



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**LUÍSA HELENA QUINTILIANO**

**DESARMONIA PLANEJADA: Uma análise da segunda instância de prisões preventivas por tráfico de entorpecentes no Distrito Federal com base na garantia da ordem pública**

**BRASÍLIA**

**2022**

**LUÍSA HELENA QUINTILIANO**

**DESARMONIA PLANEJADA: uma análise da segunda instância de prisões preventivas por tráfico de entorpecentes no Distrito Federal com base na garantia da ordem pública**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador Professor Dr Gabriel Haddad Teixeira

**BRASÍLIA**

**2022**

**LUÍSA HELENA QUINTILIANO**

**DESARMONIA PLANEJADA: Uma análise da segunda instância de prisões preventivas por tