposições legais sobre drogas (Rodrigues, 2006, p. 147) com base nas seguintes premissas:

> i) o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes devem ser combatidos mediante prevenção e repressão e representam um perigo abstrato para a saúde pública; ii) o combate às drogas ilícitas representa um apelo eugênico-moralista na luta do bem contra o mal; iii) implementação no Brasil do modelo internacional da guerra contra as drogas, nos moldes norte-americanos (Rodrigues, 2006, p. 147).

Na década de 70, os EUA começaram a suscitar a existência de inimigos externos em matéria de drogas, os quais seriam os países da América Latina, tidos como produtores das

[16] Art. 1º É dever de tôda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.
Parágrafo único. As pessoas jurídicas que não prestarem, quando solicitadas, a colaboração nos planos e programas do Govêrno Federal de combate ao tráfico e uso de drogas perderão, a juízo do Poder Executivo, auxílios e subvenções que venham recebendo da União, dos Estados, do Distrito Federal, Territórios e Municípios, bem como de suas autarquias, emprêsas públicas, sociedades de economia mista e fundações (Brasil, 1971).

substâncias entorpecentes. Com isso, "o inimigo interno, para nós, será o produtor e o traficante, ambos comerciantes da droga regionalmente e, esporadicamente, exportadores da droga para os países centrais" (Carvalho, 1996, p. 38).

A Lei n. 6.368/76 foi influenciada por dois discursos: o médico-jurídico e o jurídico-político. Em relação ao primeiro, foi mantida a diferenciação entre dependente e criminoso e a conservação dos estereótipos usuário-doente e traficante-bandido; já o discurso jurídico-político, influenciado pelos postulados da doutrina de segurança nacional, foi responsável por criar a figura do inimigo, representada na pessoa do traficante (Carvalho, 1996, p. 40).

E como o discurso jurídico-político se manifestou nesta legislação? Primeiramente, reproduzindo o discurso de que é dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na repressão ao comércio e ao uso de drogas (artigo 1º). Vicente Greco Filho (1995, p. 52) afirma que a norma possui natureza exortiva; o dever é mais moral do que jurídico e representa um chamamento das forças da Nação para esta "guerra santa" que é o combate às drogas.

A lei manteve a quantidade excessiva de verbos nucleares aptos a configurar o tipo penal; preservou a natureza de norma penal em branco, cuja complementação é mais flexibilizada por não depender de manifestação do legislador; criminalizou diversos atos preparatórios que, no direito penal brasileiro, em regra, não são puníveis; e previu crimes de perigo abstrato, cuja constitucionalidade e compatibilidade com a estrutura clássica do direito penal sempre foram um debate constante na dogmática penal (Carvalho, 1996, p. 47-49).

O artigo 12 da Lei n. 6.368/76, que tipifica o tráfico de drogas, não prevê o dolo específico de praticar os verbos nucleares com a intenção de comercializar as substâncias ou obter lucro (Carvalho, 1996, p. 47-49). A ausência do elemento subjetivo do tipo representa uma barreira a menos à condenação.

A pena do crime de tráfico aumentou consideravelmente, passando para reclusão de 3 a 15 anos; as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo drogas para uso próprio continuaram sendo crime, punido com detenção de 2 a 6 meses; o réu condenado pelo crime de tráfico de drogas ou de posse de maquinário destinado à fabricação de drogas não poderia apelar da sentença sem se recolher à prisão.

A lei previu como crime a conduta de quem contribuísse para incentivar ou difundir o uso indevido ou o tráfico de substâncias entorpecentes, com a exacerbada pena de 3 a 15 anos de reclusão (Batista, 1998, p. 87).

O discurso médico-jurídico se manifestou principalmente na previsão de isenção de pena quando o agente, no momento da prática do crime, fosse incapaz de entender a ilicitude da conduta em razão de dependência química.

Salo de Carvalho (1988, p. 43-44) denuncia que a existência do duplo discurso na lei, importado sem as reflexões necessárias à realidade socioeconômica, cultural e política de um país latino como o Brasil, foi responsável por criar estereótipos específicos: o pobre-usuário era perigoso, apto a praticar crimes, enquanto o usuário-rico era cidadão de bem, vítima da droga que o tornava apático (Olmo, 1990, p. 46).

1.5.3 O cenário atual: a Lei n. 11.343/06

Após três décadas de vigência da Lei de Tóxicos, discutia-se no Brasil a criação de uma nova legislação sobre a matéria que se mostrasse adequada e atualizada às necessidades da época. A aderência no país à Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, bem como a elaboração da Lei dos Crimes Hediondos, formou um cenário político que demandava o aprimoramento da repressão ao tráfico, atividade agora empreendida por grupos criminosos organizados.

A Lei n. 11.343/06 compreendeu os discursos jurídico-político e o médico-psiquiátrico, mantendo as distinções entre traficante e usuário. Em relação ao primeiro, a lei aumentou a repressão ao tráfico; sobre o segundo, reforçou o sistema proibicionista inaugurado pela legislação anterior (Carvalho, 2016, p. 117). Salo de Carvalho (2016, p. 118) afirma que a lei manifesta "a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmias".

A elevação do rigor punitivo é observada com o aumento da pena mínima do tráfico para 5 anos, o que serviu para impedir a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos e proporcionar o encarceramento do condenado por mais tempo (Boiteux, 2006, p. 8). Em consequência, o número da população carcerária somente aumentou nos anos seguintes. Além disso, também foram criadas novas espécies típicas relacionadas ao comércio ilícito.

Em relação ao discurso médico-psiquiátrico, a Lei n. 11.343/06 promoveu o processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, através da implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para dependentes químicos (Carvalho, 2006, p. 117). Embora

não haja a previsão de pena de prisão, "têm-se a manutenção de sistema proibicionista estruturado na reciprocidade punitiva entre penas restritivas de direitos e medidas de seguranças atípicas" (Carvalho, 2006, p. 120), que conservam uma resposta moralizadora da lei. Ou seja, não se trata de um dispositivo que privilegia a autonomia de vontade da pessoa que decide fazer uso de uma substância entorpecente.

O crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06 possui 18 verbos relacionados com o contato com substâncias entorpecentes[17], em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O legislador criou 18 possibilidades de condenação, uma espécie de "delírio de uma ilicitude contínua e inescapável" (Batista, 1998, p. 85).

A abstratividade da norma decorre da intenção norte-americana em facilitar a investigação e a condenação pelo delito, através da desnecessidade da comprovação do dolo de comercializar[18] de qualquer pessoa envolvida com essas substâncias (Valois, 2021, p. 420). É o direito penal sendo utilizado como medida de polícia, a partir de interesses políticos estrangeiros. E, portanto, é uma norma penal afastada de seus princípios orientadores como a legalidade, a ofensividade e a intervenção mínimas e das funções precípuas do direito penal, quais sejam, proteção dos bens jurídicos mais importantes e contenção do arbítrio punitivo estatal.

Valois (2021, p. 422) aponta que a abertura da definição legal, consequência da quantidade excessiva de verbos, representa uma violação ao princípio da legalidade, o qual demanda que a estrutura delitiva seja clara e objetiva. O resultado, segundo Salo de Carvalho (2016, p. 303), é que "eventos de natureza não especificamente identificáveis como hipóteses de comércio ilegal podem acabar recebendo os rígidos efeitos penais, processuais e punitivos do tráfico de entorpecentes".

Na realidade social, o simples fato de uma pessoa ser abordada pela polícia com drogas, a qual na maioria das vezes pertencerá às camadas mais carentes da população, possibilitará a imputação pelo delito em análise, com pena mínima de 5 anos, pouco importando o fim de tal conduta.

---

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

[18] Os verbos "trazer consigo" e "ter em depósito" drogas evidenciam a despreocupação do legislador com o dolo específico de comercializar, tornando o poder punitivo mais discricionário, facilitando a condenação e, também, invertendo o ônus da prova, uma vez que será o acusado responsável por comprovar que possuía as drogas sem a intenção de comércio (Valois, 2021, p. 422-423).

Pode-se também dizer que as penas do tráfico de drogas desafiam a vigência do princípio da proporcionalidade, pois se tratam de reprimendas altíssimas (5 a 15 anos de reclusão) para um crime de perigo abstrato, que não exige a comprovação do dano ao bem jurídico "saúde pública" ou a colocação desta em perigo. Considerando a pena máxima com a majorante do artigo 40 da mesma lei, a reprimenda poderá atingir 25 anos; enquanto isso, o homicídio simples possui pena máxima de 20 anos, o roubo, crime com violência, tem pena máxima de 15 anos e o estupro com resultado de lesão corporal pode chegar a 12 anos (Valois, 2021, p. 427).

O delito de tráfico de drogas, da forma como está previsto, tem como principal efeito o desvirtuamento dos princípios norteadores do direito penal e, por consequência, do próprio sistema jurídico; tudo isso em nome da guerra às drogas, que se converteu em princípio (Valois, 2021, p. 424-425), uma guerra que demanda os esforços de combate dos Três Poderes e de todos os membros da sociedade:

> Pois, se a natureza garantista da norma penal depende do nível de racionalidade do sistema[19], a violação das garantias não se limita à ampliação da norma incriminadora, mas essa própria norma, tendo características de irracionalidade, por si só é enfraquecedora de todo conjunto de direitos fundamentais do cidadão (Valois, 2021, p. 424).

Valois (2021, p. 428) afirma que não deveria ser permitido ao legislador impor penas tão altas para condutas que não possuem consenso social de que deveriam ser criminalizadas: "se o direito penal é para punir os ilícitos mais graves, com as penas mais severas do ordenamento jurídico, um fato que para muitos sequer deveria ser crime não poderia resultar em sanções desse tipo".

Além das altíssimas penas, o crime de tráfico de drogas ainda foi equiparado pela Constituição de 1988 a crime hediondo, ao lado de crimes graves e violentos como a tortura e o terrorismo. A justificativa? Com a palavra, o deputado Farabulini Júnior durante a assembleia constituinte: "na verdade, **a Nação está precisando moralizar os seus costumes,** punir rigorosamente os criminosos violentos, que praticam atos libidinosos, que praticam o contrabando, o tráfico de tóxicos, que desagregam as famílias brasileiras" (Brasil, 1987, p. 101, grifo nosso).

1.6 A construção do traficante como inimigo no direito penal

[19] BIZZOTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista:** a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal, 2009, p. 99.

O poder punitivo sempre se mostrou seletivo ao longo da história, incidindo, preferencialmente, sobre alguns grupos específicos da sociedade, que ocupavam posição de subalternidade em relação à classe dominante. Com aval da legislação, da doutrina e dos operadores jurídicos, o direito penal foi utilizado para discriminar os inimigos da sociedade, seres humanos considerados perigosos ou daninhos, não merecedores da condição de pessoas (Zaffaroni, 2014, p. 11).

O conceito de inimigo origina-se no direito romano e é ocupado pelo outro, o estrangeiro, o estranho, o *hostis*, considerado inimigo político, carecedor de direitos, que estava fora da comunidade e, portanto, cujo conflito poderia ser resolvido por meio da guerra, que negava absolutamente a condição de tal ser como humano (Zaffaroni, 2014, p. 21-22 apud Schmitt, 1985, p. 23).

A partir da Roma antiga, o conceito de inimigo acompanhou a história do mundo ocidental. Na Idade Moderna, o poder punitivo volta a ser titularizado pelo Estado, mas em nome do senhor, sendo exercido arbitrariamente sobre as populações indesejáveis, a fim de controlá-las e vigiá-las, quais sejam, as pessoas dos países colonizados e os indivíduos que não seguiam os ditames religiosos, tidos como hereges e subversivos (Zaffaroni, 2014, p. 30-33).

Após a Revolução Francesa, o discurso de redução do direito penal se mostrou conveniente para a burguesia, pois era necessário retirar o poder punitivo, enquanto instrumento de dominação, das mãos do clero e da nobreza. Mas a burguesia também possuía os seus indesejáveis e era necessário domesticá-los para a produção industrial e neutralizar os resistentes, através do encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidades ou por meio da deportação (Zaffaroni, 2014, p. 43-44).

Nos países colonizados, o poder punitivo, exercido pelos grandes proprietários de terra, em um primeiro momento, recaía sobre os mestiços, considerados como selvagens e inimigos da civilização e do progresso; depois, no início do século XX, sobre os dissidentes e inimigos das oligarquias (Zaffaroni, 2014, p. 46-49).

Com a ascensão das ditaduras militares na América Latina, impulsionadas pelos Estados Unidos da América a partir de sua luta contra o comunismo, a doutrina da segurança nacional surge para servir como justificativa para a repressão contra os inimigos internos, dentre eles os comunistas, os progressistas e, como exposto anteriormente, qualquer pessoa que se relacionasse com as drogas.

Zaffaroni (2014, p. 50-51) aponta que, naquele momento, foram implementadas duas formas de poder punitivo: (1) um sistema penal paralelo, que eliminava os inimigos através de detenções administrativas ilimitadas; e (2) um sistema penal subterrâneo, arbitrário, ilimitado, cruel, não regido por qualquer dispositivo legal, que eliminava por morte ou por desaparecimento forçado seus inimigos, sem que passassem pelo devido processo legal. Esse sistema (assemelhava-se) à solução final proposta pelo nazismo:

> Mediante este aparato, foram cometidos milhares de homicídios, desaparecimentos forçados, tortura, suplícios, sequestros, crimes sexuais, violações de domicílio, danos e incêndios, intimidações, roubos, extorsões, alterações de estado civil, sem nenhuma base normativa (Zaffaroni, 2014, p. 51)

Em relação ao tráfico de drogas, com base na doutrina de segurança nacional, os Estados Unidos exportaram à América Latina a guerra às drogas e a visão do traficante como inimigo, a serviço do bloco comunista, que tinha como missão destruir a fundação moral e cristã da sociedade, corrompendo os jovens por meio dos entorpecentes. Com o declínio da União Soviética, os Estados Unidos reforçaram a figura do traficante como inimigo, porque isso significava manter a sua influência política nos países latinos.

As legislações antidrogas na América Latina são análogas e derivadas dos tratados internacionais proibicionistas profundamente influenciados pelos norte-americanos. No direito penal, o tráfico de drogas foi forçadamente equiparado a crimes gravíssimos, como o terrorismo, que atingiam bens jurídicos concretos e de suma importância; a redação legislativa, como exposto, através da multiplicação de verbos, violava o princípio da legalidade, misturava conceitos de participação e autoria, tentativa, preparação e consumação; violava a ofensividade, ao prever penas para os usuários (Zaffaroni, 2014, p. 52).

O direito processual penal também não passou incólume: “foram criados tribunais especiais, introduzidos elementos inquisitoriais como o prêmio ao delator, a valorização do espião, do agente provocar, das testemunhas anônimas, dos juízes e fiscais anônimos” (Zaffaroni, 2014, p. 54). Além disso, pode-se citar a flexibilização de garantias processuais penais em prol das diligências policiais antidrogas, como a inviolabilidade de domicílio, a presunção de inocência e a liberdade individual.

Sobre os direitos de liberdade e inocência, Zaffaroni (2014, p. 70) aponta que a característica principal da manifestação do poder punitivo na América Latina é o aprisionamento preventivo dos inimigos, tendo em vista o alto número de presos provisórios no

continente. Privilegia-se a imposição de medidas constritivas de liberdade contra pessoas que não foram condenadas definitivamente e que, portanto, deveriam ser presumidas inocentes.

A prisão preventiva na América Latina representa uma punição imediata ao inimigo; a revogação da medida, por outro lado, representa uma absolvição:

> A *medida cautelar* é pena cautelar, ou seja, por precaução, o poder punitivo é exercido condenando-se materialmente todos os acusados a uma medida e revisando-se com grande parcimônia essas condenações, num processo que se arrasta anos a fio, com o intuito de verificar se corresponde a uma pena formal.
> (Zaffaroni, 2014, p. 70).

Em resumo, Zaffaroni (2014, p. 70) afirma que o poder punitivo na América Latina é exercido por meio de medidas de contenção para pessoas consideradas perigosas, isto é, "trata-se, na prática, de um direito penal de *periculosidade presumida*, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada".

A prisão preventiva de um inimigo social constitui uma medida rápida, eficaz e vingativa tomada pelo Estado a fim de representar à população de que algo está sendo feito para conter os indesejáveis, contendo-os e excluindo-os da sociedade. A supressão da liberdade é o meio mais eficaz para apagar a existência, mesmo que por um momento, do sujeito indesejado.

Embora haja parâmetros constitucionais, convencionais e legais para que a prisão preventiva se coadune com o princípio da presunção de inocência, para que a sua decretação seja feita apenas quando absolutamente necessária e proporcional ao crime praticado, de forma cautelar, com vigência apenas enquanto perdurar o *periculum libertatis*, na prática, nos crimes de tráfico de drogas, é medida que se mostra afastada desses marcos principiológicos. Serve muito mais a um propósito punitivo do traficante-inimigo, e não cautelar, como deveria ser.

Valois (2021, p. 457) afirma que, quando uma pessoa chega ao judiciário pela prática do crime do artigo 33 da Lei de Drogas, "ela não é mais uma simples acusada, após a denúncia não é uma simples ré, mas passa ser um *traficante*, independentemente da conduta atribuída entre aquelas tantas do artigo de lei citado":

> Assim, em conjunto com a polícia, a mídia construiu a figura do traficante, o qual hoje, só pela designação, transmite a imagem do mal. Mesmo que o vendedor seja pobre, miserável às vezes, more na periferia, aquela relação comercial da esquina precisou ser vinculada com a fantasia do ganho milionário ou com a força e a violência do crime organizado, em uma construção que afeta não só a sociedade, mas a própria polícia e mesmo o comerciante, estigmatizado, mas empoderado na sua figura de representante do mal (Valois, 2021, p. 415).

Marcelo Semer (2020, p. 289-290) afirma que a prisão provisória continua a ser a regra básica no crime de tráfico de drogas, pois, em sua pesquisa jurisprudencial, verificou que em "em 89,86% dos casos, os réus iniciam o processo presos em flagrante, com conversão em preventiva".

De acordo com o 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2022 haviam 832.295 presos provisórios no Brasil, o que equivale a 25,2% da população carcerária total (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 280), corroborando a afirmação de Zaffaroni de que o poder punitivo na América Latina se manifesta por meio da prisão provisória. Em levantamento realizado em 2017, constatou-se que um em cada três brasileiros está encarcerado em razão do tráfico de drogas (D'Agostino; Reis; Velasco, 2017).

A prisão preventiva do acusado de tráfico de drogas geralmente é fundamentada no requisito de risco à garantia da ordem pública e, de acordo com Marcelo Semer (2020, p. 291), os fundamentos da prisão pouco se relacionam com a finalidade cautelar, dando a impressão de que o verdadeiro motivo para prender o acusado é o crime pelo qual responde. De acordo com o autor, no tráfico, "a prisão cautelar toma ares de obrigatoriedade" (Semer, 2020, p. 292).

A visão do acusado de tráfico como inimigo social torna difícil a efetivação dos direitos humanos relacionados à liberdade individual, uma vez que, nesta hipótese, ele assume uma condição de não-pessoa aos olhos da sociedade. Contra esse inimigo seria necessária a utilização de medidas legais que o privem de direitos básicos, em uma aparente conformidade com a legislação, mas, essencialmente, coadunando-se muito mais com táticas de guerra.

Há de se considerar também todo o pânico moral induzido pela mídia contra o crime de tráfico de drogas e contra aquele que vem a ser acusado da prática desse tipo penal. De acordo com Cohen (2011, p. 139 apud Semer, 2020, p. 73), as sociedades costumam estar sujeitas a períodos de pânico moral, compreendido quando "uma condição, episódio, pessoa ou grupo de pessoas surge para se definir como uma ameaça aos valores e interesses sociais".

A mídia é a principal propulsora dos pânicos morais, concedendo grande espaço de tempo para notícias sensacionalistas, com forte tom de urgência, proporcionando sensações de ansiedade e desespero aos telespectadores. A intenção não é apenas garantir o entretenimento, mas funcionar como diretriz normativa, isto é, "afirmar o que é certo e o que é errado" (Semer, 2020, p. 75).

As principais características do pânico moral são o *overreporting* (exposição exagerada e desproporcional dos fatos noticiados), a convergência do fato noticiado com outros fatos

graves, o exagero semântico e a desproporção do fato, causando medo e catastrofismo (Semer, 2020).

Essas características são observadas na disseminação de notícias sobre a prática do crime de tráfico de drogas, bem como da própria pessoa taxada de traficante. No histórico de criminalização de entorpecentes, o ópio, a cocaína e a maconha foram vinculadas, de forma discriminatória, aos asiáticos, aos negros e aos mexicanos, minorias étnicas nos Estados Unidos. Afirmava-se, por meio de múltiplas reportagens (*overreporting*), que a utilização dessas drogas por esses grupos de pessoas desencadeava a prática de crimes violentos, brutais e patrimoniais (*convergência*).

Embora pânicos morais costumem ser voláteis e episódicos, "os pânicos morais ligados às drogas, entretanto, se acumulam ou se sucedem com parâmetros similares" (Semer, 2020, p. 93). Geralmente, os pânicos morais se ascendem com a "descoberta" de uma nova droga tida como prejudicial ou com a deflagração de uma operação policial em locais considerados como pontos de tráfico de drogas.

Durante o desenvolvimento da política internacional antidrogas, cada entorpecente teve um momento de destaque, ocupando o centro das atenções dos países desenvolvidos, especialmente os Estados Unidos. No início do século XX, foi o ópio. Depois, a maconha. Na década de 60, as substâncias psicotrópicas. Na década de 80, a cocaína. E, agora, as metanfetaminas. Nesses períodos, o proibicionismo contou com a divulgação excessiva de notícias pela grande mídia.

Da mesma forma, no Brasil, quando há operações policiais em locais conhecidos como ponto de tráfico de drogas, a mídia costuma se ocupar desses fatos por período considerável de tempo. Essa sensação contínua de desespero e ansiedade provocam na sociedade a impressão de que há um problema a ser resolvido, demandando esta por respostas legais e políticas. Ocorre que, em matéria de drogas, "a mídia estimula a sociedade a demandar uma política de repressão e não de saúde" (Semer, 2020, p. 107).

No Brasil não faltam exemplos de recrudescimento penal em matéria de drogas: elevação de penas, novos tipos penais derivados, equiparação do tráfico de drogas como crime hediondo, dentre outros.

O Poder Judiciário, cujos membros obviamente pertencem à estrutura social, também não passa incólume ao pânico moral sobre o tráfico de drogas. Diante desse clima de eterna insegurança causada pela guerra às drogas, o juiz é convocado a assumir um protagonismo no

combate à traficância e ao traficante, sendo desestimulado a se manter no seu propósito de efetivar os direitos e garantias fundamentais do acusado.

Não à toa, as decisões que decretam a prisão preventiva dos acusados deste crime costumam fazer referência à quantidade e à variedade de drogas apreendidas, de forma a demonstrar o seu poder vulnerante, que não atingiria apenas o usuário, mas toda a família deste e, em maior grau, toda a sociedade. Além disso, o tráfico de drogas e o traficante são associados com a prática de outros crimes mais graves, como o homicídio e crimes patrimoniais.

O estabelecimento do traficante como inimigo no direito penal e o pânico moral envolvendo o tráfico de drogas são fenômenos que necessariamente resultam no populismo e no recrudescimento penal, que, por meio da sensação de medo e insegurança, "permitem de um lado a sensibilização para a defesa coletiva da vítima e, de outro, a circunscrição de um inimigo público que possa, de forma generalizada e simplificada, facilitar a distinção entre o certo e o errado" (Semer, 2020, p. 118).

Como não há vítima determinada no crime de tráfico de drogas, estabelece-se que a vítima, em último caso, é a própria sociedade, cujos valores estão em perigo com a atividade desempenhada pelo traficante. A suposta solução para que o meio social seja protegido ocorre através da prisão do sujeito que a coloca em risco.

2 A PRISÃO PREVENTIVA PELA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

No segundo capítulo será dado enfoque ao estudo da prisão preventiva pela garantia da ordem pública. Entretanto, primeiramente, é necessário discorrer sobre a natureza jurídica e a finalidade da prisão preventiva, a origem histórica deste instituto e sua relação com o momento político vivido pelo Brasil na década de 40 do século passado, a sua principiologia, seus pressupostos e requisito e também seus fundamentos legais.

2.1 A prisão preventiva no curso da história e seus reflexos no Código de Processo Penal de 1941: medida cautelar processual ou de defesa social?

A detenção física e provisória da pessoa acusada de um delito é um fenômeno que se fez presente em diversos momentos históricos da civilização ocidental, ainda que os propósitos dessa prisão se mostrem distintos em cada período.

No direito romano, a prisão no curso do processo constituía medida excepcional, pois frequentemente era "substituída por outras medidas, como a garantia fidejussória, admitida, entre os homens livres, para os que houvessem confessado o crime" (Cruz, 2021, p. 20). Naquela época, a custódia não detinha uma finalidade punitiva; servia muito mais para garantir eventual aplicação da pena e dependia, para a sua decretação, que o grau de probabilidade da condenação fosse alto (Pisapia, 1979, p. 244 apud Cruz, 2021, p. 20). Após diversas alternâncias nos rumos do direito romano, chegou-se ao ponto de proibir por completo a prisão preventiva naquela civilização (Ferrajoli, 2002, p. 443).

Na Idade Média, com a ascensão do procedimento inquisitivo, a detenção provisória passa a ser um pressuposto automático da instrução, pois o corpo do acusado precisava estar à disposição do juiz para que este pudesse confessar a prática do crime, depois de, claro, ser submetido a torturas[20] (Ferrajoli, 2002, p. 443). O período de encarceramento também servia para expiação da culpa, isto é, para que o acusado refletisse e se arrependesse do mal que causara à justiça divina.

Sob a influência das ideias iluministas, o século XVIII testemunhou o período de maior racionalização do instituto da prisão preventiva, o qual passou a adquirir os atuais traços

[20] Antônio Alberto Machado (2014, p. 586) leciona que na Idade Média, a custódia provisória do acusado era absolutamente necessária, especialmente para viabilizar a tortura como meio de prova, com o objetivo de se obter a confissão que era considerada prova absoluta ou a "rainha das provas" (*regina probatio*), geralmente extorquida mediante suplício.

característicos. É neste momento que a decretação da prisão preventiva conjuga-se com os pressupostos da necessidade e da excepcionalidade. Beccaria (1999, p. 71) assinalou que "a privação da liberdade, sendo uma pena, só ela poderá preceder a sentença quando a necessidade o exigir".

A prisão preventiva poderia ser necessária para impedir que o imputado fugisse, o que frustraria a administração da justiça; para impedir a destruição de provas e, por conseguinte, a verdade fática que se buscava alcançar pelo processo; e, por fim, para salvaguardar a defesa pública, pois esses acusados em liberdade poderiam continuar perpetrando crimes que afligissem a paz social (Cruz, 2021, p. 21).

Portanto, as bases da prisão preventiva contemporânea foram fundamentadas em duas finalidades: (1) a finalidade cautelar, acessória ao processo criminal, servia para garantir a instrução do feito e para garantir que, em caso de condenação do réu, a pena lhe fosse aplicada; e (2) a finalidade de defesa social, retirando da sociedade o sujeito perigoso que pudesse constituir um risco ao meio social.

O propósito de defesa social foi legitimado por Carrara, o qual, embora considerasse que a prisão preventiva somente poderia ser admitida quando necessária e por um brevíssimo período de tempo, afirmava que a medida poderia ser decretada para salvaguardar a segurança pública (Ferrajoli, 2022, p. 444).

Ferrajoli (2002, p. 444) destaca que essa foi a perversão mais grave da história da prisão preventiva: "a mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à "estrita necessidade" instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes". Esse propósito, legitimado pelos pensadores liberais clássicos, seria depois profundamente propagado pelos juristas do período fascista italiano.

É necessário destacar que, para o pensador italiano, o direito penal deve tentar promover "o máximo bem-estar possível dos não desviantes e o mínimo mal-estar necessário dos desviantes", através da maximização dos direitos de cada um, da limitação dos arbítrios estatais e da minimização da violência social (Ferrajoli, 2002, p. 271). Tratam-se de critérios de justificação e de orientação do poder punitivo do Estado (Ferrajoli, 2002, p. 271).

Para o mesmo autor, a prisão preventiva utilizada para impedir que o imputado pratique outros crimes equivale a uma presunção de culpabilidade e de periculosidade do sujeito, derivada da mera suspeita da prática delitiva, o que desvirtua a afirmação de que a prisão preventiva seria medida cautelar ou processual (Ferrajoli, 2002, p. 444). Com esse objetivo, a

prisão preventiva configura, na verdade, uma ilegítima pena sem juízo; uma medida de polícia e não processual (Ferrajoli, 2002, p. 444).

Os aportes teóricos dos pensadores clássicos fundamentaram a elaboração dos textos constitucionais e legais dos ordenamentos jurídicos europeus dos séculos seguintes. Os embates entre presunção de inocência e prisão preventiva se aprofundaram e, entre o fim do século XIX e o início do século XX, a Escola Positiva Italiana teceu os ataques mais contundentes ao direito individual, cujos principais argumentos, diga-se de passagem, constituem os fundamentos atuais de defesa da antecipação da pena por meio da prisão preventiva e/ou da prisão sem trânsito em julgado.

A concepção de norma de tratamento da presunção de inocência impõe ao Poder Judiciário o dever de evitar ao máximo a imposição de medidas restritivas de liberdade contra o réu antes de que a sua culpabilidade seja devidamente demonstrada, salvo em casos de absoluta necessidade (o requisito aparece novamente) que demandem a adoção de uma medida cautelar (Gomes Filho, 1989, p. 15-18).

Raffaele Garofalo, expoente da Escola Positiva Italiana, sustentava, na realidade, que a "presunção mais razoável é de culpabilidade, porquanto na maioria dos casos o julgamento é antecipado pela opinião pública e o réu já comparece a juízo com maior possibilidade de condenação" (Gomes Filho, 1989, p. 24). Defendia a prisão preventiva obrigatória nas acusações dos crimes mais graves.

A crítica mais contundente à presunção de inocência, contudo, foi elaborada por Vincenzo Manzini, jurista da Itália Fascista. Para ele, o objetivo principal do processo penal era verificar a procedência da pretensão punitiva estatal, a qual, de acordo com o seu entendimento, era presumível, já que, se o Estado se ocupou de investigar e processar o cidadão, a presunção só poderia ser de culpabilidade, e não de inocência.

Para Manzini, a natureza jurídica da prisão preventiva tinha as seguintes finalidades "como medida de segurança, para evitar que o acusado torne a delinquir e assegurá-lo de possíveis vinditas do ofendido ou de seus parentes" (Rebello, s.d., p. 250) Sim, para o jurista, a prisão preventiva poderia ser algo positivo para o acusado, já que, encarcerado, ele estaria a salvo de eventual vingança privada.

Além disso, também houve o inconcebível argumento de que a prisão provisória seria um meio de garantir o direito de defesa do acusado, como expressão do princípio do contraditório, pois, com a coação física, ele estaria à disposição para participar da atividade processual (Almeida, 1940, p. 577 apud Gloeckner, 2018, p. 406).

O pensamento de Manzini fundamentou a construção do Código Rocco, do período fascista italiano, que não previa a presunção de inocência e, concomitantemente, estabelecia hipóteses de prisão preventiva obrigatórias e automáticas, além de condicionar a prisão facultativa à avaliação das condições morais do imputado (Ferrajoli, 2002, p. 444).

O diploma processual italiano, por sua vez, serviu de inspiração para o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, vigente até os dias atuais. A redação original do artigo 312 previa a prisão preventiva obrigatória dos acusados de crimes com pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos (Brasil, 1941).

A prisão preventiva facultativa poderia ser decretada para garantia da ordem pública, pela conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal em três hipóteses: (1) nos crimes inafiançáveis não compreendidos na prisão obrigatória; (2) nos crimes afiançáveis, quando o imputado fosse vadio ou houvesse dúvida sobre a sua identidade; e (3) nos crimes dolosos, embora afiançáveis, quando o réu tivesse sido condenado por crimes da mesma natureza, em sentença transitada em julgado (Brasil, 1941).

O Código de Processo Penal brasileiro, reproduzindo o italiano, praticamente tornava obrigatória a prisão do acusado. Mesmo nas prisões facultativas, a mentalidade dos juízes estava muito mais alinhada ao pensamento jurídico da época, que não concebia a liberdade como direito inviolável e a prisão como medida excepcionalíssima.

Gloeckner (2018, p. 402) aponta que a prisão cautelar invertia o ônus da prova e suprimia a presunção de inocência, pois, se há necessidade de prisão preventiva, a necessidade levava à presunção da prática do crime. Cabia ao réu, portanto, afastar a presunção de culpabilidade por meio da atividade probatória.

Presumida a periculosidade e, por consequência, a culpa, a prisão do acusado durante o curso do processo assumia "verdadeira medida de prevenção contra os perigosos e suspeitos, ou, pior, de uma execução provisória, ou antecipada, da pena" (Ferrajoli, 2002, p. 444).

O Código de Processo Penal brasileiro já conta com oito décadas de vigência. Embora neste período tenha havido alterações legislativas, como a Lei n. 12.403/2011 e a Lei n. 13.964/2019, que buscaram compatibilizar o regime da prisão preventiva aos princípios civilizatórios da Constituição de 1988, é certo que na prática judicial brasileira sobrevive a mentalidade autoritária que enxerga a prisão preventiva como instrumento de defesa social e, por consequência, de pronta aplicação de pena contra o suspeito.

Não à toa a doutrina adverte que "está havendo um cada vez mais frequente deslocamento da resposta penal para as prisões cautelares, ao invés do que seria mais natural,

para a sentença penal condenatória" (Cruz, 2021, p. 18). Isto porque a prisão preventiva próxima à data dos fatos delitivos representa para a população que: "1º o suspeito é o responsável pelo crime; 2º) ele está sendo punido; 3º) a comunidade está mais segura" (Cruz, 2021, p. 19).

Se um dos objetivos da prisão preventiva enquanto instrumento de defesa social é afastar da sociedade o sujeito que apresenta periculosidade, o principal alvo de tal medida será o inimigo social que, pela própria definição do conceito, é visto como ser perigoso, estranho e daninho.

Aury Lopes Jr. (1987, p. 450) leciona que dois deveres do Estado Democrático de Direito estão em constante tensão: de um lado, a proteção da sociedade e a manutenção da segurança pública que fora abalada pela prática do crime e, de outro, a proteção dos direitos e garantias fundamentais do sujeito passivo da persecução criminal. Mas é necessário investigar se a natureza jurídica da prisão preventiva, enquanto instituto inserido na principiologia de um Estado Democrático de Direito, autoriza o encarceramento provisório como instrumento de prevenção e defesa social.

2.2 A natureza jurídica da prisão preventiva em um Estado Democrático de Direito

De acordo com Barroso (2015, p. 65), o Estado Democrático de Direito, modelo estatal predominante no ocidente no século XXI, é caracterizado por dois conceitos centrais: o estado de direito e a democracia.

Em relação ao primeiro, afirma-se a sua vigência com a presença de alguma ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais são obedecidos pelos cidadãos (Barroso, 2015, p. 65). Já o conceito de democracia possui uma dimensão formal, que insere a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos e garantias individuais, e uma dimensão material, na qual se impõe ao Estado a obrigação de efetivamente respeitar os direitos individuais e promover os direitos fundamentais a todos, incluindo as minorias políticas (Barroso, 2015, p. 65).

As constituições contemporâneas, intrinsecamente relacionadas com o Estado Democrático de Direito, absorvem valores éticos e políticos, traduzidos em um catálogo de direitos e garantias fundamentais, cujo respeito e efetivação são impostos a todos os Três Poderes e aos cidadãos. Além disso, ocupando o texto constitucional o maior nível hierárquico das normas de um Estado Democrático de Direito, toda a legislação deve estar em conformidade com tais valores.

Neste sentido, Mendes e Branco (2012, p. 573) afirmam que não há nenhum "exagero na constatação de que esses direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito". A centralidade do cidadão, enquanto sujeito de direito, reclama proteção por meio das garantias fundamentais, as quais, neste modelo estatal, foram estabelecidas como princípios constitucionais estruturantes da própria Democracia (Ferreira Filho, 2010).

Expostas tais premissas, o paradigma de interpretação do processo penal em um Estado Democrático de Direito é a constituição e, desse modo, o processo penal constitui instrumento de efetivação das garantias constitucionais (Lopes Jr., 2017, p. 29). A legislação processual penal deve ser lida a partir do texto constitucional, e não o contrário, a fim de proporcionar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais.

Nunca é demais relembrar a advertência de Goldschmidt (1935, p. 67) de que o processo penal de uma nação é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de sua constituição. Se a carta constitucional é democrática, o processo penal também deve ser (Lopes Jr., 2017, p. 30).

O processo penal constitucional e democrático possui a importante missão de legitimar o poder punitivo estatal, através da observância dos direitos e garantias fundamentais do imputado durante a tramitação do procedimento. É a efetivação do projeto constitucional através da maximização de seus valores éticos e políticos.

Todavia, Aury Lopes Jr. (2017, p. 31) afirma que o atual momento histórico experimenta uma subversão da lógica do sistema jurídico-constitucional, pois cada vez mais movimentos repressivistas demandam a legitimação da liberdade individual pelo processo penal, que deveria ser a regra.

A liberdade individual, decorrente do princípio fundante da dignidade da pessoa humana e do próprio direito à vida, amplamente consagrada em diversos tratados internacionais de direitos humanos, constitui valor primevo do processo penal e um pressuposto para o Estado Democrático de Direito (Lopes Jr., 2017, p. 31).

A restrição da liberdade neste modelo de Estado, sobretudo no curso processual, deve ser absolutamente excepcional, condicionada a uma necessidade cautelar momentânea, de proteção do próprio processo, e cuja satisfação não pode ser solucionada por outras medidas menos invasivas.

Nesse sentido, a legislação processual penal, interpretada constitucionalmente, deve funcionar de modo a criar obstáculos à supressão da liberdade, e não a facilitá-la, tendo em

vista a sua importante missão de limitadora do *ius puniendi* estatal, cuja arbitrariedade já foi constatada em diversos momentos históricos, e, por consequência, de garantia dos direitos fundamentais para uma vida digna.

A presunção de inocência, enquanto garantia política, manifestação da própria liberdade humana e princípio fundante do processo penal liberal, desdobra-se em um postulado de tratamento segundo o qual há de partir-se da ideia de que o imputado "é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo" (Vegas Torres, s.d., p. 35 e s. apud Lopes Jr., 2020, p. 107).

Portanto, qualquer dispositivo processual penal que torne ampla, larga e irrestrita a possibilidade de prisão do sujeito passivo durante a persecução penal, especialmente com propósitos punitivos e, portanto, não condizentes com o tratamento de inocente do sujeito, inverte a lógica constitucional e os correspondentes fins do processo penal.

Além disso, em países marcados por profundas desigualdades sociais, com níveis frágeis de cidadania, como o Brasil, prevalece uma cultura jurídico-judiciária autoritária, que tende a aplicar mais medidas repressivas do que medidas que visam salvaguardar as liberdades públicas (Machado, 2014, p. 578).

Assim, dispositivos legais que ampliam a possibilidade de prisão provisória por motivos que não se relacionam com a proteção da jurisdição, constituem um chamado à prática autoritárias. É a "ressonância de uma consciência social iludida com as possibilidades e os "milagres" da repressão, apegada à ideia de que a legislação rígida e a repressão eficaz, por si sós, bastariam para resolver o problema da criminalidade" (Machado, 2024, p. 578):

> Em culturas assim, as garantias destinadas à tutela da liberdade acabam operando apenas no nível retórico, ou forma, sem uma efetiva inserção na realidade concreta dos procedimentos penais, **o que acaba gerando distorções tais como a banalização das prisões provisórias e a baixa efetividade do sistema de liberdades públicas** (Machado, 2014, p. 578, grifo nosso).

As práticas autoritárias de um sistema de justiça, chanceladas e aplicadas pelo próprio Poder Judiciário, influenciadas, como denuncia Machado (2014, p. 579), por pressões sociais, econômicas e políticas, acabam por corroer e deslegitimar as liberdades e os valores éticos que compõem o núcleo axiológico dos Estados Democráticos de Direito.

Nesse contexto, a própria liberdade individual, como regra, torna-se um perigo, uma ameaça à ordem pública, ainda que não se saiba exatamente o que signifique esse conceito abstrato. O discurso que contesta a liberdade do indivíduo que é alvo de uma persecução criminal é o mesmo "que pressiona para um uso mais efetivo das medidas de repressão, entre

elas as medidas cautelares penais, frequentemente desvirtuadas como instrumentos de punição e manutenção da ordem pública" (Machado, 2014, p. 579).

É preciso, portanto, desvincular a prisão preventiva de tal finalidade punitiva, uma vez que a prevenção e a defesa social são objetivos próprios da pena, somente tornada real e aplicável com o fim do processo.

É preciso definir concretamente, sem espaços para grandes interpretações, qual o propósito dessa prisão provisória, a mais gravosa de um processo penal, tendo em vista que constringe a liberdade sem que haja ainda uma sentença penal condenatória definitiva e, especialmente, em momento em que vige a presunção de inocência em favor do imputado.

As medidas cautelares do processo penal devem possuir, afinal, finalidade cautelar! De acordo com Aury Lopes Jr. (2020, p. 632), "as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar".

Sara Aragoneses (1996, p. 387) dispõe que a instrumentalidade das medidas cautelares objetiva garantir duas finalidades: "el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del jus puniendi". A finalidade cautelar, portanto, tem natureza acessória, pois visa garantir que o processo penal concretize suas finalidades.

Durante o curso processual podem ocorrer eventos proporcionados pelo estado de liberdade do sujeito passivo que comprometam a prestação jurisdicional. A prisão preventiva, assim como todas as medidas cautelares, serve para eliminar ou minimizar esse perigo (Cruz, 2021, p. 245).

Portanto, sendo a prisão preventiva uma medida de natureza jurídica cautelar, ela não pode ser utilizada como instrumento de antecipação de pena, vinculada à gravidade do crime imputado ou às circunstâncias pessoais do agente, isto é, com propósito punitivo (Tourinho Neto, 1994, p. 88).

Isto porque só são compatíveis com o estado de inocência medidas cautelares propriamente ditas, isto é, que não tenham como finalidade antecipar efeitos da sentença condenatória, como o suposto objetivo de evitar a reiteração delitiva, típico efeito da prevenção especial da pena (Badaró, 2015, p. 950):

> [...] prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado. Parece evidente que nessas situações a prisão não é "um instrumento a serviço do instrumento", mas uma

> antecipação da punição, ditada por razões de ordem substancial e que pressupõe o reconhecimento da culpabilidade (Gomes Filho, 1989, p. 67-68).

2.3 A prisão preventiva no Brasil: requisitos, principiologia e fundamentos

A prisão preventiva no Brasil é a medida cautelar mais gravosa do processo penal, tendo em vista que constringe completamente a liberdade do imputado durante o curso processual, período em que vige em seu favor o princípio constitucional da presunção de inocência. Enquanto norma de tratamento, o princípio deveria impedir a decretação de medidas contrárias ao *status* de inocente, como o encarceramento, que, segundo o texto constitucional, é presente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A doutrina já discutiu muito a compatibilidade da prisão preventiva e os direitos à liberdade individual e à presunção de inocência, previstos no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos[21] e no artigo 5º, LVII e LXI, da Constituição Federal de 1988[22].

Parece ser consenso que nenhum princípio, por mais importante que seja, é absoluto. Assim, a presunção de inocência pode ser relativizada pelo uso das prisões cautelares, desde que respeitados os seus princípios, requisitos, fundamentos e, especialmente, a sua necessidade cautelar (Lopes Jr., 2020, p. 628).

Não à toa, a prisão preventiva no Brasil está inserida no Título IX do Código de Processo Penal, denominado "Da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória", razão pela qual, além dos argumentos apresentados no tópico anterior, depreende-se possuir natureza cautelar.

A legislação processual penal brasileira estabelece requisito e fundamentos para a decretação da prisão preventiva. A doutrina especializada, por sua vez, interpretando a medida com supedâneo no texto constitucional, elaborou princípios norteadores a serem observados pelo Poder Judiciário, embora, é importante que se diga, muitas vezes são eles sumariamente ignorados.

---

[21] O artigo 8 da CADH, que trata das garantias judiciais, enuncia em seu inciso 2, sobre a presunção de inocência, que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]" (Organização dos Estados Americanos, 1969).

[22] O artigo 5º, LVII, da Constituição enuncia que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (Brasil, 1988). Já o princípio da liberdade individual, previsto no inciso LXI do mesmo dispositivo constitucional, significa que "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";

2.3.1 Requisitos e cabimento

O sistema cautelar do processo penal brasileiro compreende as medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou reais e instrutórias, as quais se sujeitam aos pressupostos "inerentes a toda cautela, que, de um modo geral, são conhecidos como a plausibilidade do direito reivindicado (*fumus boni iuris*) e o perigo da demora (*periculum in mora*)" (Cruz, 2021, p. 245).

Essas categorias, porém, são oriundas do processo civil e, em razão disso, se mostram insuficientes para a dogmática processual penal. Adotando a linha de Lopes Jr. (2020, p. 633), defende-se que o único requisito comum para a decretação de qualquer medida cautelar no processo penal é o "*fummus comissi delicti*", que seria a "probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito)" (Lopes Jr., 2020, p. 633).

Esse requisito é previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal, que demanda a "prova da existência do crime e indício suficiente de autoria" para decretação da prisão preventiva.

Para caracterização do requisito, é necessário haver prova que demonstre a certeza de que o fato delitivo ocorreu, e não que indique mera probabilidade (Badaró, 2015, p. 974). Nesse sentido, Basileu Garcia (1945, p. 153) leciona que "pode-se não saber, com inteira segurança, se o indiciado é o seu autor, mas a demonstração de que existe um fato delituoso, perfeitamente enquadrável na lei penal, é indeclinável".

Mas é claro que, operando em um juízo de cognição sumária, não há como ter certeza de que a conduta é criminosa, basta que haja a aparência de que a conduta é típica, ilícita e culpável e, ainda, que não haja, também neste juízo de aparência, causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade (Lopes Jr., 2020, p. 6880.

Em relação à autoria, componente de tal requisito, basta a existência de indícios suficientes, isto é, não é necessário um juízo de certeza, pois isso também seria impossível em sede cautelar.

Já o artigo 313, *caput*, do Código de Processo Penal elenca as hipóteses de cabimento da prisão preventiva. A medida será admitida: (1) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 anos; (2) se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; (3) se o crime se tratar de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, a fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência (Brasil, 1941).

Como consequência da primeira hipótese de cabimento, não se admite prisão preventiva para crimes culposos, pois a redação legal fala expressamente em "crimes dolosos". Além disso, a previsão do *quantum* de pena para a prisão preventiva "procurou estabelecer coerência e harmonia com o artigo 44 do Código Penal" (Lopes Jr., 2020, p. 694), pois o réu, se condenado ao final, provavelmente teria a sua pena corporal substituída por penas restritivas de direitos.

Na segunda hipótese de cabimento, o legislador previu a prisão preventiva para o réu reincidente em crime doloso. Aury Lopes Jr. (2020, p. 695) leciona que tal modalidade é inconstitucional porque estigmatiza o reincidente e viola a presunção de inocência, tendo em vista que estabelece uma presunção de culpabilidade pela reincidência e não possui caráter cautelar.

A terceira hipótese de cabimento trata da decretação da prisão preventiva quando medidas protetivas de urgência forem violadas pelo imputado. Essa modalidade prisional visa garantir que as medidas protetivas sejam respeitadas e, com isso, proteger a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência vítima de violência no contexto doméstico e familiar. Considerando o grave quadro de violência doméstica que assola o país, tal hipótese de prisão, subsidiária (pois somente é decretada quando as medidas forem desrespeitadas), se revela necessária para tutelar os bens jurídicos das vítimas.

O artigo 313, § único, do Código de Processo Penal também prevê a hipótese de decretação da prisão preventiva "quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la", devendo ela ser colocada imediatamente em liberdade após a devida identificação (Brasil, 1941). Tal hipótese, porém, não dispensa a necessidade de observância do *fummus comissi delicti* e de um dos fundamentos de *periculum libertatis*, os quais serão explicitados adiante.

De acordo com o artigo 282, § 4º, do Código de Processo Penal, também se admite a prisão preventiva quando o imputado violar, injustificadamente, as medidas cautelares alternativas à prisão. Essa substituição, todavia, não é automática e deverá ser devidamente fundamentada pelo juiz.

Por fim, concretizando a finalidade cautelar da prisão preventiva, o artigo 313, § 2º, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.964/2019, dispõe que a medida não poderá ser decretada "com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia" (Brasil, 1941).

2.3.2 Princípios norteadores

O instituto da prisão preventiva, por ser a medida jurídica mais invasiva do processo penal, é regulamentado por uma série de princípios norteadores, os quais "permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência" (Lopes Jr., 2020, p. 637).

2.3.2.1 Presunção de inocência, jurisdicionalidade e motivação

O princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, o qual enuncia que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (Brasil, 1988).

A norma principiológica também está inserida no catálogo de garantias da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando o artigo 8.2 dispõe que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa" (Organização dos Estados Americanos, 1969).

Parte da doutrina defende que a Constituição brasileira não assegurou expressamente a "presunção de inocência", mas, sim, o "estado de não culpabilidade", uma vez que a primeira expressão não foi literalmente inserida no texto constitucional (Lopes Jr.; Badaró, 2016, p. 9). Entretanto, de acordo com Lopes Jr. e Badaró (2016, p. 9), a defesa da presunção de não culpabilidade está em desconformidade com os princípios, valores e com a missão democrática da Constituição brasileira e com a Convenção Americana de Direitos Humanos:

> Em primeiro lugar, afirmar que a Constituição recepcionou apenas a 'presunção de não culpabilidade' é uma concepção reducionista, pois seria alinhar-se ao estágio 'pré-presunção de inocência' não recepcionada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e tampouco pela a base democrática da Constituição (Lopes Jr.; Badaró, 2016, p. 9).

É errado, porém, analisar a presunção de inocência a partir de uma perspectiva exclusivamente jurídica ou normativa. Trata-se de um princípio eminentemente político, adotado pelas nações com o singelo objetivo de construir uma persecução penal que não trate o imputado como culpado desde a sua origem, evitando assim a legitimidade de medidas restritivas arbitrárias à sua liberdade ou patrimônio. A presunção de inocência é manifestação direta da dignidade da pessoa humana e do direito à liberdade individual.

De acordo com Ferrajoli (2002, p. 441), “esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. Trata-se, portanto, de raciocínio inverso ao dos ordenamentos jurídicos vigentes durante o período nazifascista, nos quais se preferia a prisão de todos os culpados, ainda que às custas da liberdade de alguns inocentes.

O constituinte brasileiro, exercendo esta opção política e axiológica, estabeleceu que o acusado deve ser tratado como inocente até o marco definitivo do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Durante a tramitação do feito, mesmo que recaia contra ele sentença condenatória recorrível, o grau da presunção de inocência não é “enfraquecido”, pois o princípio “vale e impõe, sem quaisquer graduações, até o trânsito em julgado” (Taipa de Carvalho, 1997, p. 311).

A norma de tratamento decorrente da presunção de inocência demanda que o Estado se abstenha de praticar condutas contra o imputado que seriam condizentes ao estado de culpabilidade. É em razão disso que o sujeito passivo somente pode ser preso provisoriamente “diante de uma imperiosa necessidade, devidamente justificada e apoiada em critérios legais, objetivos e concretamente demonstrados, de sorte a conferir caráter realmente cautelar à prisão *ante tempus*” (Cruz, 2021, p. 77).

Além de princípio político, a presunção de inocência também é consequência lógica da própria juridiscionalidade, tendo em vista ser através da atividade jurisdicional que se obtém a prova da prática do crime pelo imputado. Se o trajeto do devido processo legal não for percorrido, nenhum crime pode ser considerado praticado e, por consequência, ninguém pode ser considerado culpado e submetido à pena (Ferrajoli, 2002, p. 441).

A jurisdicionalidade está profundamente relacionada com o devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988, o qual enuncia que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (Brasil, 1988).

E para que haja a privação da liberdade durante o curso processual é necessária a devida motivação escrita da decisão judicial[23], demonstrando-se a finalidade cautelar da medida, os argumentos fáticos concretos que preencham o *fummus comissi delicti* e também a hipótese de cabimento aplicada, respeitando-se assim o princípio da motivação dos atos do Poder Judiciário, inserido no artigo 93, inciso IX, da Constituição[24].

---

[23] O artigo 5º, LXI, da Constituição Federal de 1988 enuncia que “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] O artigo 5º, IX, do texto constitucional dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em

Como consequência da presunção de inocência no instituto da prisão preventiva, tem-se que todos os decretos prisionais fundamentados em argumentos vagos, imprecisos, abstratos, metajurídicos, não contextualizados com questões fáticas concretas dos autos, ou, ainda, que se reportem à própria redação do tipo penal ou à gravidade abstrata do delito, violam a presunção de inocência e, portanto, são inconstitucionais (Cruz, 2021, p. 78).

2.3.2.2 Excepcionalidade

A liberdade em um Estado Democrático de Direito é a regra, enquanto a prisão é a exceção. Embora a afirmação pareça óbvia, na prática ela não se concretiza, especialmente na América Latina, onde o número de prisões preventivas se mostra elevado.

Em décadas de existência e de múltiplas reformas legislativas, o Código de Processo Penal brasileiro, se lido à luz dos ditames constitucionais, ainda conta com incongruências. Um exemplo é a manutenção do termo "liberdade provisória", como se o fato de o imputado responder ao processo constituísse uma exceção à regra geral, que seria a prisão.

A presunção de inocência, entretanto, demanda que "as prisões cautelares sejam efetivamente a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam" (Lopes Jr., 2020, p. 646).

O artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal consagra a excepcionalidade da prisão preventiva ao dispor que ela somente será decretada quando não for cabível a aplicação de alguma das medidas cautelares alternativas à prisão, previstas no artigo 319 do mesmo diploma legal. É dever do juiz realizar tal análise e, caso entenda pelo não cabimento, deverá apresentar decisão fundamentada, com base em elementos concretos e individualizados dos autos, para demonstrar a não aplicação.

2.3.2.3 Provisionalidade e da contemporaneidade

A prisão preventiva, assim como toda medida cautelar, é situacional, isto é, decretada a partir de uma situação fática concreta que a ampare e a exija a partir de um juízo de necessidade. É, portanto, uma medida provisional, não permanente, da qual "uma vez desaparecido o suporte

---

determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

fático legitimador da medida e corporificado no *fummus comissi delicti* e/ou no *periculum libertatis*, deve cessar a prisão" (Lopes Jr., 2020, p. 640).

Portanto, se durante o curso processual o estado de perigo gerado pela liberdade do imputado desaparecer ou, até mesmo, por meio da instrução, restar demonstrada a inexistência do crime ou a carência de indícios suficientes de autoria, a custódia cautelar não mais terá seu requisito e fundamentos para a sustentar.

O princípio da provisionalidade está intimamente relacionado com o princípio da contemporaneidade ou da atualidade do perigo, segundo o qual "para que uma prisão preventiva seja decretada, é necessário que o *periculum libertatis* seja atual, presente, não passado e tampouco futuro e incerto" (Lopes Jr., 2020, p. 640), devendo tal elemento ser demonstrado na decisão que decreta a prisão preventiva:

> Art. 312 [...] § 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (Brasil, 1941).

2.3.2.4 Princípio da provisoriedade

A prisão preventiva também é uma medida cautelar temporária, pois decorre de uma situação fática concreta que precisa ser tutelada naquele momento determinado. Embora possua esse aspecto provisório, o processo penal brasileiro, ao contrário de outros países, não prevê um tempo máximo de prisão preventiva, o que possibilita e facilita que essa medida adquira traços punitivos e de antecipação de pena. Afinal, não é raro na prática judiciária brasileira casos de prisões cautelares que perduram por vários meses e anos.

A necessidade de se impor um limite temporal à prisão preventiva decorre do princípio da razoável duração do processo. O artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, expõe que toda pessoa "tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo" (Organização dos Estados Americanos, 1969).

Por exemplo, a Lei n. 24.390 da Argentina se define como regulamentadora[25] desse dispositivo convencional e o seu artigo 1º definiu que (1) a prisão preventiva não poderia ser superior a 2 anos; (2) não obstante, quando a quantidade de crimes imputados ou a evidente complexidade do feito tenham impedido a finalização do processo no prazo de 2 anos, a prisão

[25] Artículo 9º La presente ley es reglamentaria del artículo 7, punto 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Argentina, 1994).

preventiva poderia ser prorrogada por mais 1 ano, através de decisão fundamentada a ser imediatamente comunicada ao tribunal superior para controle de legalidade.

Os limites temporais argentinos constituem um avanço para a regulamentação da finalidade cautelar da prisão preventiva, ainda que se questione a duração dos prazos supramencionados. No Brasil, porém, não há qualquer limite temporal e a jurisprudência tende a tolerar prisões preventivas que se prolongam indefinidamente no tempo.

O artigo 316, § único, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/19, até inseriu o dever ao juiz de revisar a prisão preventiva a cada 90 dias, sob pena de a prisão ser considerada ilegal, o que, na época, constituiu um grande avanço na matéria. Todavia, a interpretação do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 6.582, tornou praticamente inócuo o dispositivo ao dispor que a inobservância da reavaliação após o prazo de 90 dias não resultava na revogação automática da prisão.

Assim, a inexistência de limites temporais à prisão preventiva no processo penal brasileiro torna-se outro fator que propicia a utilização da medida com propósito punitivo.

2.3.2.5 Princípio da proporcionalidade

Por fim, toda medida cautelar é regida pelo princípio da proporcionalidade, desenvolvido na Alemanha durante o século XX. Embora o princípio não esteja expressamente previsto na Constituição brasileira, "sua fundamentação costuma apoiar-se quer no Estado de Direito, quer nos direitos fundamentais, quer, sobretudo, no princípio da dignidade da pessoa humana" (Steinmetz, 2001, p. 159 ss apud Cruz, 2021, p. 122).

O princípio da proporcionalidade auxilia o juiz durante o convencimento para a decretação ou não da medida cautelar, uma vez que nesta etapa dois direitos fundamentais se encontram em colisão. De um lado, o direito à liberdade individual; do outro, o *ius puniendi* estatal, que necessita ser regido de forma eficaz. A ponderação do magistrado deve se dar com atenção à proporcionalidade, que se desdobra em três subprincípios: adequação, necessidade ou subsidiariedade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entende-se por adequada a medida cautelar que se revele apta a garantir os motivos e as finalidades pelas quais foi decretada, isto é, "quando mostrar-se eficaz, adequada, idônea para proteger o direito ou interesse que se encontra ameaçado na situação concreta" (Cruz, 2021, p. 125).

Já o subprincípio da necessidade ou subsidiariedade significa que "a medida cautelar deve ser a alternativa menos onerosa ou gravosa, sob a ótica do sujeito passivo, entre as previstas em lei" (Cruz, 2021, p. 127). De acordo com Canotilho (1989, p. 488):

> Evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei. Uma medida será então exigível ou necessária quando não for possível outro meio igualmente eficaz, mas menos 'coativo', relativamente aos direitos restringidos.

Relaciona-se com a natureza de *ultima ratio* da prisão preventiva, pois, sendo essa a medida mais agressiva à liberdade do imputado, somente poderia lhe ser imposta quando as outras medidas cautelares alternativas à prisão fossem insuficientes.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito demanda do Judiciário a análise do custo que será causado ao acusado, que é presumidamente inocente, através da imposição de uma medida cautelar como a prisão preventiva. A prisão, ainda que processual, acarreta grave estigma social ao imputado, sobretudo aos olhos do meio social. Além disso, a supressão da liberdade durante o processo constitui custo elevadíssimo, especialmente quando se observa que, no Brasil, o cumprimento da prisão preventiva pode ser mais gravoso que o cumprimento de uma pena em regime fechado, pois, na primeira, o estabelecimento penal é igual aos outros, sem qualquer comodidade; não há previsão de saída (pois não há pena); não há previsão de progressão de regime e muito menos de saídas temporárias.

Por isso, o juízo de ponderação, conectado com os outros princípios, se faz tão necessário. O juiz deverá ponderar a gravidade do crime imputado; a pena e o regime prisional que, em caso de condenação, provavelmente será aplicado ao imputado; a suficiência de outras medidas cautelares menos agressivas; a necessidade da prisão preventiva para os fins alegados, dentre outros aspectos.

2.3.3 Fundamentos da prisão preventiva

Além do requisito do *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, o artigo 312 do Código de Processo Penal elenca os fundamentos para a decretação da prisão preventiva: (a) como garantia da ordem pública; (b) como garantia da ordem econômica; (c) por conveniência da instrução criminal; (d) para assegurar a aplicação da lei penal.

Tais finalidades da custódia cautelar se relacionam com o fundamento do *periculum libertatis*, isto é, o perigo causado pelo estado de liberdade do indivíduo ao regular desenvolvimento do processo, o qual precisa ser acautelado através da prisão preventiva.

De acordo com Gustavo Badaró (2015, p. 974), "embora a prisão preventiva seja uma medida cautelar típica, o *periculum libertatis* é definido por meio de conceitos amplos, sem a descrição precisa de situações fáticas que o caracterizariam". Cabe ao magistrado analisar se a conduta praticada pelo imputado caracteriza algum risco às hipóteses supramencionadas.

Os fundamentos da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal constituem hipóteses verdadeiramente cautelares, pois objetivam assegurar o regular desenvolvimento do processo penal.

A prisão por conveniência da instrução possui caráter instrumental ao processo, porque busca conservar os meios probatórios ou as próprias provas a fim de que o processo atinja um resultado íntegro (Badaró, 2015, p. 982). A medida poderá ser decretada quando o réu praticar condutas concretas que atentem contra a integridade da prova. Por exemplo, quando restar constatado que ele está coagindo testemunhas, vítimas ou peritos, falsificando ou destruindo provas.

Aury Lopes Jr. (2020, p. 710-711) leciona que esta modalidade de prisão preventiva não pode ser confundida com uma inadmissível custódia para produção de provas, a fim de forçar que o réu seja interrogado, por exemplo.

Atenta ainda para o fato de que o Estado deve investir na eficiência e na cientificidade das polícias, a fim de que as investigações se desenvolvam mais rapidamente e de forma idônea, e com isso o risco de manipulação ou destruição de provas diminua (Lopes Jr., 2020, p. 711). Nesse sentido, Sara Aragoneses (1996, p. 711) dispõe que a proteção da prova é muito mais garantida através da imposição de medidas que assegurem a sua integridade de forma antecipada do que com a prisão preventiva.

Já a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal se justifica pelo fundado receio de que o acusado busque fugir e, com isso, não se sujeitar ao cumprimento de eventual sentença penal condenatória. Mas o temor da fuga deve se fundamentar em uma circunstância fática concreta praticada pelo réu que indique a sua intenção de se furtar da aplicação da lei penal, como a preparação para deixar o seu domicílio, o desfazimento repentino de bens, compra de passagens aéreas para o exterior ou a procura por passaporte (Badaró, 2015, p. 975).

Ademais, mesmo que haja um risco concreto de fuga, isto pode ser impedido através da combinação de medidas alternativas à prisão, pessoais e patrimoniais, como a imposição de tornozeleira eletrônica, o comparecimento periódico em juízo e o bloqueio de bens.

O artigo 312 do Código de Processo Penal também prevê que a prisão preventiva pode ser decretada para garantia da ordem pública e da ordem econômica. Tratam-se de conceitos abertos, amplos e vagos, cuja definição não foi trazida pela legislação processual penal. Não se sabe, concretamente, o significado e/ou o conteúdo de ordem pública e econômica e quais ações humanas são capazes de vilipendiá-las.

Além disso, ao contrário dos outros dois fundamentos, a prisão para proteção da ordem pública e econômica não possui finalidade cautelar, pois não está relacionada à salvaguarda do regular desenvolvimento processual ou de seu desfecho advindo da sentença penal definitiva.

Ao que interessa a este trabalho, a prisão para garantia da ordem econômica não foi originariamente prevista no Código de Processo Penal de 1941, mas sim introduzida pela Lei n. 8.884/94, que dispunha sobre a prevenção e a repressão dos crimes contra a ordem econômica. Defendendo a utilização de sanções à pessoa jurídica, a utilização do direito administrativo sancionador ao invés do direito penal e a imposição de restrições comerciais, Aury Lopes Jr. (2020, p. 705) dispõe que a prisão preventiva para coibir especulações e fraudes financeiras não serviria para remediar ou diminuir a lesão econômica, pois, nesses crimes, se mostra muito mais eficiente a imposição de medidas cautelares patrimoniais.

2.4 A prisão preventiva pela garantia da ordem pública

2.4.1 Origem da ordem pública

O conceito de “ordem pública” não é contemporâneo. Ele foi previsto em diversos ordenamentos jurídicos no decorrer da história e com múltiplos significados. No direito romano, a ordem pública é associada à concepção de interesse público, bem como às normas consideradas imperativas, aplicáveis a todos os cidadãos indistintamente (Prado; Santos, 2018, p. 36). Na Idade Média, precisamente no século XIII, a ordem pública associava-se à ideia de tranquilidade e paz social; se a ordem pública está preservada, a sociedade estaria segura (Prado; Santos, 2018, p. 37).

Mas é a partir da Idade Moderna, na Europa, que o conceito passa a adquirir os seus traços contemporâneos, quais sejam, a sua concepção policialesca, excepcional, moral e

limitadora de direitos. Em situações de desordem e intranquilidade sociais, geradas não só pela prática de crimes, mas também pelo não cumprimento de regras de convivência de cunho moral, as forças policiais eram acionadas a pretexto de salvaguardar a ordem pública, o que implicava na restrição de direitos e uso de força física contra os cidadãos (Prado; Santos, 2018, p. 37). A ordem pública, portanto, é muito mais uma medida de polícia do que propriamente de justiça.

Na era contemporânea, a ordem pública foi positivada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na Constituição francesa de 1791, na Constituição espanhola de 1812, na Constituição mexicana de 1917, e na Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, ela foi introduzida na Constituição Federal de 1981 e mantida nos textos constitucionais de 1937, 1941, 1946, 1967 e 1988.

E, no Brasil, em todas essas hipóteses, "a ordem pública serve como "botão de emergência" para a autoridade policial e o Estado intervirem na esfera privada quando entenderem que a ordem pública fora violada de algum modo" (Prado; Santos, 2018, p. 37).

Além de ser um conceito conhecido por sua vagueza e indeterminação, a excepcionalidade de sua utilização, que era sua marca, foi esquecida nos regimes democráticos. Bobbio adverte que "neste tipo de ordenamento, se confirmou uma noção elástica de Ordem pública que trouxe consigo a ampliação dos limites e permite uma maior redução dos direitos de liberdade" (1998, p. 851-852).

A utilização trivial é muito sentida no processo penal brasileiro, tendo em vista que a maioria das prisões preventivas decretadas no país possui como fundamento a garantia da ordem pública. O significado de que a ordem pública fora violada é dado pelo magistrado, não extraído da lei ou da Constituição, a partir de suas próprias concepções particulares de mundo. Ou seja, trata-se de um conceito policialesco e de conceituação arbitrária, que vem sendo utilizado rotineiramente para restringir a liberdade dos cidadãos. A ordem pública é preenchida com "sentidos igualmente indeterminados, indefinidos ou indetermináveis, *i.e.*, segurança, bons costumes, moralidade, paz social, credibilidade das instituições, tranquilidade, periculosidade e salubridade" (Prado; Santos, 2018, p. 53), conceitos mais morais do que jurídicos.

Além de sua imprecisão histórica, não há como se ignorar que a prisão preventiva pela garantia da ordem pública está profundamente relacionada com a gênese no Código de Processo Penal brasileiro de 1941. A compreensão de sua origem processual penal permite compreender os motivos pelos quais, propositalmente, não há parâmetros para definir o que é ordem pública e quando ela é colocada em risco.

A Constituição brasileira de 1934 estabeleceu a competência exclusiva da União para legislar sobre processo penal, retirando essa tarefa dos estados brasileiros. O primeiro projeto de Código de Processo Penal foi conhecido como "Projeto Vicente Raó", em razão do Ministro da Justiça da época que conduzia os trabalhos (Araújo, 2022, p. 38). O projeto adotava uma "concepção social" de direito, que iria ser preservada no Código de 1941, cuja principal característica é a busca por um "equilíbrio" entre os direitos individuais, ligando o interesse individual ao coletivo (Gloeckner, 2018, p. 339-340). O projeto Raó já previa a prisão preventiva para a garantia da ordem pública.

Em razão do golpe do Estado Novo, o projeto foi encerrado, dando lugar aos preparativos para elaboração do Código de Processo Penal de 1941, o qual conservou a concepção social do direito e, com isso, a ideia de relativização de direitos individuais em prol do coletivo foi absorvida pelo Estado Novo e pelo pensamento jurídico dominante da época (Araújo, 2018, p. 39).

Este diploma foi profundamente inspirado no Código Rocco de 1930, vigente na Itália fascista de Benito Mussolini. De acordo com Gloeckner (2018, p. 291), o Código Rocco compreendia o direito à liberdade pessoal como um direito concedido pelo Estado e, portanto, passível de ser restringido ou relativizado. Esta compreensão derivava da própria noção de Estado fascista:

> Os direitos individuais, então, eram subordinados aos interesses da defesa social, já que o Estado fascista, diferenciando-se do Estado democrático liberal, não respeitava direitos pré-adquiridos, mas eles eram apenas uma concessão do Estado, acordada no interesse da coletividade (Gloeckner, 2018, p. 291).

Vincenzo Manzini, responsável pela elaboração do Código Rocco, entendia a liberdade como um "benefício", no qual o Estado renunciaria ao poder de manter a prisão preventiva do imputado (Gloeckner, 2018, p. 293). Este discurso foi absorvido pelo Código de Processo Penal brasileiro, conforme se pode observar pelo termo "liberdade provisória", que causa a impressão de que a liberdade é uma exceção e, ainda, transitória, e a regra seria a prisão do investigado/acusado.

Araújo (2018, p. 39-40) leciona que a própria exposição de motivos do Código de 1941 demonstra que a sua preocupação central é a repressão estatal, ainda que por meio de sacrifícios a direitos e garantias individuais, os quais o texto chega a se referir como "favores":

> De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de

> maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum (Brasil, 1941).

Não se pode esquecer que o projeto do código, que já contava com influência da experiência italiana, também foi um projeto da ideologia do Estado Novo, governo ditatorial de Getúlio Vargas que nascia naquele momento do Brasil. Francisco Campos, Ministro da Justiça da época, auxiliou na construção da base ideológica do governo e buscava verticalizar e centralizar o poder nas mãos do presidente, enfraquecer e controlar movimentos políticos de oposição e "suas ações e discursos ficaram marcados pela ideologia da defesa social, focando no ataque a direitos e garantias individuais sob a justificativa de proteção da coletividade" (Araújo, 2018, p. 42).

Outro ponto destacado por Araújo (2018, p. 42-43) é que o Código de Processo Penal de 1941 estava amparado pela Constituição Federal de 1937, que, em seu preâmbulo, afirma ser o texto constitucional uma resposta às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, que estariam sendo perturbadas por conhecidos fatores de desordem, como o movimento comunista, exigindo, portanto, remédios de caráter radical e permanente (Brasil, 1937).

O texto constitucional delimitava a existência "de um inimigo a ser combatido, criando-se instrumentos jurídicos para que as mais variadas violações não fossem contestadas, porque a partir daquele momento estavam juridicamente respaldadas" (Araújo, 2018, p. 43).

O argumento se comunica com a tese defendida por Zaffaroni de que o direito penal costuma se ocupar dos sujeitos tidos como inimigos da sociedade. Os instrumentos jurídicos, como a prisão preventiva da garantia da ordem pública, são meios para combater esses inimigos, conferindo-lhes roupagem legal.

Araújo (2018, p. 44) conclui que, embora o Estado Novo tenha acabado, as suas heranças legislativas – como a prisão preventiva pela garantia da ordem pública – remanescem até os dias atuais, com a mesma lógica orientadora de que os direitos da coletividade devem preponderar sobre os direitos individuais, sendo estes de certo modo sacrificados.

2.4.2 Garantia da ordem pública: conceito, finalidade e direito comparado

A prisão preventiva pela garantia da ordem pública é com certeza a mais polêmica modalidade de custódia cautelar prevista na legislação processual brasileira. Trata-se de um conceito amplo, indeterminado, com múltiplos significados a depender do ramo do direito analisado, e também poroso, pois é possível o encaixe de qualquer conduta como atentatória à ordem pública a partir de determinada visão de mundo do magistrado, bem como de seu manejo discursivo.

Para Zanoide de Moraes (2010, p. 397), a vagueza semântica da expressão "ordem pública" em matéria de liberdade viola os princípios da legalidade estrita e da proporcionalidade:

> Falta-lhes legalidade 'estrita' porquanto são conceitos abertos e não estão acompanhados de qualquer referência limitadora em sua extensão, ou que possa servir de parâmetro para o juiz extraí-los a partir do caso concreto. E, ainda, não há limite, por exemplo, para inferências subjetivas e advindas de razões midiáticas, pseudo-eficientistas ou, ainda, de escolhas íntimas do julgador.

A doutrina clássica e contemporânea não esconde que a prisão para garantia da ordem pública não possui fim cautelar e nem é acessória ao processo. Para Frederico Marques (1965, p. 49) esta modalidade prisional configura verdadeira medida de segurança, utilizada pelo Estado para proteger "dos prováveis danos que a liberdade do réu possa causar – com a dilação do desfecho do processo – dentro da vida social e em relação aos bens jurídicos que o Direito Penal tutela" e não para tutelar o processo.

No mesmo sentido é a lição de Ramos (1998, p. 143), segundo o qual a magistratura tem como uma de suas missões a defesa social e a prisão preventiva pela garantia da ordem pública constitui "medida judiciária de polícia, justificada e legitimada pelos altos valores sociais em jogo".

Gomes Filho (1991, p. 68) informa que esta custódia cautelar é extraída da doutrina processual penal italiana e serve como medida de "pronta reação do delito como forma de aplacar o alarme social", possuindo a decisão que a decreta forte carga de justiça sumária.

Portanto, prende-se o sujeito indesejado e tido como perigoso a fim de acautelar a sociedade. Ocorre, entretanto, que o uso da prisão preventiva para defesa social, isto é, segregando o cidadão da sociedade com os propósitos de impedir que ele pratique novos crimes e para demonstrar ao corpo social que a "justiça" está sendo feita, aufere contornos de prisão-pena, já que esta possui os mesmos fins de prevenção:

> Quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza (Sanguiné, 2003, p. 114).

Com a prisão do acusado durante o curso processual, ou até mesmo durante a investigação policial, busca-se dois objetivos: (1) repreender o suposto autor do delito, encarcerando-o, a fim de que não volte a praticar crimes e (2) mostrar à sociedade que medidas coercitivas gravíssimas serão aplicadas imediatamente em caso de prática delitiva. Em outras palavras, esses objetivos correspondem ao caráter de prevenção da pena privativa de liberdade, estranho, portanto, à natureza cautelar da prisão preventiva.

Além disso, a prisão para defesa social do indivíduo que não tem contra si sentença penal condenatória definitiva, com base em um fundamento de pouca concretude, é instrumento típico de processos penais autoritários e, dessa forma, incompatível com o texto constitucional e com o atual estágio civilizatório do ocidente.

Em virtude de se desvincular do caráter instrumentário das medidas cautelares e por ser utilizada como medida de segurança pública e policialesca, parte da doutrina defende que a prisão preventiva pela garantia da ordem pública contraria a Constituição. Aury Lopes Jr. (2020, p. 705) expõe que, considerando a relevância constitucional dos princípios da liberdade individual e da presunção de inocência, "é absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malan partem*) que amplie o conceito de *cautelar* até o ponto de transformá-la em *medida de segurança pública*".

Geraldo Prado (2011, p. 142-143) dispõe que a inconstitucionalidade da prisão preventiva pela garantia da ordem pública não decorre tão somente pelo fato de ela não constituir uma medida puramente cautelar; mas por ela ser "medida de polícia judicial que antecipa a punição, o castigo, e o faz mais gravemente desvinculada da questão controvertida no processo", qual seja, se o acusado é realmente culpado ou inocente, questão esta que somente vai ser encerrada com o trânsito em julgado.

Em razão da dificuldade em se definir no plano fático condutas derivadas do estado de liberdade do imputado que proporcionem um abalo drástico à ordem pública e à coletividade, a ponto de legitimar a prisão, Machado (2014, p. 610) leciona que a custódia cautelar "via de regra configura uma autêntica antecipação da pena sem o prévio julgamento, o quê, obviamente,

acaba tornando a medida inconstitucional por ofensa ao princípio da inocência presumida e ao próprio devido processo legal".

Outros autores, porém, defendem a constitucionalidade do instituto. Fábio Bechara (2005, p. 156) afirma que o termo "ordem pública" deve ser compreendido como sinônimo de harmonia e de pacificação social ou, até mesmo, instrumento de defesa social ou núcleo essencial do direito constitucional à segurança. Para o autor, esses significados permitem reconhecer que uma das finalidades do processo penal é servir como instrumento de pacificação social e de restabelecimento da ordem, violados a partir da prática delitiva.

Rogerio Schietti Cruz (2021, p. 274), ainda que criticando a abertura conceitual da ordem pública, dispõe que a medida pode ser considerada constitucional quando destinada "a evitar a prática de novos crimes pelo investigado ou acusado, ante sua periculosidade, manifestada na forma de execução do crime, ou no seu comportamento, anterior ou posterior à prática ilícita". O autor defende ser missão do processo penal prevenir danos futuros, inclusive à sociedade, os quais podem ser constatados pelo modo de agir do imputado perante o grupo social ou pela forma pela qual executou o delito (2021, p. 274).

Neste sentido, Gustavo Badaró (2015, p. 979-980), embora se posicione contra tal fundamento, afirma que a forma menos imperfeita de tornar compatível a prisão pela garantia da ordem pública com o regramento das medidas cautelares é que ela sirva, tão somente, para "evitar a prática de infrações penais", finalidade prevista no artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal, excluindo qualquer outro propósito.

Parece, ao menos, ser absoluta a crítica à vagueza do fundamento da garantia da ordem pública. Buscando conferir maior concretude e materialidade ao fundamento, o Projeto de Lei n. 4.208/01 tinha como fim alterar os dispositivos relacionados às medidas cautelares. A nova redação do artigo 321 previa a prisão preventiva para, além do requisito de *fumus comissi delicti*, quando o indiciado ou acusado "venha a praticar infrações penais relativas ao crime organizado, à probidade administrativa ou à ordem econômica ou financeiras consideradas graves, ou mediante violência ou grave ameaça à pessoa" (Brasil, 2001).

As prisões para garantia da ordem pública e da ordem econômica, então, deixariam de existir. Mesmo que se pudesse dizer que o artigo conservava uma prisão cautelar com propósito de defesa social, ainda assim já seria um avanço, pois pelo menos algum grau de concretude seria proporcionado à prisão, garantindo maior segurança em matéria de liberdade. O dispositivo, porém, não foi aprovado, conservando a legislação de 1941.

Vale destacar que a prisão processual com o fim de proteção à sociedade não é uma exclusividade do Brasil. Outros países também possuem tal previsão legal, porém com menos vagueza conceitual do fundamento prisional, isto é, buscando trazer hipóteses mais concretas e tangíveis para a prisão provisória.

A "Ley de Enjuiciamento Criminal" espanhola prevê em seu artigo 503 que a prisão preventiva poderá ser decretada para evitar que o imputado viole os bens jurídicos da vítima ou para evitar que ele pratique novos crimes (Espanha, 2023). Para a análise do risco de reiteração delitiva, a lei espanhola exige a apreciação das circunstâncias concretas do delito imputado, bem como a gravidade dos crimes que possam ser cometidos (e que se busca, com a prisão, evitar). Além disso, essa hipótese prisional é reservada para casos de crimes dolosos com pena máxima que seja igual ou superior a 2 anos de prisão, ou com pena privativa de liberdade de tempo inferior, se o imputado possuir antecedentes criminais, ainda em vigor, por crimes dolosos.

Na França, o "Code de Procédure Pénale" dispõe em seu artigo 137 que a pessoa sob investigação, presumida inocente, permanecerá livre. No entanto, devido às necessidades da investigação ou como medida de segurança, ela pode ser obrigada a cumprir uma ou mais obrigações de controle judicial. Quando essas medidas se mostrem insuficientes em relação a esses objetivos, ela pode, excepcionalmente, ser detida temporariamente (França, 2009). O dispositivo privilegia a presunção de inocência e a liberdade como regra em um procedimento criminal logo em seu início. Em seguida, explicita como as medidas cautelares alternativas à prisão devem sempre ser a primeira opção, enquanto a prisão preventiva é excepcional e sua decretação é temporária.

No artigo 144 do mesmo diploma legal, o legislador dispõe que a prisão preventiva pode ser utilizada para encerrar a prática delitiva ou impedir a prática de novos crimes e também para "pôr fim à perturbação excepcional e persistente à ordem pública, provocada pela gravidade da infração, as circunstâncias de seu cometimento ou a importância do prejuízo por ela causado" (Schietti, 2021, p. 266). Embora a legislação utilize a expressão ordem pública, ela também estabelece parâmetros para compreensão de sua violação, indicando que apenas um comportamento reiterado é capaz de colocar em risco a ordem pública.

Na Itália, o "Codice di procedura penale" também define parâmetros concretos para a prisão preventiva como instrumento de proteção social:

> Artigo 274.
> Necessidades cautelares.

> 1. As medidas cautelares são aplicadas:
> c) quando, pelas circunstâncias específicas e modalidades do fato e pela personalidade da pessoa sob investigação ou do réu, deduzida de comportamentos ou atos concretos ou de seus antecedentes criminais, existe perigo concreto e atual de que ele cometa crimes graves com o uso de armas ou outros meios de violência pessoal ou direcionados contra a ordem constitucional, ou crimes de criminalidade organizada ou da mesma natureza daquele pelo qual se procede. Se o perigo diz respeito à comissão de crimes da mesma natureza daquele pelo qual se procede, as medidas de custódia cautelar são aplicadas apenas se forem crimes puníveis com pena de prisão não inferior a quatro anos ou, no caso de custódia cautelar na prisão, se forem crimes puníveis com pena de prisão não inferior a cinco anos, bem como para o crime de financiamento ilícito de partidos políticos previsto no artigo 7º da lei nº 195, de 2 de maio de 1974, e suas alterações posteriores. As situações de perigo concreto e atual, também em relação à personalidade do réu, não podem ser deduzidas exclusivamente da gravidade do crime pelo qual se procede (Altalex, 2024, tradução livre).

Enfatizando a análise da contemporaneidade do suposto risco que se busca coibir através da prisão preventiva, a legislação portuguesa estabelece em seu artigo 204 que nenhuma medida de coação pessoal pode ser aplicada se, em concreto, não se verificar, no momento da aplicação da medida, "perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas" (Portugal, 2023). O dispositivo merece críticas porque, assim como o brasileiro, não explica como a ordem e a tranquilidade públicas podem ser perturbadas de modo a demandar a prisão provisória.

Na Alemanha, Aury Lopes Jr. (2020, p. 709) aponta que o § 112ª do "Strafprozeßordnung – StPO" prevê a prisão provisória quando estiverem presentes fundadas razões de que o imputado tenha praticado repetida ou continuadamente delitos considerados graves, inseridos em um rol legal, "e se existem fatos que possam fundamentar a existência do perigo de que, antes do processo, ele possa cometer mais delitos relevantes de mesma espécie ou continue com a prática do mesmo delito".

Observa-se que todos os países da Europa ocidental possuem uma modalidade de prisão preventiva destinada à proteção da sociedade, relacionada à finalidade de evitar a reiteração delitiva ou à proteção da vítima do crime imputado. Ao contrário da prisão preventiva para garantia da ordem pública no Brasil, a legislação desses países confere, em maior ou menor grau, parâmetros para aferir a necessidade desse tipo de prisão provisória, como a gravidade concreta do delito, a sua pena, a forma pelo qual ele foi, em tese, praticado, a existência de indícios de que o crime continua sendo praticado e a existência de antecedentes criminais.

Ainda que se possa criticar a utilização da prisão preventiva afastada de sua natureza cautelar, fato é que a custódia para defesa social é uma realidade, então, é importante que haja ao menos requisitos seguros e concretos para a sua decretação, a fim de proporcionar maior

segurança jurídica ao cidadão. Se o processo penal brasileiro insiste em possuir uma prisão com a finalidade de evitar a reiteração criminosa, é importante que este fim seja expresso na legislação, extirpando o vago conceito de "garantia da ordem pública", bem como que sejam definidos parâmetros, de cunho excepcional, para a sua decretação.

Autores como Lopes Jr. (2020, p. 707) e Badaró (2015, p. 979) criticam o uso da prisão provisória para evitar a reiteração delitiva, pois o combate e a prevenção à criminalidade seriam finalidades típicas da Administração Pública e das polícias ostensivas e, portanto, seriam funções estranhas ao processo penal. Se o processo penal é utilizado como instrumento de polícia, a Administração estaria falhando em seu dever.

Além disso, a prisão preventiva pelo fundado risco de reiteração delitiva apresenta um grave problema de refutabilidade: se a reiteração do crime não aconteceu e a prisão serve justamente para que isso não ocorra, como a defesa técnica e o imputado poderão contra-argumentar que não há esse risco? A atividade probatória, ainda que não se trate de ônus da defesa, é extremamente difícil neste caso.

Schietti (2021, p. 274), por sua vez, defende o uso da prisão provisória para impedir a prática de novos crimes, argumentando que tanto o direito penal quanto o processo penal possuem o dever cautelar de, a partir de dados do passado, tentar evitar a provável ocorrência de danos no futuro.

Em que pese a discussão doutrinária, que apresenta argumentos coerentes para ambos os lados, fato é que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, da forma como está prevista na legislação processual penal, se torna um instrumento propício para a custódia cautelar com propósitos punitivos de antecipação de pena.

Machado (2014, p. 605) atenta para o fato de que a noção de "ordem pública" apresenta componentes ideológico de uma visão maniqueísta da sociedade, que seria dividida entre os "cidadãos de bem" e os "inimigos". A desordem pública passa a ser associada com regiões periféricas onde o Estado não se faz presente e não garante direitos fundamentais, e a prisão será aplicada nos indivíduos pertencentes a tais locais:

> Pois uma visão maniqueísta da realidade social tende a identificar a ideia de ordem com a região do bem e da moralidade, onde estão as pessoas que gozam de alguns direitos básicos como a dignidade, o trabalho, o lazer, a escola, a saúde, a moradia etc.; identificando a noção de desordem pública com o crime, a marginalia, a bandidagem – enfim, a região onde estão as pessoas excluídas da participação social e da fruição daqueles direitos fundamentais. Posta nestes termos, a dicotomia ordem/desordem acaba justificando o discurso repressivo que torna sempre muito aceitável a cotidiana utilização de prisões cautelares em nome da manutenção da ordem pública (Machado, 2014, p. 605)

2.4.3 Hipóteses fáticas não caracterizadoras do risco à ordem pública

Como o Código de Processo Penal não trouxe a definição de ordem pública e nem quais condutas praticadas pelo sujeito passivo da persecução penal seriam capazes de colocá-la em risco, a justificar a necessidade da prisão preventiva, a definição dessas hipóteses fáticas ficou à cargo dos tribunais pátrios durante a análise de casos concretos.

No trabalho "A "ordem pública" como fundamento da prisão cautelar – uma visão jurisprudencial", Fauzi Hassan Choukr procurou, dentro da atividade jurisprudencial dos magistrados brasileiros, a definição de um conceito para o requisito, considerando as distintas realidades culturais, sociais e econômicas do Brasil (2015, p. 1).

A primeira conclusão é que, embora haja algumas decisões isoladas que busquem definir o conceito, nem o Supremo Tribunal Federal e nem os demais Tribunais pátrios conseguiram efetivamente delimitar o significado de risco à ordem pública, em que pese as décadas de vigência do Código de Processo Penal, tempo mais do que suficiente para a tarefa (Choukr, 2015, p. 2).

O resultado da ausência de definição foi deixar ao arbítrio do magistrado brasileiro entender, por si próprio, sem qualquer parâmetro, o que é ou não ordem pública, podendo o profissional inserir a hipótese fática que desejar no conceito, a partir de aspecto puramente retórico e argumentativo (Choukr, 2015, p. 2).

Choukr observou que os tribunais costumavam repetir alguns argumentos para decretar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública: confiabilidade na justiça e credibilidade institucional, integração à aplicação da lei penal, periculosidade e gravidade do delito, clamor público e segurança do imputado (Choukr, 2015, 2-4). Neste rol, acrescenta-se a perversidade do agente e hediondez do crime, reiteração criminosa e participação em organização criminosa, insensibilidade ao direito, interesse e valor social, e delação premiada, também elencados por Prado e Santos (2018) como hipóteses geralmente utilizadas para a prisão.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública, utilizada para proporcionar aos cidadãos a confiabilidade na justiça e assegurar a credibilidade institucional, é inidônea. Trata-se de argumento que demandaria a prisão preventiva obrigatória para os acusados de qualquer crime, pois, em tese, todo delito consumado seria capaz de gerar descrença ao Poder Judiciário e às instituições. Além disso, como aponta Lopes Jr. (2020, p. 707), o argumento é falacioso, já

que “nem as instituições são tão frágeis a ponto de se verem ameaçadas por um delito, nem a prisão é um instrumento apto para esse fim, em caso de eventual necessidade de proteção”.

A credibilidade e a confiabilidade na justiça e nas instituições são preservadas quando estas cumprem as suas missões constitucionais. No caso da justiça criminal, através da efetivação do devido processo legal, assegurando os direitos e garantias fundamentais do imputado, e decretando a excepcional prisão cautelar somente quando estritamente necessária e sendo observados seus princípios, requisitos e fundamentos. Aliás, não se pode esquecer que a prestação jurisdicional é, em geral, contramajoritária e não pode ser amparada na opinião popular, mas na Constituição Federal (Prado; Santos, p. 159).

Outra costumeira hipótese para garantia da ordem pública é a prisão preventiva em razão da comoção social e do clamor público. Nesta hipótese, “a revolta da população surge como fonte autorizadora da custódia cautelar, assimilando sua ocorrência à ideia de desordem, que deve ser eliminada pela constrição da liberdade do acusado” (Choukr, 2015, p. 3).

Essa circunstância fática está associada com a prática de crimes graves e violentos, que despertam forte atenção da população e da mídia. Em razão da singularidade desses crimes, a imprensa passa a explorá-los midiaticamente por tempo considerável, noticiando cada etapa da persecução penal, e muitas vezes definindo o investigado como culpado sem que haja uma condenação definitiva. A propagação das notícias em tempo real é circunstância apta a elevar os ânimos sociais, proporcionando a comoção social e o clamor público.

A prisão do imputado, então, seria a medida para mitigar o clamor da população. É claro que, nesta hipótese, a prisão preventiva está sendo utilizado como prisão-pena, pois o raciocínio é o seguinte: um crime bárbaro acontece, a mídia e a sociedade passam a tratar o investigado como culpado, exigindo a sua punição como uma espécie de vingança, e o Poder Judiciário, atendendo a essa demanda, decreta a sua prisão preventiva. Ou seja, aplica o castigo sumário para acalmar os nervos sociais e proporcionar a impressão de que a justiça está sendo realizada.

Além do desvirtuamento da finalidade da prisão preventiva por tal hipótese, clamor social e comoção pública são circunstâncias estranhas ao processo e que são de difícil refutação e argumentação por parte do sujeito passivo. Caso a comoção social e o clamor público sejam consideradas hipóteses fáticas idôneas para a prisão pela garantia da ordem pública, todo cidadão investigado pela prática de crimes graves, que despertem atenção social, provavelmente será recolhido à prisão de forma automática, tornando sem efeito os direitos à presunção de inocência e à liberdade individual.

Também se observou que a prisão preventiva do imputado pela garantia da ordem pública poderia ser uma medida benéfica para a sua própria subsistência, diante da notoriedade do fato delitivo. O argumento é de que, estando preso, a vida e a integridade física do imputado estariam salvaguardadas. Trata-se de argumentação absurda e inconcebível, pois é dever do Estado garantir que seus cidadãos não sejam alvos de agressões e atentados físicos, sem que estes precisem se recolher à prisão e abdicar de sua liberdade. Isso sem falar que as prisões brasileiras, tomadas por facções criminosas e permeadas por condições insalubres, não representam qualquer garantia de incolumidade física.

Outra hipótese é que a proteção da ordem pública está associada à efetiva aplicação da lei penal (Choukr, 2015, p. 3). Defende-se, porém, que esses fundamentos não se confundem, pois, caso contrário, o artigo 312 do CPP não os elencaria de forma individualizada e separada. Ademais, o fundamento da aplicação da lei penal constitui finalidade verdadeiramente cautelar, com significado concreto, diferente da ordem pública, isto é, serve para garantir que, em caso de condenação, o desfecho processual seja cumprido.

Argumento manejado pelo Poder Judiciário para configurar a garantia da ordem pública é a periculosidade do agente, medida a partir da gravidade concreta do crime. Prado e Santos (2018, p. 141) apontam que essa hipótese "encontra identidade com o sentido medieval de ordem pública segundo o qual a autoridade policial ou o executivo realizava a prisão para evitar a desordem, dada a periculosidade do agente".

A periculosidade, hoje, é medida "pelo modo de agir, pelas "anotações na ficha" e pela gravidade do crime" (Prado; Santos, 2018, p. 141). Assim como as outras hipóteses fáticas analisadas, a prisão pela periculosidade não possui natureza cautelar, pois não visa garantir o regular desenvolvimento do processo.

A ideia de periculosidade do agente costuma derivar da gravidade abstrata do crime imputado, bem como de seu *modus operandi*, que comprovaria a gravidade concreta de sua conduta. Mas a utilização dessas circunstâncias é problemática. Primeiro, se a gravidade do crime, por si só, justificar a prisão preventiva, todos os acusados de crimes graves seriam presos de forma automática, em prejuízo da presunção de inocência. Segundo, se o *modus operandi* da prática delitiva for considerada para a prisão, o Judiciário estará promovendo a presunção de veracidade da denúncia e, por consequência, da culpabilidade do acusado, que não encontra amparo constitucional.

Ademais, o argumento de periculosidade também se mostra difícil de ser refutado, porque, se o delito e o *modus operandi* são graves, demonstrando que a conduta imputada é

revestida de gravidade concreta, essas circunstâncias são imutáveis e justificarão a prisão do imputado durante todo o trâmite processual. Se essas circunstâncias são aptas a justificar a prisão provisória, as únicas formas da medida ser revogada decorrerá da absolvição do acusado ou de excesso de prazo da prisão.

As hipóteses fáticas de "perversidade do agente", "insensibilidade ao direito" e "hediondez do crime" se assemelham às noções de "periculosidade" e "gravidade do crime", razão pela qual as mesmas considerações são cabíveis.

A proteção da ordem pública para evitar a prática de novos crimes é a hipótese fática mais utilizada para caracterizar o fundamento. Embora a sua finalidade seja própria da função de prevenção da pena, isto é, busque impedir que o agente retorne à delinquência, a prisão preventiva por este fundamento encontra guarida nas legislações estrangeiras, conforme exposto anteriormente. O ideal é que haja parâmetros objetivos, concretos e seguros para determinar se há risco de reiteração delitiva, sem se olvidar da possibilidade de imposição de medidas diversas à prisão para conter tal risco.

Se a prisão for decretada por este motivo, é imprescindível a reanálise periódica de sua necessidade, porque, assim como as outras hipóteses fáticas, a verificabilidade e a refutabilidade do "risco de reiteração" pelo acusado se revela tarefa hercúlea. Ademais, ressalta-se a imprescindibilidade de um prazo máximo de prisão preventiva no processo penal brasileiro, a exemplo da legislação argentina.

Se o propósito é conter o risco de reiteração delitiva, melhor seria que se investisse na segurança pública e na eficiência e cientificidade do policiamento ostensivo, o que refletiria em uma maior taxa de prevenção de crimes.

Prado e Santos (2018, p. 169) também observaram a decretação da prisão preventiva pela garantia da ordem pública em razão do "impacto negativo na sociedade, ofendendo valores sociais e culturais existentes" pela prática do crime. Assim como o termo "ordem pública", esses argumentos são extremamente vagos e carente de definição concreta.

O impacto negativo na sociedade "pode ser decorrente da repercussão dada pela mídia, manifestações da população, dizeres de autoridades ou formadores de opinião" (Prado; Santos, 2018, p. 169), além de ser uma consequência possível de ser suscitada para todo e qualquer crime, que é naturalmente uma conduta antijurídica.

Sobre a ofensa a valores sociais e culturais existentes, Prado e Santos (2018, p. 169) advertem que o bem jurídico protegido pela norma penal já abarca, em muitas oportunidades, esses valores caros à comunidade humana. Assim, "ao decidir o aprisionamento preventivo

baseado na violação de tais elementos, cria-se prisão por um elemento intratípico que, na verdade, é indissociável do tipo penal".

Por fim, também se observou a ordem pública associada à prisão preventiva com finalidade de coleta de provas ou para viabilizar acordo de colaboração premiada. Tais justificativas são manifestamente inconstitucionais, pois violam o direito de não produzir provas contra si mesmo, o princípio da legalidade e o direito à liberdade por utilização do ser humana como meio (Prado; Santos, 2018, p. 170).

Em análise às hipóteses fáticas costumeiramente utilizadas para definir a ordem pública, verificou se "a insuficiência de tais conceitos e, com maior vulto, sua impropriedade para constrição de direito fundamental" (Prado; Santos, 2018, p. 170).

São hipóteses que possuem grande imprecisão conceitual, proporcionando argumentações arbitrárias do julgador em matéria de liberdade individual. Além disso, todas são de difícil refutabilidade e verificabilidade por parte da defesa, de modo que, se a prisão for decretada, a medida provavelmente só será revogada em caso de absolvição do acusado ou em excesso de prazo na tramitação do processo. São hipóteses dissociadas da função cautelar da prisão preventiva, pois não visam assegurar o desenvolvimento do processo. E, por fim, são hipóteses que ignoram a existência do princípio constitucional da presunção de inocência, este sim concretamente definido.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DA PRISÃO PREVENTIVA PELA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NO TRÁFICO DE DROGAS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Neste último capítulo, serão analisados acórdãos de *Habeas Corpus* julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, maior tribunal do país, impetrados em favor de pacientes acusados do crime de tráfico de drogas, anteriormente presos preventivamente com fundamento na garantia da ordem pública.

Com o requerimento de concessão de liberdade como objeto de mérito dos *writs*, visa-se compreender quais argumentos são entendidos pelo Tribunal paulista como aptos a causar risco à ordem pública. Ademais, através desses acórdãos, será possível acessar os autos originários, em trâmite em primeiro grau de jurisdição, a fim de verificar as circunstâncias pessoais desses pacientes e também processuais dos casos, perfazendo uma análise mais completa.

Para delimitar os acórdãos analisados, foi utilizado o sistema de busca processual do Tribunal de Justiça de São Paulo, o portal e-SAJ, estabelecendo os seguintes filtros e palavras-chaves. Primeiro, colocou-se “prisão preventiva” “E” “garantia da ordem pública” “NÃO” “conveniência da instrução criminal” “NÃO” “aplicação da lei penal” para excluir outros fundamentos de custódia cautelar, como a conveniência da instrução ou a garantia da aplicação da lei penal, que não constituem objetos do trabalho. Depois, a classe processual estabelecida foi “Habeas Corpus Criminal” e o assunto foi “3608 – Tráfico de drogas e condutas afins”, delimitando, evidentemente, apenas os *writs* que se tratavam de pacientes investigados ou acusados do crime de tráfico de drogas.

O período escolhido foi fevereiro de 2024, por ser a data atual do trabalho. Com base nestes parâmetros, foram encontrados 358 acórdãos, dos quais foram retirados os *writs* concedidos, não conhecidos, prejudicados, indeferidos liminarmente ou extintos sem julgamento de mérito, restando 323 acórdãos.

Mesmo com os filtros, palavras-chaves e a retirada dos *writs* que não fossem denegatórios, a quantidade de acórdãos permaneceu alta para os fins desse trabalho. Como não é objetivo da pesquisa definir de forma absoluta como o Tribunal de Justiça de São Paulo compreende a prisão preventiva pela garantia da ordem pública, até mesmo porque isso demandaria a análise dos milhares de casos julgados pela Corte paulista no decorrer dos anos, foram sorteados 50 acórdãos. Tal número se mostra suficiente para as possibilidades temporais e as finalidades do trabalho.

Vale já destacar a primeira conclusão do trabalho: o número baixíssimo de *writs* concedidos para revogar a prisão preventiva de acusados de tráfico de drogas ou, ao menos, para substituir a custódia por medidas cautelares alternativas à prisão. Das 358 impetrações com o intuito de revogar a prisão preventiva, apenas 21 ordens foram concedidas, revogando a prisão ou a substituindo, o que representa apenas 5,86% dos casos.

3.1 Análise qualitativa

A análise qualitativa busca analisar os seguintes critérios: (a) quais os argumentos utilizados para configurar o risco à garantia da ordem pública; (b) se a impossibilidade de substituição por outras medidas cautelares alternativas à prisão foi devidamente justificada de forma concreta e individualizada pelo Tribunal, conforme demanda o artigo 282, § 6º, do CPP; (c) a primariedade ou não do imputado; (d) a cor do imputado; (e) a escolaridade do imputado; (f) a profissão do imputado; (g) a faixa etária do imputado; (h) o gênero do imputado; (i) se o processo penal deriva de diligências investigativas prévias efetuadas pelos órgãos investigativos; (j) se o imputado fora preso em flagrante; (k) se a prisão preventiva fora decretada logo após a prisão em flagrante, na audiência de custódia, ou durante o curso da investigação ou do processo; (l) a corporação policial responsável pela apreensão das drogas; (m) os crimes imputados na denúncia.

Após a realização de sorteio, foram determinados os 50 (cinquenta) acórdãos para realização da análise qualitativa[26]. Para alguns dos critérios investigados (por exemplo, a verificação dos crimes imputados na denúncia ou das circunstâncias pessoais do sujeito passivo), foi necessário acessar os respectivos processos penais que originaram os *writs*, cujos números dos autos se encontram anexados às impetrações.

---

[26] São os *Habeas Corpus* n. 2036124-11.2024.8.26.0000; 2000561-53.2024.8.26.0000; 2034208-39.2024.8.26.0000; 2034461-27.2024.8.26.0000; 2022645-48.2024.8.26.0000; 2021989-91.2024.8.26.0000; 2005690-39.2024.8.26.0000; 2025289-61.2024.8.26.0000; 2032148-93.2024.8.26.0000; 2349505-47.2023.8.26.0000; 2006915-94.2024.8.26.0000; 2024246-89.2024.8.26.0000; 2013540-47.2024.8.26.0000; 2014242-90.2024.8.26.0000; 2004964-65.2024.8.26.0000; 2010964-81.2024.8.26.0000; 2008124-98.2024.8.26.0000; 2008103-25.2024.8.26.0000; 2028418-74.2024.8.26.0000; 2015935-12.2024.8.26.0000; 2006722-79.2024.8.26.0000; 2343825-81.2023.8.26.0000; 2002355-12.2024.8.26.0000; 2003422-12.2024.8.26.0000; 0001492-90.2024.8.26.0000; 2011006-33.2024.8.26.0000; 2009826-79.2024.8.26.0000; 2002389-84.2024.8.26.0000; 2340751-19.2023.8.26.0000; 2001351-37.2024.8.26.0000; 2002935-42.2024.8.26.0000; 2009264-70.2024.8.26.0000; 2001247-45.2024.8.26.0000; 2340534-73.2023.8.26.0000; 2343301-84.2023.8.26.0000; 2342006-12.2023.8.26.0000; 2335243-92.2023.8.26.0000; 2343966-03.2023.8.26.0000; 2002830-65.2024.8.26.0000; 2347627-87.2023.8.26.0000; 2350952-70.2023.8.26.0000; 2347870-31.2023.8.26.0000; 2339951-88.2023.8.26.0000; 2316660-59.2023.8.26.0000; 2331804-73.2023.8.26.0000; 2349012-70.2023.8.26.0000; 2348903-56.2023.8.26.0000; 2351105-06.2023.8.26.0000; 2313224-92.2023.8.26.0000; 2337981-53.2023.8.26.0000.

3.2 Caracterização do risco à ordem pública

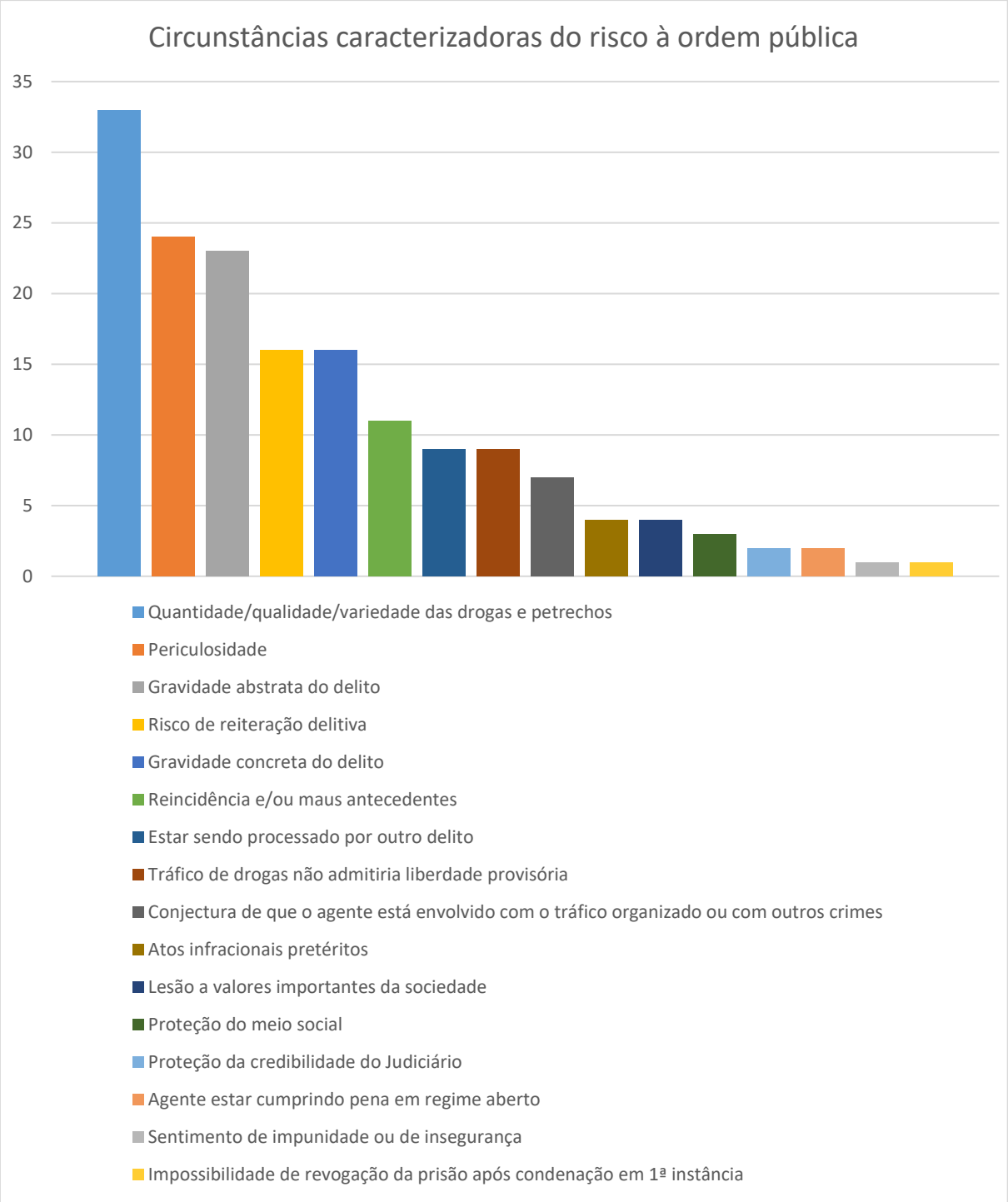
Conforme exposto, em todos os 50 acórdãos a prisão preventiva do imputado pela garantia da ordem pública foi mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Os critérios de pesquisa e as palavras-chaves inseridas foram escolhidos justamente para possibilitar a análise, tão somente, de acórdãos denegatórios, a fim de verificar quais argumentos ou circunstâncias fáticas são compreendidos para caracterizar o risco à ordem pública.

Todos os acórdãos fazem referência, evidentemente, à "prova da existência do crime e indício suficiente de autoria", isto é, o requisito do *fumus comissi delicti* previsto no artigo 312 do Código de Processo Penal. Como esse requisito não se confunde com o *periculum libertatis*, também previsto no mesmo dispositivo, que é o fundamento do risco à ordem pública, a pesquisa não se ateve às circunstâncias da prática delitiva. Até mesmo porque, antes de se falar em *periculum libertatis*, o *fumus comissi delicti* deve estar delineado pelo decreto preventivo. Entretanto, quando o acórdão indicou circunstâncias fáticas da prática do crime como situações caracterizadoras do perigo de estado de liberdade do sujeito, estas foram destacadas.

Destaca-se também que, em alguns casos, como no *Habeas Corpus* n. 2000561-53.2024.8.26.0000, as circunstâncias fáticas dos autos – como a quantidade de drogas que indicaria a traficância – foram utilizadas para demonstrar mais de um argumento para o risco à ordem pública, o risco de reiteração delitiva e a periculosidade do agente. Então, ambos foram considerados como argumentos para caracterização do *periculum libertatis*.

Após a análise dos julgados, verificou-se a utilização das seguintes circunstâncias para a configuração do risco à ordem pública:

Figura 1. Circunstâncias caracterizadoras do risco à ordem pública



Fonte: elaborado pelo autor.

Observa-se a existência de 16 (dezesseis) circunstâncias fáticas, fundamentos ou argumentos entendidos como caracterizadores do risco à ordem pública. O fato de haver múltiplos significados evidencia como o termo “ordem pública” é demasiadamente poroso.

O argumento mais utilizado, em 33 acórdãos, para obstar a concessão da liberdade foi a quantidade, a variedade e a qualidade das drogas apreendidas, bem como os petrechos e instrumentos geralmente utilizados para a traficância. Esses vetores não foram destacados conjuntamente em todos os casos. Houve casos, por exemplo, nos quais apenas um tipo de droga foi apreendido, mas a quantidade dela foi ressaltada para impedir a soltura.

Há alguns problemas neste argumento. O crime de tráfico de drogas prevê diversos verbos nucleares que se relacionam com a posse de drogas, por exemplo “vender”, “expor à venda”, “entregar a consumo” e “fornecer drogas”. Para configuração do delito, portanto, é necessário que o agente tenha contato com as substâncias entorpecentes. Em uma sociedade de consumo, onde há demanda por essas substâncias de todos os segmentos sociais, é natural que o comércio ilícito não se restrinja a uma única droga ou que essas substâncias subsistam em pouca quantidade.

Thomas Szasz (1992, p. 38 apud Valois, 2021, p. 602), um pensador liberal, compreende que o traficante deve ser visto como um comerciante como outro qualquer, tendo em vista que a figura do vendedor está vinculada ao sistema capitalista e que nela quem manda é o cliente. O consumidor é absoluto, soberano; se há comércio de variados tipos de drogas e em larga quantidade, é porque subsiste uma demanda neste sentido.

Dessa forma, é quase natural que a traficância possua diferentes tipos de drogas e em grande quantidade, o que aproxima esse argumento utilizado para a prisão preventiva das próprias circunstâncias do tipo penal de tráfico de drogas. E a restrição provisória da liberdade com fulcro na própria estrutura típica do delito resulta em grave incongruência com a principiologia constitucional, pois estaria se admitindo a prisão automática de acusados por determinados crimes.

Além disso, esse fundamento – quantidade, qualidade e variedade das drogas – se relaciona com o próprio mérito do processo criminal, não devendo este objeto ser discutido em sede de *Habeas Corpus*, ação constitucional caracterizada pela cognição sumária e por um rito célere.

Outro ponto controvertido é a ausência de parâmetros para a definição de qual quantidade de drogas extrapolaria as circunstâncias do tipo penal, resultando em subjetivismos. Determinada quantidade de entorpecentes pode ser considerada alta para um julgador, enquanto para outro não. Da mesma forma, a qualidade da droga, especialmente o seu poder vulnerante, é circunstância controvertida, pois, conforme exposto anteriormente, a definição de

determinada droga como perigosa se originou muito mais de critérios políticos, morais e discriminatórios do que necessariamente científicos.

Mesmo que se conceba a prisão preventiva para ordem pública como uma forma de acautelamento do meio social, a alegação de "quantidade, variedade e qualidade das drogas" não explica concretamente o porquê de a prisão do sujeito ser necessária para conter o *periculum libertatis.* Se as drogas foram apreendidas pelos órgãos estatais e, portanto, não estão mais à disposição para o comércio, o risco à sociedade não teria cessado? A imposição de outras medidas cautelares, menos gravosas, poderiam ser suficientes.

O argumento da quantidade, variedade e qualidade das drogas também se relacionou com a ideia de periculosidade do agente, circunstância mencionada em 24 acórdãos. Extrai-se dos julgados que o fato de o imputado ser surpreendido com quantidade considerável de diferentes entorpecentes evidenciaria ser ele uma pessoa perigosa.

De acordo com Shecaira (2021, p. 100), o conceito de periculosidade ou temibilidade surgiu no positivismo italiano, através de Rafaele Garofalo. Trata-se da "perversidade constante do delinquente, bem como a quantidade de mal previsto que se deveria recear por parte do indivíduo perigoso, configurando-se a medida de segurança seu instrumento de contenção" (Ferrari, 2001, p. 22-23).

Assim, a prisão preventiva com fundamento na periculosidade do sujeito adquire traços de medida de segurança, pois visa proteger a sociedade através do afastamento do delinquente categorizado como perigoso. Shecaira (2021, p. 156) adverte que, na sociedade capitalista moderna, o grande projeto disciplinar das classes consideradas perigosas ocorre por meio de técnicas de prevenção de risco e de neutralização, sendo uma delas a contenção carcerária. O argumento conecta-se com a denúncia de Zaffaroni (2014): o poder punitivo na América Latina se manifesta através da prisão preventiva e é preferencialmente direcionado contra os inimigos da sociedade, dentre eles o traficante de drogas.

O argumento de periculosidade do agente também possui lacunas. Primeiro, o tráfico de drogas é delito praticado sem violência ou grave ameaça. Segundo, conforme se observará em tópico posterior, em quase 80% dos casos analisados o imputado era primário, de modo que a circunstância da primariedade poderia indicar, em sede de *Habeas Corpus*, ausência de perigo, na verdade.

A ideia de temibilidade parece estar associada com a presunção de que o tráfico de drogas está relacionado com outros delitos violentos e com o envolvimento do acusado em organizações criminosas. Entretanto, os acórdãos analisados não indicaram fatos ou

circunstâncias concretas que indicassem essa conexão. Como exposto anteriormente, o imaginário social de conexão do tráfico com outros crimes mais graves integra o pânico moral em relação a este delito.

Exemplo disso é o *Habeas Corpus* n. 2025289-61.2024.8.26.0000, impetrado pela Defensoria Pública a favor de investigado primário, que foi surpreendido pela polícia comercializando entorpecentes. Na delegacia, ele afirmou ser morador de rua e que estava realizando a venda das drogas para sobreviver. O Tribunal manteve a sua prisão preventiva pela garantia da ordem pública com fundamento na periculosidade do agente, que seria derivada da quantidade e variedade das drogas apreendidas, assinalando que o morador de rua gozaria da confiança de pessoas associadas à criminalidade organizada, ainda que não houvesse nos autos nenhum elemento neste sentido (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

O terceiro argumento mais utilizado, em 23 casos, é a gravidade abstrata do delito e as suas consequências para a sociedade.

São exemplos: no *Habeas Corpus* n. 2034461-27.2024.8.26.0000, o acórdão menciona que "o comércio ilícito de drogas é conduta que, sem dúvida alguma, compromete a ordem pública, pois atinge um número elevado de pessoas e fomenta a prática de outros delitos mais graves", motivo pelo qual os requisitos da prisão preventiva estariam preenchidos (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

No *Habeas Corpus* n. 2022645-48.2024.8.26.0000, mencionou-se que a natureza, quantidade e diversidade das drogas justificavam a custódia cautelar "pelo excessivo mal que podem causar à saúde pública, atingindo um número incontável de pessoas, podendo levar os usuários das drogas traficadas até a morte, o que bem revela a frieza, indiferença" do agente (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

O risco de reiteração delitiva foi o quarto fundamento mais utilizado para caracterizar o risco à ordem pública, sendo mencionado em 16 casos. Conforme analisado no capítulo anterior, trata-se do argumento mais concreto para justificar a prisão preventiva para defesa social. Contudo, observou-se a sua utilização em diversos casos nos quais os acusados eram primários, de modo que se reafirma a crítica feita anteriormente de que o argumento cautelar não pode ser baseado em presunções ou conjecturas. A primariedade, em sede de cognição sumária do *Habeas Corpus*, deveria ser circunstância indicativa de ausência de risco de reiteração delitiva.

A gravidade concreta do delito imputado, citada em 16 oportunidades, também foi entendida como apta para configurar o risco à ordem pública. Uma conduta é considerada

concretamente grave quando extrapola a gravidade intrínseca ao tipo penal. Por exemplo, uma acusação da prática do crime de homicídio é, por si só, intrinsecamente grave, afinal o delito constitui em tirar a vida de alguém. Entretanto, pode ser que as circunstâncias fáticas do caso concreto e o modo pelo qual o agente supostamente tirou a vida de outrem demonstrem que a conduta imputada está revista de especial gravidade, ultrapassando os contornos do tipo penal.

No crime de tráfico de drogas, observou-se que o argumento da gravidade concreta do crime se conecta com a circunstância da periculosidade, com a quantidade e a variedade das drogas apreendidas, e com a apreensão de instrumentos geralmente utilizados na traficância e de armas ou armas e munições.

No *Habeas Corpus* n. 0001492-90.2024.8.26.0000, o Tribunal considerou correta a fundamentação apresentada pelo Juízo de 1ª instância para garantia da ordem pública, o qual havia disposto o seguinte:

> A prisão cautelar revela-se necessária para garantia da ordem pública abalada pela gravidade concreta do delito imputado e pela periculosidade do agente. Ressalte-se que a gravidade não se verifica apenas pela natureza legal do delito praticado, **mas sim pelas circunstâncias concretas do caso, tendo em vista a nocividade da droga ("maconha"); a quantidade de entorpecentes apreendidos (apta a gerar uma infinidade de porções individuais); além de petrechos apreendidos** (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

O fato de o paciente ser reincidente ou ostentar maus antecedentes também foi considerado como ameaça à ordem pública em 11 vezes, uma vez que seriam indicativos de que o paciente, em liberdade, poderia praticar novos crimes (conexão, portanto, com o risco de reiteração delitiva).

No *Habeas Corpus* n. 2010964-81.2024.8.26.0000, o Tribunal paulista decidiu que: "o paciente é multirreincidente específico e egresso do sistema prisional [...], fundamento suficiente para a manutenção da prisão preventiva, a fim de garantir a ordem pública" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

O fato de o agente estar respondendo a outro processo em liberdade também foi circunstância considerada como indicativo de risco de reiteração delitiva e, por consequência, risco à ordem pública, sendo mencionada em 9 oportunidades.

No *Habeas Corpus* n. 2036124-11.2024.8.26.0000, o paciente havia sido preso recentemente por tráfico de drogas e estava respondendo ao processo anterior em liberdade, sendo impostas a ele medidas cautelares alternativas à prisão. O Tribunal paulista fundamentou que "a reiteração sugere contumácia e o fato de voltar a delinquir sugere a ineficiência de

qualquer outra medida cautelar e recomenda maior cautela na concessão da liberdade provisória" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

Em 9 julgados, o Tribunal de Justiça de São Paulo argumentou, aliado a outros fundamentos, que o crime de tráfico não admitiria a concessão da liberdade provisória. O dispositivo legal que ampara esta convicção é o artigo 44 da Lei de Drogas, o qual dispõe que "os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º e 34 e 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos" (Brasil, 2006).

Por exemplo, no *Habeas Corpus* n. 2021989-91.2024.8.26.0000, registrou-se que o artigo da Lei de Drogas encontra-se "em perfeita sintonia com o artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que prevê a inafiançabilidade dos crimes de tortura, tráfico ilícitos de entorpecentes e drogas afins e dos fatos definidos como crimes hediondos" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

O argumento é minoritário, pois fora mencionado em poucos acórdãos, e, pode-se dizer, ultrapassado. Isso porque em 2017, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1.0389.25, o Supremo Tribunal Federal decidiu que "é inconstitucional a expressão "e liberdade provisória" constante do caput do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006" (Brasil, 2017). Com a declaração de repercussão geral, esse entendimento jurisprudencial é de observância obrigatória e deve ser aplicado pelos demais tribunais em casos semelhantes (Lopes Jr., 2020, p. 673).

Em 7 casos, os acórdãos registraram alegações de que o paciente, por estar sendo investigado pela prática de tráfico, estaria inserido em organização criminosa estruturada, possuindo a confiança dos grandes traficantes.

Exemplo disso é o *Habeas Corpus* n. 2343301-84.2023.8.26.0000, no qual o paciente, motorista de caminhão, foi surpreendido por forças policiais enquanto dirigia o veículo. Após busca veicular, foi encontrado cerca de 32kg de cocaína em um dos compartimentos do caminhão. Ao manter a prisão do paciente, o acórdão registrou que ele "desfruta da confiança dos traficantes, pois transportar tamanha quantidade de drogas não é tarefa cometida a neófitos, ainda mais se se considerar o valor pecuniário envolvido" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

No *Habeas Corpus* n. 2006722-79.2024.8.26.0000, o imputado foi preso em flagrante em posse de 25,4g de maconha e a quantia aproximada de R$ 10.000,00. O Tribunal consignou que as apreensões "descortinam seu enfileiramento com o narcotráfico estruturado e, por tal

razão, justificam a medida constritiva de liberdade para salvaguardar a ordem pública, visando prevenir a reprodução de novos delitos".

Contudo, o argumento de participação na criminalidade organizada carece de elementos probatórios concretos. Isso porque, nas oportunidades em que o argumento foi mencionado, não se observou a indicação de qual grupo criminoso o paciente faria parte, a função que desempenharia em tal organização e nem a sua relação com outros envolvidos. O argumento insere-se na lógica de convergência do pânico moral do tráfico de drogas, segundo o qual este crime está relacionado com delitos mais graves e violentos, bem como o agente que o pratica está necessariamente inserido em facções criminosas estruturadas.

O problema é que suposições e conjecturas são elementos frágeis para fundamentar a prisão preventiva, além de serem difíceis de serem refutadas por parte da defesa técnica. Afinal, exige-se a prova de fato negativo e genérico, isto é, o acusado precisaria comprovar que não integra um grupo sobre o qual nenhuma informação lhe foi fornecida.

Em 4 oportunidades, o cometimento de atos infracionais pelo paciente quando adolescente constituiu fundamento para manutenção da prisão. No *Habeas Corpus* n. 2022645-48.2024.8.26.0000, ressaltou-se que "embora seja o paciente primário, ele já foi apreendido duas vezes por tráfico de drogas, tendo cumprido medidas socioeducativas, demonstrando possuir conduta antissocial, de modo a justificar a manutenção de sua custódia" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

A utilização de atos infracionais como fundamento para prisão preventiva se revela contraproducente em matéria de política criminal, pois iguala a prática de ato infracional por inimputável à prática de crime por pessoa imputável, capaz de responder por seus atos. Além disso, acaba por estigmatizar a pessoa, tendo em vista que a adolescência é um período de desenvolvimento cognitivo e emocional do indivíduo. Condutas praticadas nesta fase da vida não deveriam ser determinantes para considerar a existência de risco de reiteração delitiva.

Ainda, se atos infracionais pretéritos não podem ser utilizados como argumentos para afastar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, cuja aplicação tende a resultar na fixação do regime aberto ou na substituição da pena corporal por restritivas de direitos, é ilógico tratá-los como empecilhos à concessão da liberdade, pois a prisão preventiva, essencialmente, é muito parecida com o cumprimento de pena no regime fechado. Assim, é desproporcional a imposição da prisão preventiva ao réu que, ao final do processo, provavelmente receberia reprimenda mais branda em caso de condenação.

Em alguns acórdãos foi possível perceber uma preocupação do Tribunal estadual em definir quando a ordem pública estaria em risco com a prática de determinada conduta pelo sujeito passivo da persecução penal. Em 4 oportunidades, explicou-se que "a ordem pública é ofendida quando a conduta do agente provoca algum impacto na sociedade, lesando valores significativamente importantes", como no *Habeas Corpus* n. 2008103-25.2024.8.26.0000 (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024). Nesses casos, as circunstâncias fáticas compreendidas como aptas a lesar valores sociais importantes foram a apreensão de grande quantidade de cocaína e/ou *crack*, sendo ressaltado nas decisões o alto poder viciante e vulnerante dessas drogas.

Em que pese o esforço de definir um conceito de violação da ordem pública, a definição apresentada continua imprecisa. Pode-se argumentar que a prática de qualquer crime é capaz de "provocar algum impacto na sociedade" ou de "lesar valores significativamente importantes", pois, na teoria, de acordo com os princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do direito penal, apenas as condutas realmente graves e direcionadas aos bens jurídicos mais importantes são, ou deveriam ser, penalmente tipificadas.

Além disso, os crimes hediondos e equiparados ostentam maior gravidade em abstrato, mas isso, por si só, não quer dizer que os acusados de tais crimes devam ser automaticamente presos preventivamente, pois a presunção de inocência está em vigor para todos, sendo indiferente o crime imputado.

Por fim, pode-se argumentar também que se há demanda por determinados produtos em uma sociedade capitalista, em todos os estratos sociais, consequentemente haverá oferta desses itens, de modo que o comércio de drogas é cotidianamente praticado no Brasil. A política de repressão nunca foi capaz de reduzir a demanda. Assim, considerando a habitualidade da prática dessa conduta, que inunda os fóruns brasileiros com processos criminais diariamente, não se mostra crível que a sociedade seja impactada de tal forma a demandar a prisão preventiva do imputado. Aliás, conforme alerta Valois (2021, p. 428), não há nem consenso social completo para a criminalização do tráfico de drogas.

Também se observou em 3 oportunidades a justificativa da prisão para acautelar o meio social, como no *Habeas Corpus* n. 2340534-73.2023.8.26.0000, "quando a permanência do acusado em liberdade, pela sua elevada periculosidade, importar em intranquilidade social diante do fundado receio de que volte a delinquir" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024). Neste julgado, o argumento foi conjugado com a periculosidade do agente e do receio de reiteração delitiva.

Em 2 casos, o Tribunal também mencionou que a prisão para garantia da ordem pública era necessária para garantir a credibilidade e o imperativo do Poder Judiciário. Esses argumentos são genéricos e podem ser utilizados para qualquer outro decreto prisional de qualquer outro crime, não preenchendo, portanto, o dever de fundamentação das decisões judiciais. Somado a isso, são argumentos de difícil verificabilidade e refutabilidade. Reafirma-se, aliás, as considerações anteriores: as instituições não são tão frágeis a ponto de dependerem da prisão de indivíduos para que sua credibilidade seja preservada.

Em outros 2 casos, entendeu-se que o risco à ordem pública decorria do fato de o agente estar cumprindo pena em regime aberto por outro delito quando se tornou alvo de uma nova persecução penal. No *Habeas Corpus* n. 2009826-79.2024.8.26.0000, a peculiaridade fática foi associada com a reincidência e com os maus antecedentes do agente, resultando na percepção de periculosidade e de risco de reiteração delitiva:

> Desta forma, o histórico criminal do paciente, o qual, inclusive, revela condenações anteriores por crimes da mesma natureza, e que estava em cumprimento de pena quando foi preso em flagrante (fls. 44/45), indica a sua periculosidade social e a probabilidade de que ele cometa novos crimes (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

Em um caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou bem fundamentada a decisão de 1ª instância que decretou a prisão preventiva do paciente. Trata-se do *Habeas Corpus* n. 2340534-73.2023.8.26.0000. O réu havia sido condenado ao regime semiaberto pelo crime de tráfico de drogas e o juízo manteve a prisão preventiva na sentença. Além de outros fatores, o juízo consignou que:

> O réu está preso há menos de quatro meses, ensejando a manutenção para garantir o imperativo da Justiça Criminal. Justamente por isso assoma evidente **o sentimento de insegurança que importaria a sua quase que imediata soltura**, o que se faz mister evitar por meio da manutenção da prisão provisória, medida prevista no artigo 313, II, do CPP.

A argumentação causa a impressão de que a prisão preventiva está sendo encarada como antecipação de pena. Isso porque o juízo considera que quatro meses de custódia cautelar não seria "suficiente", uma vez que utiliza o termo "quase que imediata soltura". A liberdade do imputado neste caso foi interpretada como fator que levaria a um sentimento de insegurança social. Esse tipo de argumento, contudo, carece de elementos fáticos concretos para ampará-lo, como se observou no caso.

Por fim, no *Habeas Corpus* n. 2348903-56.2023.8.26.0000, o paciente havia sido condenado à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, sendo o *writ* impetrado para que ele pudesse responder ao restante do processo em liberdade. Um dos argumentos utilizados para negar a concessão da ordem foi a impossibilidade de soltura após a sentença condenatória de 1º grau. Segundo o Tribunal estadual, "a questão é até de bom senso" e não haveria como justificar a liberdade naquele momento processual:

> A prisão, que não padece de nenhum vício, deve ser preservada, não caracterizando constrangimento algum. É perfeitamente razoável a custódia, para garantir a ordem pública. A questão é até de bom senso. O crime cometido é de natureza gravíssima, equiparado a hediondo, com reflexos preocupantes na sociedade. Como justificar a manutenção de seu livramento após a condenação com imposição de regime fechado? Não há como, nesta fase processual, deferir-lhe o direito de apelar em liberdade (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024)

A fundamentação ignora que, embora o paciente tenha sido condenado em 1º grau, a presunção de inocência continua vigendo em seu favor até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Especialmente porque há uma longa marcha processual pela frente, compreendendo recursos ao tribunal estadual e aos tribunais superiores. Ademais, sendo a prisão preventiva um tipo de custódia cautelar, o título condenatório judicial não deveria ser circunstância que interferisse na avaliação do requisito do *periculum libertatis*, considerando que a sentença poderia amparar, tão somente, a prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, exigidos pelo artigo 312 do CPP. Já o *periculum libertatis* deveria ser novamente verificado pelo Poder Judiciário. Se no momento da prolação da sentença, ainda que condenatória, este perigo não mais subsistir, não haverá, por consequência, fundamento para manutenção da prisão preventiva.

3.3 Fundamentação da impossibilidade de substituição da prisão preventiva

O artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal, prescreve que a prisão preventiva somente será imposta quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar alternativa à prisão e, portanto, menos gravosa ao sujeito passivo. Caso o magistrado entenda não ser possível a substituição, deverá apresentar fundamentação com base nos elementos concretos dos autos e de forma individualizada.

O dispositivo legal busca efetivar o princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (artigo 93, IX, CF) e os princípios da excepcionalidade e da proporcionalidade da

prisão preventiva, a fim de que esta seja compreendida como *ultima ratio* das medidas cautelares, isto é, como providência absolutamente excepcional.

Buscou-se então, ao analisar os acórdãos, verificar como o dispositivo foi aplicado aos casos concretos: se a manutenção da prisão preventiva pela garantia da ordem pública foi cumulada com fundamentação concreta e individualizada das razões pelas quais as medidas cautelares alternativas à prisão seriam insuficientes.

Em síntese, foram constatados os seguintes grupos de resultados: (1) acórdãos que não observaram o artigo 282, § 6º, do CPP; (2) acórdãos que observaram o referido dispositivo, apresentando fundamentação concreta e individualizada para a não substituição da prisão por medidas cautelares alternativas; (3) acórdãos que afirmaram a insuficiência das medidas cautelares, sem explicar, concreta e individualmente, os motivos pelos quais elas seriam inviáveis, sendo, portanto, decisões que não observaram o dispositivo; e (4) acórdãos que apresentaram outras justificativas para o não cabimento das medidas cautelares.

Em relação ao primeiro grupo de resultados, 8 acórdãos não fizeram referência à possibilidade ou não de substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas ao cárcere. Portanto, nessas decisões o dispositivo legal não foi respeitado.

Em relação ao segundo grupo de resultados, 6 acórdãos apresentaram fundamentação concreta e individualizada para o não cabimento das medidas cautelares nos casos concretos. Em resumo, as decisões afirmam a necessidade da prisão preventiva em razão do risco de reiteração delitiva, ressaltando a tendência do uso do requisito da garantia da ordem pública por esse motivo. Por sua vez, o risco de reiteração delitiva pelo agente foi amparado em circunstâncias pessoais como a reincidência (específica ou não), estar respondendo a outro processo em liberdade provisória com medidas cautelares alternativas e estar cumprindo pena em regime aberto no momento da prisão em flagrante.

Por exemplo, no *Habeas Corpus* n. 2036124-11.2024.8.26.0000, o paciente havia sido preso em flagrante recentemente pelo mesmo crime de tráfico de drogas e naquele caso fora concedida liberdade provisória. Cinco meses depois, ele foi preso em flagrante pelo mesmo delito, ocasionando o risco de reiteração delitiva, além de sua própria reincidência:

> Ou seja, o paciente já fora preso e libertado por tráfico de drogas, além de condenado por outros delitos, antes de voltar a ser flagrado cometendo crime. A reiteração sugere contumácia e o fato de voltar a delinquir sugere a ineficiência de qualquer outra medida cautelar e recomenda maior cautela na concessão da liberdade provisória (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

Embora se possa discutir se essas circunstâncias geram automaticamente o risco de reiteração delitiva, fato é que constituem razões concretas e individualizadas para a não substituição, conforme demanda o dispositivo supramencionado.

O terceiro (e mais numeroso) grupo de resultados é o dos 31 acórdãos nos quais o Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou a insuficiência das medidas cautelares, mas sem explicar ao certo os motivos de tal inviabilidade. As decisões fundamentam o risco à ordem pública e em seguida afirmam que, por ser caso de prisão preventiva por esse fundamento, seriam insuficientes as medidas cautelares alternativas. Não explicam, porém, o porquê de as medidas cautelares serem insuficientes.

Defende-se que a fundamentação do *periculum libertatis* não deve ser a mesma exigida para demonstrar a impossibilidade de substituição da prisão pelas medidas cautelares alternativas. A decisão que decreta ou mantém a prisão preventiva exige a demonstração do fundamento do *periculum libertatis*, qual seja, risco à garantia da ordem pública ou da ordem econômica, risco à aplicação da lei penal ou risco à instrução probatória. Outra coisa, porém, é a demonstração de que esse perigo causado pela liberdade do acusado demanda a imposição da prisão preventiva e não de medidas cautelares alternativas à prisão.

Ora, o fato de haver *periculum libertatis* não significa dizer que há necessidade de prisão preventiva. No caso em que um réu está ameaçando uma testemunha, por exemplo, pode-se decretar a medida cautelar de proibição de contato ou de aproximação com aquela pessoa (artigo 319, III, do CPP). Ou ainda, quando há risco concreto de fuga do acusado para outro país, pode-se impor a proibição de ausentar-se da comarca (artigo 319, IV, CPP) e/ou obrigá-lo a entregar seu passaporte (artigo 320, CPP). Da mesma forma, em caso de risco de reiteração delitiva (que fundamente a garantia da ordem pública), é possível a aplicação da monitoração eletrônica (artigo 319, IX, CPP) e do comparecimento periódico em juízo (artigo 319, I, CPP).

Portanto, a indicação dos motivos que fundamentam o risco à ordem pública não é suficiente para levar à presunção de impossibilidade de substituição por medidas cautelares alternativas. Deve-se demonstrar, concreta e individualmente, as razões pelas quais as cautelares não são suficientes para conter esse risco gerado pelo estado de liberdade do acusado.

No *Habeas Corpus* n. 2000561-53.2024.8.26.0000, a quantidade, variedade e qualidade das drogas, o risco de reiteração delitiva e a periculosidade do agente constituíram fundamento para o risco à ordem pública. No acórdão, consignou-se:

> Ora, se os réus colocam em risco a ordem pública, não há espaço para a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, que, como se sabe, são muito menos

> abrangentes e eficazes, sobretudo no caso dos autos em que desponta a periculosidade da conduta atribuída aos pacientes (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

Já no *Habeas Corpus* n. 2343825-81.2023.8.26.0000 decidiu-se que

> A situação processual da paciente admite o decreto preventivo, não era mesmo razoável a concessão de outra medida cautelar em seu favor. Aliás, medida diversa da prisão seria claramente insuficiente e geraria sentimento de impunidade e risco concreto para a sociedade.

Nesse caso, vê-se que o acórdão não explica o porquê de as medidas diversas da prisão serem insuficientes, bem como se utiliza de argumentos abstratos e irrefutáveis como "sentimento de impunidade" e "risco concreto para a sociedade".

Por exclusão, também houve acórdãos que apresentaram justificativas diversas para a não aplicação das medidas diversas da prisão. Em um único caso, no *Habeas Corpus* n. 2034461-27.2024.8.26.0000, decidiu-se que as medidas cautelares alternativas seriam destinadas às infrações penais menos graves do que o tráfico de drogas, "crime grave e que, por outro lado, abala e aterroriza a população, violando a ordem pública" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024). Contudo, não há nenhum dispositivo processual penal que impeça a utilização das medidas alternativas para crimes abstratamente graves.

Em 2 julgados, a Corte estadual expôs, como no *Habeas Corpus* n. 202589-61.2024.8.26.0000, que em cognição sumária se mostrava duvidoso o cabimento de medidas cautelares diversas "por evidente ineficácia na prevenção e repressão dos fatos aqui examinados" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

Como trabalhado no capítulo anterior, a retribuição e a prevenção são finalidades características da pena. Medidas cautelares como a prisão preventiva não deveriam ser destinadas para esses propósitos, mas para salvaguardar o desenvolvimento regular e o resultado útil do processo penal. Entretanto, a prisão preventiva pela garantia da ordem pública invariavelmente adquire contornos de punição antecipada, pois desvinculada de propósito verdadeiramente cautelar.

Em outros 2 *Habeas Corpus* impetrados em favor de pacientes mulheres e mães, a impossibilidade de substituição do cárcere por medidas mais brandas foi justificada através do fundamento de que, havendo razões para a prisão preventiva pela garantia da ordem pública, automaticamente as segundas não caberiam no caso concreto. Todavia, o Tribunal apreciou individual e concretamente os pedidos de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar prevista no artigo 318, V, do Código de Processo Penal, isto é, para a "mulher com

filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos". No *Habeas Corpus* n. 2015935-12.2024.8.26.0000, decidiu-se que:

> Além disso, não que se falar em deferimento de prisão domiciliar. Embora a paciente seja mãe de filhos menores de doze anos, ela foi agraciada com a prisão domiciliar em outro processo, mas o benefício foi revogado em razão do descumprimento reiterado das condições estabelecidas. E, para agravar sua situação, durante o cumprimento da ordem de prisão, os policiais apreenderam drogas e arma na residência dela, local onde também estavam os filhos menores, dando origem a este processo (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

Já no *Habeas Corpus* n. 2335243-92.2023.8.26.0000, o motivo principal para o indeferimento do pedido foi a não comprovação da "situação de vulnerabilidade ou desemparo da criança, de que modo que a imprescindibilidade da presença da paciente ao apropriado cuidado da menor se revela bastante duvidosa" (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

O dispositivo que regulamenta a prisão domiciliar de mães com filhos de até 12 anos de idade não prevê a necessidade de comprovação de que a genitora é indispensável aos cuidados das crianças. Na realidade, presume-se que os cuidados da mãe são necessários, tendo em vista a idade da prole e especialmente pela dificuldade de se produzir provas nesse sentido.

Por último, o acórdão do *Habeas Corpus* n. 0001492-90.2024.8.26.0000, mencionou que a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria justificariam a manutenção do paciente na prisão, revelando a inviabilidade das medidas cautelares diversas da prisão (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024). Além de não explicar a razão pela qual a aplicação das medidas diversas é inviável no caso concreto, o acórdão é omisso sobre o fundamento do "perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado".

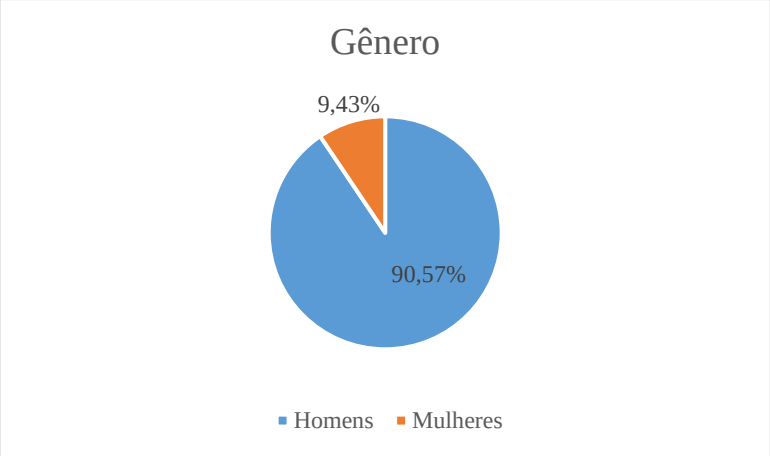
3.4 Circunstâncias pessoais dos pacientes

Para proporcionar uma análise integral dos acórdãos selecionados, a pesquisa ocupou-se de identificar as circunstâncias pessoais dos pacientes que buscavam a liberdade por meio dos *writs*. Apesar da análise recair sobre 50 acórdãos, constatou-se a existência de 53 pacientes, uma vez que três *Habeas Corpus* foram impetrados em favor de duas pessoas encarceradas.

3.4.1 Gênero

A verificação da identidade de gênero dos pacientes foi baseada a partir da observância da inicial do *Habeas Corpus*, dos documentos que a acompanham e dos autos do processo criminal de 1ª instância que originaram o *writ*. Constatou-se que, de 53 pacientes, 90,57% (48) dos imputados eram homens, enquanto 9,43% (5) eram mulheres:

Figura 2. Gênero



Fonte: elaborado pelo autor.

Ainda que o número de mulheres seja pequeno comparado com o dos homens, pesquisa realizada pela organização *World Female Imprisonment List* constatou que o Brasil possui a terceira maior população carcerária feminina no planeta. Desde os anos 2000, o número de mulheres presas quadruplicou no país (Fair; Walmsley, 2022, p. 2). Bechara (2023) argumenta que, enquanto o aumento do encarceramento masculino ocorre não só pelo tráfico de drogas, mas também por crimes patrimoniais, violentos e sexuais, no caso das mulheres "existe a presença de um fenômeno marcante: o crescimento do aprisionamento por crimes relacionados ao tráfico de drogas":

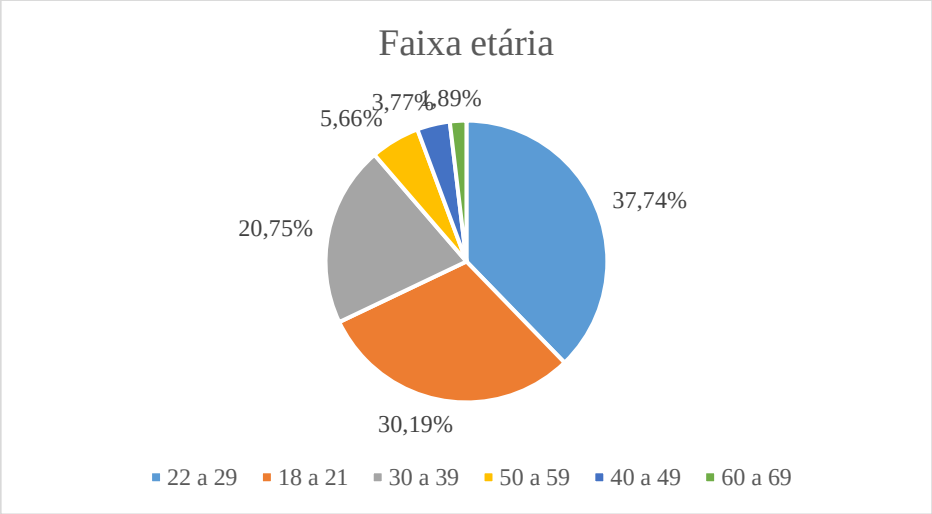
> Quando a gente fala sobre o tráfico de drogas, não é que as mulheres são líderes desse tipo de criminalidade. A liderança é masculina, mas essa liderança normalmente tem uma companheira que acaba tomando conta quando este homem está preso ou quando ele é promovido. Então, as mulheres assumem essas funções dentro de uma estrutura mais patriarcal e acabam sendo mais encarceradas (Bechara, 2023).

3.4.2 Faixa etária

Em relação à faixa etária dos pacientes, constatou-se que 37,74% (20 pessoas) possuía entre 22 e 29 anos de idade; 30,19% (16 pessoas) possuía entre 18 a 21 anos de idade; 20,75%

(11 pessoas) tinha entre 30 e 39 anos; 5,66% (3 pessoas) tinha entre 50 e 59 anos; 3,77% (2 pessoas) de 40 a 49 anos; e, por fim, 1,89% (1 pessoa) estava na faixa etária de 60 a 69 anos de idade:

Figura 3. Faixa etária



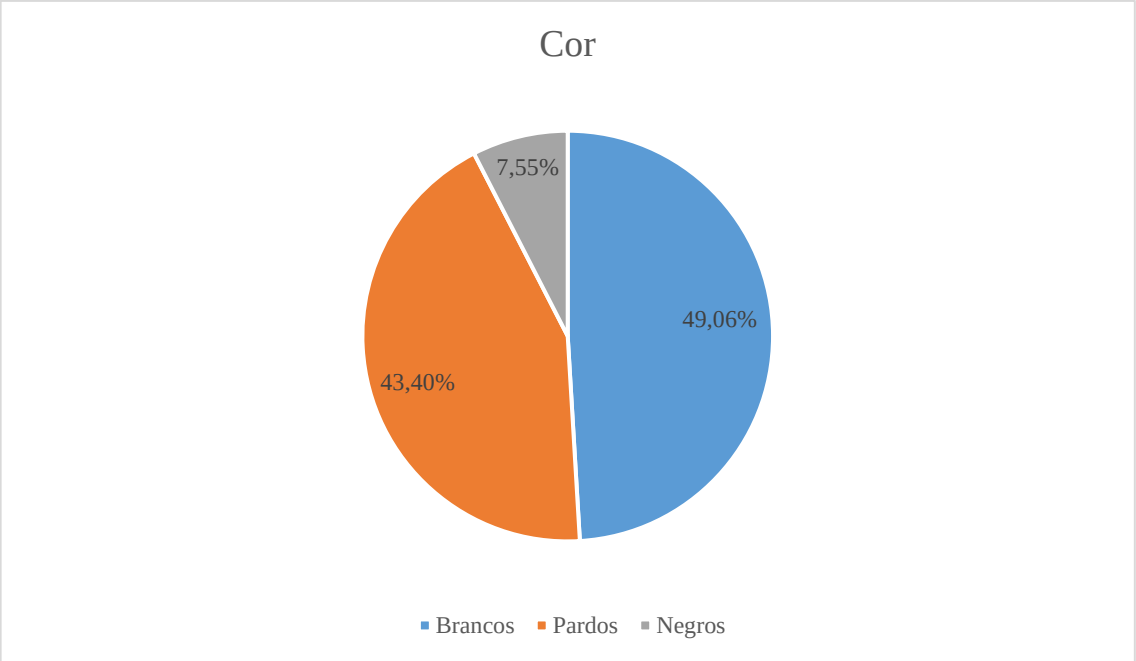
Fonte: elaborado pelo autor.

Ou seja, neste grupo de casos, a maioria dos pacientes encarcerada é composta de pessoas jovens, de 18 a 29 anos de idade.

3.4.3 Cor

Em relação ao recorte racial, constatou-se, com base nas informações extraídas dos documentos policiais, como o auto de prisão em flagrante, que 49,06% (26 pessoas) dos pacientes eram brancos; 43,40% (23 pessoas) eram pardas; e 7,55% (4 pessoas) eram negras:

Figura 4. Cor



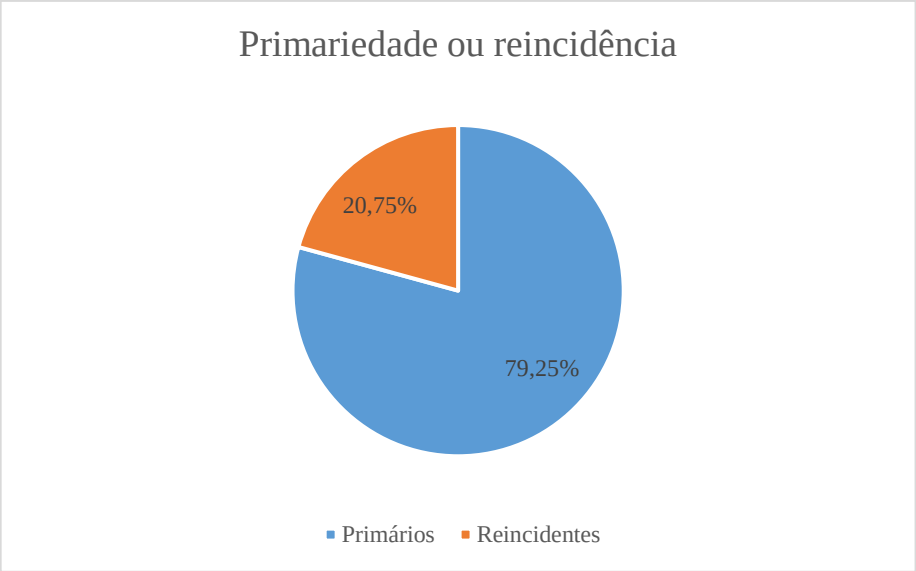
Fonte: elaborado pelo autor.

Os números destes casos em específico apresentaram contraste com a taxa da população prisional brasileira por cor/raça, constatada pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023. De acordo com o levantamento, em 2022, 68,2% da população prisional era negra; 30,4% dos presos eram brancos; 1,1% eram amarelos; e 0,2% eram indígenas (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 284).

3.4.4 Primariedade ou reincidência

No início deste capítulo, verificou-se que algumas das circunstâncias compreendidas como aptas a causar abalo a ordem pública relacionavam-se às ideias de periculosidade e de risco de reiteração delitiva. Imaginou-se, então, que a maioria dos pacientes dos *Habeas Corpus* seria reincidente, pois trata-se de uma condição pessoal geralmente enxergada pelos magistrados como indicativa de reiteração delitiva. A suposição, contudo, não correspondeu aos resultados reais. De 53 pacientes, 79,25% (42 pessoas) eram primários, enquanto 20,75% (11 pessoas) eram reincidentes:

Figura 5. Primariedade ou reincidência

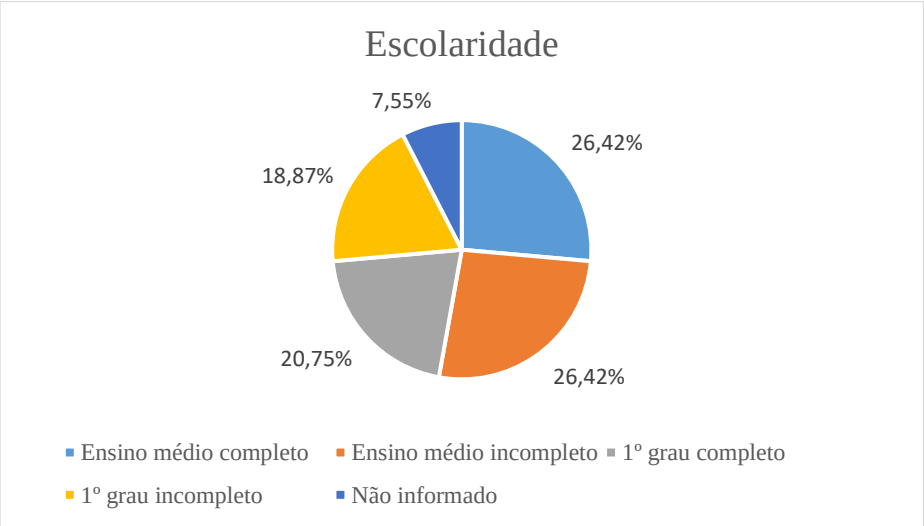


Fonte: elaborado pelo autor.

3.4.5 Escolaridade

Sobre o grau de escolaridade dos pacientes, constatou-se que apenas 14 pessoas possuíam o ensino médio completo. Dessas 14 pessoas, não foi possível observar se também tinham completado o ensino superior. Verificou-se, portanto, que 26,42% (14 pessoas) possuíam o 2º grau completo; 26,42% (14 pessoas) possuíam o 2º grau incompleto; 20,75% (11 pessoas) possuíam o 1º grau completo; 18,87% (10 pessoas) possuíam o 1º grau incompleto; e em 7,55% dos casos (4 pessoas) a escolaridade não foi informada:

Figura 6. Escolaridade



Fonte: elaborado pelo autor.

3.4.6 Profissão

Em relação às profissões, trabalhos e serviços prestados pelos pacientes, constatou-se os seguintes resultados: 26,42% (14 pessoas) estavam desempregados; 16,98% (9 pessoas) eram entregadores; 9,43% (5 pessoas) eram auxiliares de serviços gerais; 7,55% (4 pessoas) eram indivíduos cuja profissão não fora informada nos autos; 7,55% (4 pessoas) eram serventes de pedreiro; 3,77% (2 pessoas) eram empresários; 3,77 % (2 pessoas) eram recepcionistas/atendentes; e, por fim, cada um dos indivíduos restantes desempenhava um trabalho em específico (1,89% para cada uma das 13 pessoas), quais sejam, motorista de caminhão, lavrador, encanador, comerciante, funcionário de lava-jato, operador de sistema de segurança, administrador, autônomo, funileiro, trabalhadora de prendas domésticas, auxiliar de serralheria, jardineiro e funcionário de provedor de internet.

3.5 Circunstâncias processuais

Como a hipótese deste trabalho é de que um grupo específico de cidadãos brasileiros, os indivíduos processados pelos crimes de tráfico de drogas, não está tendo os seus direitos relacionados à liberdade individual e à presunção de inocência plenamente efetivados, também foi necessário observar determinadas circunstâncias processuais dos casos.

3.5.1 Houve prisão em flagrante?

Em 49 casos analisados houve a prisão em flagrante dos pacientes. Em apenas 1 caso, no *Habeas Corpus* n. 2001351-37.2024.8.26.0000, o paciente não fora preso em flagrante, uma vez que, segundo o relatório fático do acórdão, teria fugido da abordagem policial após dispensar uma sacola plástica contendo 28 porções de cocaína (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024). Até o julgamento do *writ*, o paciente estava foragido.

Pode-se afirmar, portanto, que o crime de tráfico de drogas, ao menos nos casos analisados, origina-se com a prisão em flagrante do acusado. Geralmente este sujeito é encontrado por agentes policiais com substâncias entorpecentes, ou, ainda, estando fisicamente próximo às drogas.

No primeiro capítulo, aliás, demonstrou-se que a existência de 18 verbos nucleares caracterizadores do tipo penal de tráfico de drogas facilita a prisão em flagrante do indivíduo que possua relação com as substâncias, ainda que, em um primeiro momento, não se identifique a intenção do agente. O resultado, segundo Salo de Carvalho (2016, p. 303), é que "eventos de natureza não especificamente identificáveis como hipóteses de comércio ilegal podem acabar recebendo os rígidos efeitos penais, processuais e punitivos do tráfico de entorpecentes".

3.5.2 A apreensão das drogas derivou de investigação?

Após a constatação de que praticamente a totalidade dos pacientes foram presos em flagrantes, buscou-se analisar se o estado de flagrância derivou de investigações prévias pelos órgãos estatais ou de elementos desprovidos de valor probatório, como a denúncia anônima ou de informantes policiais, ou, ainda, se por meio exclusivo de patrulhamento policial ostensivo.

Considerou-se a informação proferida por indivíduos identificáveis como elementos probatórios aptos a desencadear a persecução penal, pois são verificáveis. Os casos que derivaram de busca domiciliar autorizada judicialmente também foram consideradas como originadas de diligências investigativas prévias, pois se pressupõe que a decisão judicial que autorizou a medida está amparada na justa causa necessária para tal.

Em 56% dos casos (28) a persecução criminal não se originou de diligências investigativas prévias realizadas pelos órgãos policiais. Nesses casos, a abordagem policial decorreu de patrulhamento ostensivo da Polícia Militar e/ou da averiguação de denúncias anônimas.

Já em 44% dos processos (22) a persecução originou de atos de investigação, como campanas, acompanhamento de veículos suspeitos, observação de movimentação típica do tráfico de drogas, apuração de denúncias formuladas por pessoas identificáveis e cumprimento de mandados de busca e apreensão. Em dois casos os agentes policiais foram apurar ocorrências concretas e relatadas por sujeitos identificáveis.

No primeiro, o *Habeas Corpus* n. 2009826-79.2024.8.26.0000, a Polícia Militar foi acionada para atender ocorrência de ameaça, em contexto de violência doméstica, pois um homem estaria em frente à casa da vítima na posse de um facão. Os policiais se dirigiram até o local e, ao avistarem o suspeito fugindo, realizaram busca pessoal para encontrar a faca e acabaram por encontrar substâncias entorpecentes em sua posse (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

Já no segundo, o *Habeas Corpus* n. 2350952-70.2023.8.26.0000, um dos pacientes acionou a Polícia Militar e confessou ser gerente de uma biqueira, relatando que, naquele momento, estava correndo risco de vida porque um integrante de organização criminosa estava dentro de sua casa cobrando uma dívida de drogas. Os agentes foram atender a ocorrência e prenderam em flagrante os dois pacientes (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

3.5.3 Momento da decretação da prisão preventiva

A decretação da prisão preventiva na audiência de custódia, logo após a prisão em flagrante, pareceu ser a regra nos casos analisados. Em 96% (48) dos casos, a custódia cautelar foi decretada na audiência de custódia. Os outros 4% referem-se a dois casos nos quais a prisão preventiva foi decretada no curso da persecução criminal.

No *Habeas Corpus* n. 2011006-33.2024.8.26.0000, dois policiais militares, durante patrulhamento ostensivo, testemunharam que teriam avistado um indivíduo agachado em um terreno baldio, o qual teria tentado fugir após ver a viatura. Capturado, os agentes teriam encontrado com ele maconha, R$ 50,00 em dinheiro e 27 tubos plásticos do tipo “eppendorf”, contendo substância parecida com cocaína. Eles realizaram busca no terreno baldio e encontraram mais drogas e tubos plásticos. Em seu depoimento na delegacia, o imputado expôs que estava passando pelo local e que somente portava uma trouxinha de maconha, alguns pinos de cocaína, ambos para consumo pessoal, e a quantia em dinheiro, negando a posse dos tubos plásticos e a propriedade das demais drogas. Diante disso, a autoridade policial decidiu que:

> Em razão da ausência de indícios suficientes a determinar que a grande quantidade de substâncias encontradas em terreno baldio pertença ao investigado e este as mantinha em depósito para comércio; aliado a divergência da quantidade de substâncias portadas pelo mesmo, havendo portando a necessidade de investigações outras a serem desencadeadas pela Delegacia Especializada (DISE), restou este ouvido e dispensado (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

Cerca de 2 meses depois dos fatos, a autoridade policial recebeu a notícia de que o imputado fora preso pela prática do crime de tráfico de drogas e, diante disso, representou pela prisão preventiva pela garantia da ordem pública, contando com parecer favorável do Ministério Público, pedido deferido pelo juízo de 1ª instância com o recebimento da denúncia.

Já no *Habeas Corpus* n. 2001351-37.2024.8.26.0000, a situação fática era a seguinte: a Guarda Civil Municipal acompanhou um veículo considerado suspeito até que o carro parasse em frente a um bar. Neste momento, o paciente que conduzia o carro teria desembarcado,

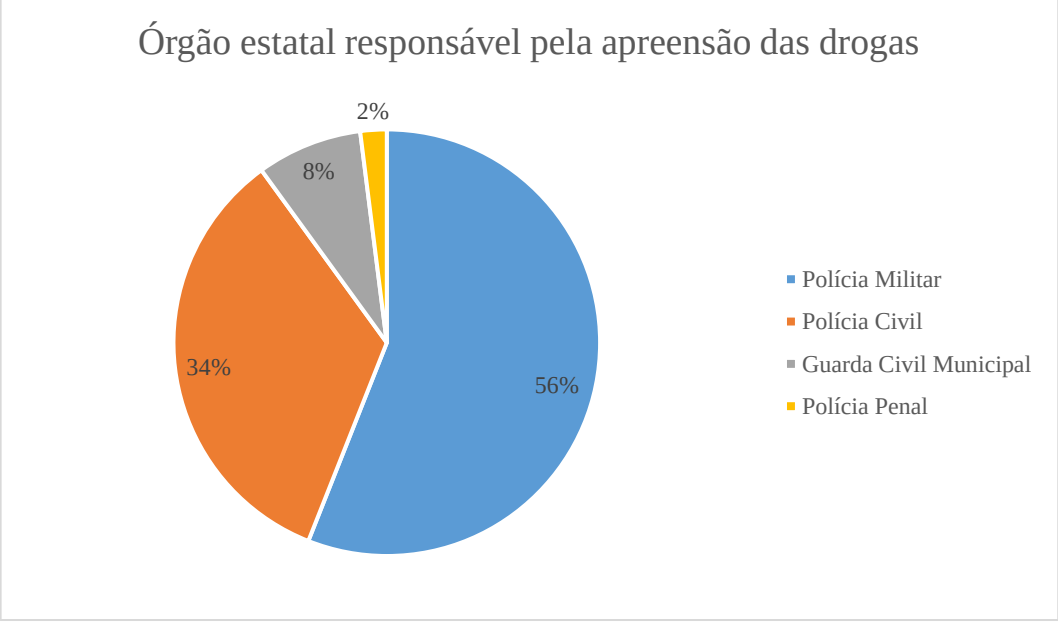
dispensado uma sacola contendo porções de cocaína e se evadido. O outro indivíduo que estava no carro fora preso em flagrante. Quando do oferecimento da denúncia contra os dois investigados, o Ministério Público pediu a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública, tendo em vista a existência de indícios de que o paciente, por já responder a outro processo por tráfico de drogas, evidenciava risco de reiteração delitiva (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024):

> Já deu mostras que faz do ilícito seu meio de vida e que está disposto a viver profissionalmente do tráfico de drogas, o que acarreta grande perigo social em caso de sua colocação em liberdade, vez que encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida (*periculum libertatis*). Registre-se que o crime de tráfico de drogas é extremamente grave (equiparado a hediondo) e – concretamente – apresenta danosas consequências ao meio social, com desestruturação familiar, aumento da violência e principalmente da criminalidade organizada. Portanto, a medida cautelar severa é necessária para garantia da ordem pública (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024).

3.5.4 Órgão estatal responsável pela apreensão das drogas

Em 56% dos casos (28), a Polícia Militar foi o órgão estatal responsável pela apreensão das drogas; em segundo lugar vem a Polícia Civil, atuando em 34% dos casos (17); depois, a Guarda Civil Municipal atuou em 8% dos casos (4); e, por fim, a Polícia Penal foi responsável pela apreensão das drogas em um único caso, que equivale a 2%:

Figura 7. Órgão estatal responsável pela apreensão das drogas



Fonte: elaborado pelo autor.

Embora esses números se tratem apenas do grupo de casos analisados, é possível extrair algumas percepções gerais. Primeiro, a prevalência da atuação da Polícia Militar no início da persecução criminal do tráfico de drogas. De acordo com o artigo 144, § 5º, da Constituição, a Polícia Militar tem como principais funções a realização do policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública (Brasil, 1988). Por outro lado, não possui a função de promover investigações criminais, finalidade esta própria da polícia judiciária. Mas, mesmo não possuindo atribuição investigativa, a Polícia Militar é o órgão estatal mais atuante na persecução criminal do tráfico de drogas.

A prevalência dos policiais militares também foi detectada por Marcelo Semer (2020, p. 166-167), segundo o qual o grosso da ação policial é realizado pela Polícia Militar, "não obstante os Estados contarem com departamentos especializados na Polícia Civil para apuração de crimes ligados às drogas". Segundo o autor, não é que os departamentos de investigação dos crimes de tráfico de drogas não funcionem; mas sim que a investigação desse delito se mostra irrisória: ou não existe ou existe de forma tênue, por meio de denúncias anônimas ou informantes policiais, que são repassadas diretamente à Polícia Militar, responsável pelo patrulhamento ostensivo (Semer, 2020, p. 167).

O problema é que "a falta de investigação reproduz, sem freios, o monstro da seletividade, eis que é também desproporcional o horizonte de pessoas abordadas na rua" (Semer, 2020, p. 169), geralmente nas periferias e em bairros mais carentes da cidade. E as abordagens policiais costumam derivar de impressões subjetivas dos próprios agentes, como a famigerada "atitude suspeita", ou de denúncias anônimas ou relatos de informantes policiais, que não contam com qualquer indício de verossimilhança nos autos, apenas os registros dos policiais: "quem são, onde estão, qual é o fim dessas pessoas utilizadas como informantes ninguém consegue saber, vez que os procedimentos policiais nunca relatam sobre a atividade policial prévia à apreensão" (Valois, 2021, p. 407). O resultado é que, no tráfico de drogas, a polícia militar é responsável por "prisões e apreensões, em detrimento de investigações mais profundas, de colheita de provas mais imparciais e detalhadas" (Valois, 2021, p. 391).

Também é notória a ascensão da Guarda Civil Municipal na prisão em flagrante de suspeitos de envolvimento com o tráfico de drogas, em aparente desconformidade com a sua atribuição constitucional. Segundo o artigo 144, § 8º, da Constituição, as guardas municipais destinam-se à proteção dos bens, serviços e instalações dos municípios (Brasil, 1988). São

atribuições que não se confundem com o patrulhamento de locais conhecidos como ponto de tráfico ou com a investigação de denúncias, finalidades próprias das polícias.

Em que pese a taxativa missão constitucional, no *Habeas Corpus* n. 2008124-98.2024.8.26.0000, a Guarda Civil Municipal recebeu informações de transeuntes não identificados nos autos de que havia um homem com mandado de prisão em seu desfavor, transitando pela zona rural da cidade. Os agentes foram investigar a denúncia e avistaram um automóvel, o qual decidiram abordar. Com o condutor do veículo, encontraram certa quantia em dinheiro. Os agentes acionaram o canil e, após buscas na beira da estrada, encontraram 18 porções de maconha. Depois, a mãe do paciente teria ligado para a GCM e permitido o acesso dos agentes à residência, onde encontraram mais dinheiro em espécie, balança de precisão e outros itens (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2024). Ora, as diligências realizadas pela Guarda Civil Municipal, neste caso, são distintas dos fins de proteção de bens, serviços e instalações dos municípios. Mas um dos efeitos da guerra às drogas é a sensação de combate permanente do crime por todo agente estatal que se relacione às forças de segurança pública:

> A guerra às drogas traz um perfil peculiar para as polícias. Como as drogas estão na sociedade e sempre estarão, o combate às drogas é e será sempre permanente, dando à polícia a sensação de que se tem constantemente um crime a coibir, fazendo de todas as polícias, polícias preventivas (Valois, 2021, p. 390).

O único caso em que a Polícia Penal foi responsável pelo início da persecução criminal ocorreu no âmbito do *Habeas Corpus* n. 2342006-12.2023.8.26.0000. Neste caso, a paciente tentou entrar na unidade prisional com drogas dentro de seu corpo. O *scanner* corporal da prisão detectou a presença de um objeto estranho, o que justificou a abordagem dos policiais penais.

3.5.5 Crimes imputados na denúncia

Embora o crime de tráfico de drogas não seja praticado com violência física ou grave ameaça, observou-se a utilização de argumentos relacionados à sua hediondez para manutenção da prisão preventiva pela garantia da ordem pública, de que seria responsável por originar a prática de outros delitos, esses sim violentos, e, ademais, de que seus atores geralmente estão inseridos dentro de uma organização criminosa (*convergência* do pânico moral).

Já se verificou em um dos tópicos anteriores que a maioria dos pacientes era primária de modo que se deveria presumir a inexistência de risco de reiteração delitiva e, por que não,

que esses agentes também não estavam inseridos em estruturas criminosas organizadas e nem envolvidos com a prática de crimes violentos.

Daí que também buscou-se verificar quais os crimes foram imputados na denúncia pelo Ministério Público, a fim de analisar se, além do tráfico, houve a imputação de outros crimes considerados abstratamente graves. Desconsiderou-se a imputação de causas de aumento de pena e/ou de circunstâncias agravantes, uma vez que não se tratam de crimes e sim circunstâncias que incidem na dosimetria da pena.

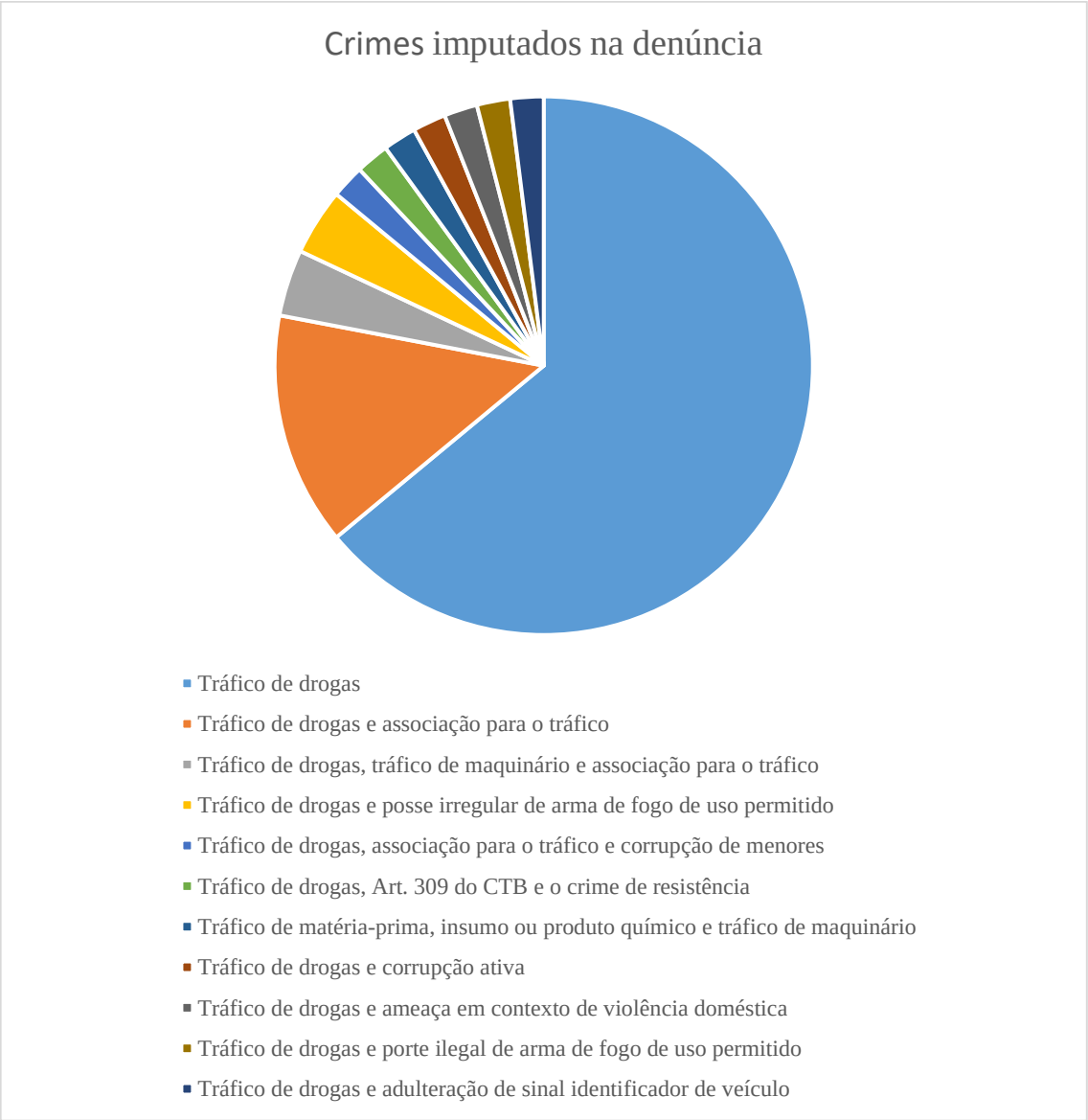
Em 64% dos casos (32) houve imputação única do crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06; em 14% dos casos (7), o Ministério Público denunciou o acusado, em concurso material, pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, este previsto no artigo 35, *caput*, da Lei de Drogas; em 4% dos casos (2), a denúncia imputou, em concurso material, os crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico e tráfico de maquinário, este previsto no artigo 34 da Lei de Drogas; em 4% dos casos (2), a imputação foi de tráfico em concurso material com o delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido , disposto no artigo12, *caput*, da Lei n. 10.826/03.

Por fim, em cada um dos 7 casos restantes houve a imputação de tráfico de drogas em concurso material com outros delitos distintos: (i) tráfico de drogas, associação para o tráfico e corrupção de menores, previsto no artigo 244-B do ECA; (ii) tráfico de drogas, artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro e o crime de resistência, previsto no artigo 329, *caput*, do Código Penal; (iii) tráfico de matéria-prima, insumo ou produto químico (artigo 33, § 1º, da Lei de Drogas) e tráfico de maquinário; (iv) tráfico de drogas e corrupção ativa (artigo 333, *caput*, do Código Penal); (v) tráfico de drogas e o crime de ameaça em contexto de violência doméstica (artigo 147 do Código Penal com as disposições da Lei n. 11.340/06); (vi) tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (artigo 14 do Estatuto do Desarmamento); e (vii) tráfico de drogas combinado com o crime de adulteração de sinal identificador de veículo, previsto no artigo 311, *caput* e § 2º, II, do Código Penal).

Portanto, em mais da metade dos casos a imputação foi tão somente do crime de tráfico de drogas. Em apenas 9 casos o crime de associação para o tráfico também foi imputado, o que poderia sinalizar uma estrutura de pessoas minimamente organizada, estável, permanente e com divisão de funções, que visasse a prática do comércio ilícito. Em 3 casos, o tráfico foi imputado em concurso material com porte ou posse de arma de fogo de uso permitido, o que demonstra maior gravidade em abstrato da conduta dos pacientes. Destaca-se também que em um único

caso houve a imputação do crime de ameaça em contexto de violência doméstica, o que também poderia representar maior gravidade e reprovabilidade da conduta do paciente.

Figura 8. Crimes imputados



Fonte: elaborado pelo autor.

3.6 Considerações sobre a pesquisa empírica

A pesquisa empírica permitiu compreender alguns dados relacionados à prisão preventiva pela garantia da ordem pública de acusados do crime de tráfico de drogas neste específico grupo de casos.

Em relação à caracterização do fundamento do *periculum libertatis*, observou-se a dificuldade de se definir conceitualmente o risco à ordem pública, tendo em vista a apresentação pelo Tribunal paulista de diversas condutas, circunstâncias fáticas do caso e pessoais do imputado como caracterizadoras do estado de perigo.

As cinco circunstâncias mais mencionadas como caracterizadoras do risco à ordem pública podem ser divididas em dois âmbitos: (1) as relacionadas com a gravidade abstrata ou concreta do crime de tráfico de drogas, quais sejam, a menção à quantidade, qualidade ou variedade das drogas apreendidas, a gravidade abstrata e a gravidade em concreto do delito; (2) as relacionadas com a ideia de que o acusado deste crime é perigoso e, assim, não poderia ser colocado em liberdade. Aqui compreendem-se os argumentos de periculosidade e risco de reiteração delitiva.

A gravidade abstrata do tráfico constitui circunstância genérica e não deveria ser preponderante para a prisão preventiva, sob pena de ser instituída inconstitucional hipótese de custódia cautelar obrigatória para todos os acusados desse crime. Já a gravidade em concreto e o argumento de apreensão de determinadas quantidade ou variedade de drogas são elementos que se confundem com o próprio mérito do processo criminal e, considerando a cognição sumária do *Habeas Corpus*, se mostram problemáticos para fundamentar o *periculum libertatis*.

Por outro lado, os fundamentos de periculosidade e de risco de reiteração criminosa nem sempre estiveram calcadas em argumentos concretos que as embasassem. Na realidade, esses argumentos estiveram interligados com as circunstâncias do delito, de modo a permitir o seguinte raciocínio: se a pessoa está sendo acusada de tráfico, necessariamente ela é perigosa e poderá voltar a delinquir.

Conclui-se que, embora haja certa tendência, não só no Brasil, de utilização de prisões preventivas com o propósito de defesa social, especificamente para evitar a reiteração criminosa, a maioria dos acórdãos afirmou a existência deste risco sem a indicação de elementos concretos para ampará-lo.

Observou-se também que o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal não é inteiramente observado. Na maioria dos casos, os acórdãos afirmaram a impossibilidade de substituição da prisão por medidas cautelares alternativas uma vez que o risco à ordem pública estaria presente. Portanto, não houve a fundamentação individual e concreta das razões pelas quais as medidas cautelares seriam insuficientes para conter o *periculum libertatis*.

Em relação às circunstâncias pessoais dos pacientes nos casos analisados, verificou-se a predominância de acusados do gênero masculino; primários; jovens (18 a 29 anos de idade); de escolaridade incompleta; e que trabalham em profissões de rendimentos modestos. Sobre o recorte racial, constatou-se número quase equivalente de brancos e pardos, com ligeira predominância do primeiro, e pouquíssimos negros, em contraste com os dados da população prisional brasileira, nos quais estes predominam.

A taxa de cerca de 80% dos pacientes serem primários contrasta com os argumentos de periculosidade e de risco de reiteração delitiva para negar a concessão da liberdade. Tal circunstância pessoal, se for utilizada para proporcionar algum prognóstico, deveria indicar o oposto: ausência de periculosidade e inexistência de risco de reiteração delitiva.

Sobre as circunstâncias processuais dos casos, observou-se que a persecução criminal se iniciou, em regra, pela prisão em flagrante dos pacientes, não originada de investigações prévias, mas de patrulhamentos ostensivos e/ou apurações de denúncias anônimas.

Neste conjunto de casos, observou-se também o protagonismo da Polícia Militar na prisão em flagrante dos pacientes em detrimento da atuação da Polícia Civil, responsável pelos trabalhos de inteligência e investigação. As atuações dos policiais militares recairam contra pequenos traficantes de bairros periféricos, facilmente substituíveis na linha de frente do comércio extremamente lucrativo que é o tráfico. Enquanto isso, o desmantelamento dessas redes ilegais de comércio não ocorre e os verdadeiros grandes comerciantes continuam intactos.

Verificou-se que as prisões preventivas foram decretadas na audiência de custódia, quase como um efeito automático da prisão em flagrante pelo tráfico de drogas.

E, por fim, em relação aos crimes conexos imputados na denúncia, outra circunstância indicativa de ausência de periculosidade e de inexistência de risco de reiteração delitiva é que foram poucos os casos de imputação de associação para o tráfico, o que permitiria a conclusão da existência de uma estrutura minimamente organizada voltada para a prática do comércio ilícito ou de crimes que tivessem como circunstâncias elementares a violência ou a grave ameaça.

Depreende-se, portanto, que a prisão preventiva pela garantia da ordem pública revela-se um instrumento jurídico facilmente manipulável para encarcerar os acusados de tráfico de drogas, em virtude de sua abstratividade e vagueza conceitual. A custódia cautelar desses sujeitos parece ser um imperativo da persecução criminal do tráfico de drogas justamente por todo o estigma histórico que o crime e o traficante carregam, este último compreendido como

inimigo da sociedade e, por isso, vinculado à toda sorte de crimes graves e violentos, bem como responsabilizado pela destruição das famílias e das bases morais da sociedade:

> Assim, em conjunto com a polícia, a mídia construiu a figura do traficante, o qual hoje, só pela designação, transmite a imagem do mal. Mesmo que o vendedor seja pobre, miserável às vezes, more na periferia, aquela relação comercial da esquina precisou ser vinculada com a fantasia do ganho milionário ou com a força e a violência do crime organizado, em uma construção que afeta não só a sociedade, mas a própria polícia e mesmo o comerciante, estigmatizado, mas empoderado na sua figura de representante do mal (Valois, 2021, p. 415)

Em sua pesquisa empírica, Marcelo Semer (2020, p. 291) chegou à conclusão de que os fundamentos prisionais pouco têm de cautelaridade, pois, na verdade, "mais uma vez o que está em julgamento, antes do réu, é o próprio crime de tráfico de drogas". Pouco importa se o sujeito é primário, de bons antecedentes, se a quantidade de drogas apreendidas é pouca ou ínfima, o traficante é considerado inimigo social e, como antecipou Zaffaroni (2014, p. 25), será punido imediatamente com o instituto jurídico disponível para isso, no caso a prisão preventiva pela garantia da ordem pública:

> [...] em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos mais elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade), seja praticada com qualquer outro nome diferente do de *pena*, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplo (Zaffaroni, 2014, p. 25).

Pouco é refletido se essas pessoas que, antes de serem acusadas de tráfico de drogas, geralmente são jovens, de baixa escolaridade, em situação de hipossuficiência econômica, quando forem enviadas ao cárcere preventivo provavelmente estarão mais suscetíveis à promiscuidade criminosa proporcionada por sujeitos reincidentes que poderão aliciá-las, com propósito de integrá-las a facções criminosas. Com o recrutamento, surge de fato o risco de reiteração delitiva que antes se tentou eliminar.

Além de ser necessário repensar a política antidrogas a nível mundial e nacional, pois originariamente calcada em fundamentos preconceituosos, morais, religiosos e políticos, é imprescindível a criação de parâmetros legais concretos para a prisão preventiva para defesa social. Mas, que não se confunda, a prisão preventiva com este fim possui graves problemas de compatibilidade com os direitos à liberdade individual e à presunção de inocência, previstos na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos. Entretanto, como se viu em outros países ao redor do mundo, que preveem esta modalidade prisional, parece ser ilusório

pensar neste momento em um processo criminal sem prisão preventiva com características de proteção da sociedade.

Já que a sua existência é uma realidade, é necessário criar requisitos concretos para a sua utilização, de modo a torná-la verdadeiramente excepcional, definindo objetivamente que o seu real propósito é evitar a prática de reiteração delitiva. Revogar o fundamento da "garantia da ordem pública" para definir o seu real objetivo já seria um grande avanço.

Também é indispensável resgatar a efetividade do artigo 316, § único, do Código de Processo Penal, tornando de fato ilegal, como ordena o dispositivo, a prisão preventiva cujos fundamentos não forem reavaliados no período de 90 dias. Outrossim, para além da reavaliação nonagesimal, é imperioso a definição de um prazo máximo da prisão preventiva.

Caso contrário, da forma como é legalmente prevista até os dias atuais, a prisão preventiva pela garantia da ordem pública continuará sendo utilizada como instrumento para segregação imediata de cidadãos indesejáveis e com propósitos punitivos.

CONCLUSÃO

Com auxílio da teoria crítica dos direitos humanos, iniciou-se este trabalho com a hipótese de que os acusados do crime de tráfico de drogas no Brasil não usufruem material e plenamente dos direitos à liberdade individual e à presunção de inocência. Afinal, considerável parcela dos presos provisórios brasileiros são réus por este delito, em que pese se tratar de crime praticado sem violência ou grave ameaça. O instrumento jurídico que possibilita a custódia desses sujeitos durante o trâmite processual é a prisão preventiva voltada para a proteção da ordem pública.

A análise da origem e do desenvolvimento da política antidrogas nos âmbitos internacional e nacional possibilitou compreender como a criminalização do tráfico está alicerçada em critérios econômicos, políticos, religiosos, discriminatórios e morais. Portanto, não necessariamente houve uma preocupação com a saúde pública nos primórdios da repressão. O proibicionismo capitaneado pelos Estados Unidos da América foi replicado e acatado por praticamente todas as nações do planeta, não sendo o Brasil uma exceção à regra.

O avanço dessa política no século XX resultou na estigmatização do tráfico de substâncias entorpecentes e da pessoa acusada de o praticar. Como resultado dos esforços diplomático e político norte-americanos, sobretudo no período da Guerra Fria, o traficante tornou-se sinônimo de inimigo público, o agente responsável por tentar implodir as bases morais, de origem cristã, da sociedade ocidental.

Com a utilização dos aportes teóricos do estudo de Zaffaroni sobre o direito penal do inimigo e da teoria do pânico moral com enfoque neste delito, analisada por Marcelo Semer, constatou-se que o traficante, ao ocupar a posição de inimigo social, de estranho, de *hostis*, teve voltado contra ele o poder punitivo estatal e a não efetivação plena de seus direitos. O processo de demonização foi combinado com a convergência do pânico moral, vinculando-o a crimes graves e violentos e inserindo-o em estruturas criminosas organizadas.

No âmbito do direito penal, o tráfico de drogas foi equiparado a crimes gravíssimos e violentos, que afetam bens jurídicos concretos e de suma importância; o tipo penal comporta múltiplos verbos nucleares, não respeitando os princípios da legalidade e da taxatividade, a fim de praticamente criminalizar qualquer ação humana relacionada aos entorpecentes; criminalizou até mesmo os usuários de drogas, em desrespeito à ofensividade do direito penal (em que pese não haver pena de prisão no Brasil para o porte para consumo pessoal).

No processo penal, foram criadas medidas autoritárias como tribunais especiais, prêmios aos delatores, previsão do agente provocador e, especialmente, a flexibilização de direitos e garantias como a inviolabilidade domiciliar, a presunção de inocência e a liberdade individual.

No que tange à América Latina, Zaffaroni expôs que o poder punitivo contra os inimigos se manifesta através da utilização da prisão preventiva, afirmação corroborada pelo alto número de presos provisórios no continente. A custódia representa uma punição imediata aos traficantes, além de servir para acalmar os anseios sociais.

No segundo capítulo, o estudo voltou-se para o tema da prisão preventiva para garantia da ordem pública. O fundamento não se relaciona com a finalidade cautelar e instrumental que toda medida cautelar do processo penal deveria possuir. Pelo contrário, a prisão provisória com tal propósito vincula-se muito mais a fins de defesa social, prevenção e de repressão, ou seja, objetivos próprios da aplicação da pena.

Vaga, imprecisa, abstrata e genérica, sem definição legal, a prisão para garantia da ordem pública possui origem contemporânea no Código de Processo Penal de 1941 que, por sua vez, deriva do *Codice Rocco*, no qual se privilegiava a relativização de direitos individuais em prol do coletivo. A liberdade, naquela época, era compreendida como mero benefício concedido ao acusado. Um favor, não um direito.

Em que pese a difícil compatibilização do fundamento da garantia da ordem pública com os direitos à liberdade individual e à presunção de inocência, fato é que espécies de custódia cautelar voltadas para a proteção da sociedade estão previstas em diversos países ao redor do mundo. A diferença é que esses países buscaram criar critérios concretos, objetivos e verificáveis para essa prisão provisória, denominando-a como necessária para proteger os bens jurídicos da vítima ou para evitar a prática de novos crimes.

Por fim, no último capítulo, ocupou-se da pesquisa empírica sobre acórdãos de *Habeas Corpus*, impetrados em favor de pacientes presos pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, com o fundamento da garantia da ordem pública, cujo pedido de liberdade fora negado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Neste grupo de casos, constatou-se que o fundamento do risco à garantia da ordem pública comporta múltiplos significados, derivados da própria compreensão do magistrado sobre o conceito. Os significados mais utilizados relacionaram-se com circunstâncias próprias do delito - como a gravidade abstrata e/ou concreta do crime e a quantidade, qualidade e

variedade das drogas – e também com circunstâncias relacionadas à ideia de periculosidade e de risco de reiteração delitiva.

Com efeito, os primeiros são elementos vinculados à própria estrutura do tipo penal (gravidade abstrata) ou à apreciação de mérito do processo (gravidade concreta e aspectos qualitativos e quantitativos dos entorpecentes), que são praticamente irrefutáveis em sede de *Habeas Corpus*. Já os segundos foram geralmente tratados como resultados naturais dessas circunstâncias próprias do delito, não sendo amparados em elementos concretos que indicassem risco de reiteração delitiva.

Verificou-se que o artigo 282, § 6º, do Código de Processo Penal não foi inteiramente concretizado nos acórdãos. Em regra, os mesmos argumentos utilizados para configurar o risco à ordem pública foram repisados para demonstrar a insuficiência das medidas cautelares. Entretanto, compreende-se que os argumentos não se confundem. Embora o estado de liberdade do paciente possa ocasionar risco à sociedade, é necessário demonstrar o porquê de as medidas cautelares diversas da prisão serem insuficientes para conter esse risco.

De forma contraditória aos argumentos de periculosidade do agente e de risco de reiteração delitiva, quase 80% dos pacientes eram primários de modo a indicar a ausência de habitualidade delitiva. Em regra, os pacientes eram do gênero masculino, jovens, sem escolaridade completa e que desempenham profissões ou trabalhos de rendimentos modestos. Em relação ao recorte racial, ao contrário do registro nacional, observou-se certa equivalência de presos provisórios brancos e pardos, e poucas pessoas negras.

No que tange aos aspectos processuais, observou-se que a persecução criminal foi originada, em regra, com a prisão em flagrante do suspeito, a partir da atuação da Polícia Militar. É sintomático a prevalência da Polícia Militar sobre a Polícia Civil neste crime, pois as investigações policiais sofisticadas são pouco empreendidas, impedindo o desmantelamento de grandes grupos criminosos. Na prática, o poder punitivo volta-se para os pequenos traficantes, com as circunstâncias pessoais acima mencionadas.

Verificou-se também ser a prisão preventiva decretada na audiência de custódia.

E, a contradizer os argumentos de periculosidade e de risco de reiteração delitiva observados nos acórdãos, foram poucos os casos de imputação de associação para o tráfico ou de delitos com elementares de violência ou grave ameaça.

Conclui-se, portanto, que a prisão preventiva para garantia da ordem pública constitui uma medida processual penal facilmente manipulável para encarcerar provisoriamente os

acusados de tráfico de drogas, em virtude de seu caráter vago e impreciso. Todo o estigma carregado pelo traficante e derivado do proibicionismo permite essa maior facilidade.

É imprescindível a conscientização dos atores processuais, em especial o Poder Judiciário e o Ministério Público, do processo de estigmatização proporcionado desde as origens da política de proibição às drogas. De igual modo, imperioso é o afastamento da lógica orientadora do Código de Processo Penal de 1941, segundo a qual os direitos da coletividade, ente abstrato, deveriam preponderar sobre os direitos individuais, este de titularidade de uma pessoa real, com familiares, sentimentos, projetos e sonhos pessoais.

Essa compreensão pode ser proporcionada através da sensibilização sociocultural dos direitos humanos de modo que não só os atores jurídicos, mas a própria sociedade passe a tratar a liberdade individual e o direito de ser presumido inocente como valores políticos supremos e imprescindíveis para uma vida digna, de modo a não serem mitigados em virtude do crime imputado ou da situação social ocupada pelo cidadão imputado.

Se é necessário existir a prisão preventiva para defesa social, é imprescindível a construção de critérios concretos e objetivos para afastá-la dos traços autoritários da garantia da ordem pública. Só assim será possível construir uma prisão processual excepcionalíssima e com limitação temporal bem definida, compatibilizando-a com o atual estágio civilizatório da humanidade.

REFERÊNCIAS

ABADISNKY, Howard. **Drug use and abuse: a comprehensive indroduction**. California, EUA: Wadsworth, Cengage Learning, 2011.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Constitucionais da Coação Pessoal**. *In* Revista Forense, n. 84, Rio de Janeiro, 1940, p. 577.

ALTALEX. **Codice di Procedura Penale, Libro IV, Titolo I.** Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/09/03/misure-cautelari-personali> Acesso em 3 abr. 2024.

ANDREAS, Peter; NADELMANN, Ethan. **Policing the globe: criminalization and crime control in international relations**. New York, EUA: Oxford University Press, Inc., 2006.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública / **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: FBSP, 2023.

ARAGONESES, Sara. **Derecho Procesal Penal**. 2. Ed. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 1996, p. 387.

ARAÚJO, Guilherme Silva. **Prisão preventiva como garantia da ordem pública**. Florianópolis: Emais, 2022.

ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das drogas**: um guia informal para o debate racional. São Paulo: Leya, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal:** compilación in memorian. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1999.

BECHARA, Ana Elisa. **Pesquisa mostra que o Brasil tem terceira maior população carcerária feminina do mundo.** Entrevista concedida a: Julia Galvão. Jornal da USP no Ar. Publicado em 7/8/2023. Disponível em: https://jornal.usp.br/radio-usp/pesquisa-mostra-que-o-brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-feminina-do-mundo/ Acesso em 9/6/2024.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Prisão cautelar**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERNER, Vanessa Oliveira Batista; LOPES, Raphaela de Araújo Lima. **Direitos humanos: o embate entre a Teoria Tradicional e a Teoria Crítica**. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO

CONPEDI, XXIII., 2014, João Pessoa-PB. Anais [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 128-144.

BEWLEY-TAYLOR, David; JELSMA, Martin. **Fifty years of the 1961 Single Convention on Narcotic Drugs**: A reinterpretation. Series on Legislative Reform of Drug Policies n. 12, Mar. 2011. Disponível em: http://www.tni.org/sites/www.tni.org./files/download/dlr12.pdf. Acesso em 10 jan. 2024.

BEWLEY-TAYLOR, David R. **The United States and International Drug Control, 1909-1997**. New York, EUA: Continuum, 2001.

BIZZOTO, Alexandre. **A inversão ideológica do discurso garantista:** a subversão da finalidade das normas constitucionais de conteúdo limitativo para a ampliação do sistema penal. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

BOITEUX, Luciana. A nova lei antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).** Ano 14, n. 167. Outubro 2006, p. 8-9.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, 2 (3). 82-93. https://doi.org/10.30899/dfj.v2i3.534. Acesso em 30 out. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

BORGES, Paulo César Corrêa. A tutela penal dos direitos humanos. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 134, julho de 2012, mensal, p. 82-88.

BORGES, Paulo César Corrêa. Tutela penal dos direitos humanos: crimes sexuais. *In*: BORGES, Paulo César Corrêa. **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2011.

BOYD, Neil. **High Scoiety**: Legal and Illegal Drugs in Canada, Toronto: Key Porter Books, 1991.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 19, n. 1, p. 201-230, 2014. DOI: 10.14210/nej.v19n1.p201-230. Disponível em: https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/5548. Acesso em: 28 out. 2023.

BRASIL. Anais da Assembleia Constituinte. **Atas e Comissões**, Brasília, DF, 1987, p. 101.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 nov. 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em 21 abr. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27 fev. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei N. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da União,** 3 out. 1941. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 29 fev. 2024.

BRASIL. Decreto N. 154 de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jun. 1991. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em 15 jan. 2024.

BRASIL. Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Diário Oficial da União**, 11 out. 1890. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em 20 jan. 2024.

BRASIL. Decreto n. 2.994, de 17 de agosto de 1938. Promulga a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, Protocolo de Assinatura e Ato final, firmado entre o Brasil e diversos países, em Genebra, a 26 de junho de 1936, por ocasião da Conferência para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/drogas.htm>. Acesso em: 05 jan. 2024.

BRASIL. Decreto N. 54.216, de 27 de agosto de 1964. Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/entorpe.htm. Acesso em 10 jan. 2024.

BRASIL. Decreto N. 79.388, de 14 de março de 1977. Promulga a Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 mar. 1977. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html. Acesso em 15 jan. 2024.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Presos em Unidades Prisionais no Brasil** – Período de Janeiro a Junho de 2020. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMjU3Y2RjNjctODQzMi00YTE4LWEwMDAtZDIzNWQ5YmIzMzk1IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em 10 de julho de 2022.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em 14 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 2019. Disponível em: <htttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 28 fev. 2024.

BRASIL. Projeto de Lei 4.208, de 12 de março de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 mar. 2001. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=26558#:~:text=

PL%204208%2F2001%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Altera%20dispositivos%20do%20Decreto%2DLei,liberdade%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias>. Acesso em 20 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.038.925/SP**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 31 de julho de 2017, às 11h30. Brasília/DF. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312754415&ext=.pdf Acesso em 14 mai. 2024.

CAMACHO, Matheus Gomes. **Persistência do paradigma punitivo e alternativas de superação**. Dissertação. Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CARNEIRO, Henrique. **Drogas: a história do proibicionismo**. 1ª ed. Brasil: Autonomia Literária, 2018.

CARNELLUTI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**, Buenos Aires, 1950.

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

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A "ordem pública" como fundamento da prisão cautelar – Uma visão jurisprudencial**. Empório do Direito. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-ordem-publica-como-fundamento-da-prisao-cautelar-uma-visao-jurisprudencial> Acesso em 4 abr. 2024.

COELHO, Edihermes Marques. **Os direitos fundamentais em face da globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

COHEN, Stanley. **Folk Devils and Moral Panics**. Londres: Routlege, 2011,

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 6ª ed. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998, p. 7

D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago; VELASCO, Clara. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas**. G1, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em 24 de julho de 2022.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. **Universidade Federal de Santa Maria**, 2018. Disponível em: < https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf> Acesso em 25 de outubro de 2023.

DEL OLMO, Rosa. Las drogas y sus discursos. *In*: PIERANGELI, José Enrique (Coord.). **Direito criminal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, v. 5.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 8ª ed., Madri, Espanha: Espasa, 2007.

ESPANHA. Ley de Enjuiciamento Criminal. Gobierno de España. **Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes.** Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2023-145> Acesso em 3 abr. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Presidente (1969-1974: Richard Nixon). **Public enemy number one**". Washington, 17 jun. 1971. Disponível em: https://www.presidency.ucsb.edu/documents/remarks-about-intensified-program-for-drug-abuse-prevention-and-control>.

FAIR, Helen; WALMSLEY, Roy. **World female imprisonment list. 5th edition.** London: World Prison Brief, Institute Crim Policy Res; 2017. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_imprisonment_list_5th_edition.pdf> . Acesso em 23 mai. 2024.

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

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no Estado Democrático de Direito**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONSECA, Elize Massard; BASTOS, Francisco Inácio. Os Tratados Internacionais Antidrogas e o Brasil: políticas, desafios e perspectivas. *In*: ALARCON, Sergio; JORGE, Marco Aurélio Soares (orgs.). **Álcool e outras drogas**: diálogos sobre um mal-estar contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012, p. 15-43.

FRANÇA. **Code de Procédure Pénale**. Version en vigueur du 16 juin 2000 au 26 novembre 2009. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006575606/2000-06-16 Acesso em 3 abr. 2024.

FULLER, Paulo Henrique; JUNQUEIRA, Gustavo; PARDAL, Rodrigo; VANZOLINI, Patrícia. **Lei anticrime comentada**: artigo por artigo: inclui a decisão liminar proferida nas ADIs 6.298, 6.299 e 6.300 – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GARCIA, Basileu. **Comentários ao código de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e processo penal:** uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, volume 1. 1ª ed. Florianópolis/SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

GRAY, Mike. **Drug crazy**: how we got into this mess and how we can get out. New York, EUA: Routledge, 1998.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. 1989. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.

HANS A., Baer. **Medical anthropology and the world system**. 2. ed. Connecticut, EUA: Praeger Publishers, 2003.

JAY, Mike. **Emperors of Dreams: Drugs in the 19th Century**. United Kingdom: Dedalus, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 7, n. 25, jan./abr. 2013. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6937/PDexibepdf.pdf?sequence=1 Acesso em 18 jan. 2024.

LEAL, Fábio Gesser; CARLOS, Graziela Regina Maunari Lothammer. Direitos humanos: um paralelo entre a Teoria Tradicional e a Teoria Crítica. *In*: SOUZA, Ismael Francisco de; VIEIRA, Reginaldo de Souza (org.). **Estado, política e direito: políticas públicas, cidadania e direitos humanos**, volume IX, Criciúma SC: UNESC, 2020, p. 15-32.

LEE, Martin A. **Smoke signals**: a social history of marijuana – medical, recreation and scientific, 2012, p. 55.

LIPPI, Camila Soares. O discurso das drogas construído pelo direito internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 54-65, 2013.

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

LOPES JR., Aury. **Fundamento, requisito e princípios gerais das prisões cautelares**. Revista dos Tribunais, 1987.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Presunção de inocência:** Do conceito de trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Parecer. São Paulo, 20 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pa/parecer-antecipacao-pena.pdf> Acesso em 20 mai. 2024.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. Editora Atlas, 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. **Prisão cautelar e liberdades fundamentais**. Editora Lumen Juris, 2005.

MACHADO, Maíra Rocha. **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MALLEA, Paula. **The war on drugs: a failed experiment**. Dundurn, Toronto, 2014.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MENDES, Gilmar Mendes. V – Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 571-878.

MCALLISTER, William B. **Drug diplomacy in the twentieth century**: an international history. New York, EUA: Routlege, 2000.

MORAIS, Paulo César de Campos. **Mitos e omissões:** repercussões da legislação sobre entorpecentes na região metropolitana de Belo Horizonte. Trabalho do Grupo de Estudos sobre Criminalidade e Controle Social do Centro de Estudos Econômicos e Sociais da Fundação João Pinheiro, 1997.

MUSTO, David F. **The American disease**: origins of Narcotic Control. 3. Ed., New York: Oxford University Press, 2002.

ORESTANO, Ricardo. **Introducción al estudio del Derecho Romano**. Universidad Carlos III-BOE, Madrid, 1997, pp 417-418 y 428-429.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em 31 jan. 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A Carta das Nações Unidas**. 16 de setembro de 2007. Disponível em: https://brasil.un.org/pt-br/91220-carta-das-na%C3%A7%C3%B5es-unidas#:~:text=A%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas%20foi%20assinada%20em%20S%C3%A3o%20Francisco,%C3%A9%20parte%20integrante%20da%20Carta. Acesso em 9 de jan. 2024.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. San José, Costa Rica. 1969.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PISAPIA, Gian. Domenico. **Compendio de procedura penale**. 2ª ed. Padova: CEDAM, 1979.

PORTUGAL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei n.º 78/87. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1987-34570075> Acesso em 3 abr. 2024.

PRADO, Geraldo. Excepcionalidade da prisão provisória. Comentários aos artigos 311 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. *In*: FERNANDES, Og. (Coord.). **Medidas cautelares no processo penal:** prisões e suas alternativas: Comentários à Lei 12.403. de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão preventiva**: a contramão da modernidade – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A tutela de urgência no processo penal brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REBELLO, Heribaldo. **Breves Lições de Direito Judiciário Penal**. V.1. Rio de Janeiro: José Konfino, s.d..

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito. Área de Concentração: Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, 273 f.

RODRIGUES, Thiago. A infindável guerra americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente. **São Paulo em perspectiva**, v. 16, n. 2, 2002, p. 102-111.

RODRIGUES, Thiago. **Tráfico, guerras e despenalização**. Le Monde Diplomatique Brasil. Setembro, 2009, p. 6-7.

RODRIGUES, Thiago. Tráfico, Guerra, Proibição. *In*: LABATE, Beatriz Cauby, et al. **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: EDUFBA, 2008, p. 91-104.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal** – 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

RUBIO, David Sánchez. Crítica a uma cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. **Revista Derechos y Libertades**, n. 33, época II, junio 2015, p. 99-133.

RUBIO, David Sánchez. Sobre el concepto de "historización" y uma crítica a la visión sobre las (de)-generaciones de derechos humanos. *In*: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). **Marcadores sociais da diferença e repressão penal**. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica, 2011, p. 9-21.

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, Nota Dez, n. 10, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: o papel dos juízes no grande encarceramento. 2ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SCHMITT, Carl. **El concepto de lo político**. Ediciones Folios, México, 1985.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 9ª ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 67, p. 213-244, jul./dez., 2015.

SPENCE, Jonathan D. **The search for modern China**. New York: W.W. Norton, 1991.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SZASZ, Thomas. **Our right to drugs: the case of a free market**. New York, EUA: Syracuse University Press, 1992.

TAIPA DE CARVALHO, A. A. **Sucessão de leis penais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, Editora, 1997.

TEIXEIRA, J. P. A. 70 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem: entre promessas e paradoxos. *In*: PRONER, C. *et al*. **70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos**: la protección internacional de los Derechos Humanos en cuestión. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 313-318.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Prisão provisória. **Revista de informação legislativa**, v. 31, n. 122, abr./jun. 1994.

VEGAS TORRES, Jaime. **Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal**. La Ley, s.d.

WOLKMER, Antônio Carlos. LIPPSTEIN, Daniela. Por uma educação latino-americana em direitos humanos: pensamento jurídico crítico contra-hegemônico. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. 18(1). p. 283-301. https://doi.org/10.18759/rdgf.v18i1.909. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/909. Acesso em 28 de outubro de 2023.

WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. *In*: **Direitos humanos e globalização:** fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica – 2ª ed. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **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.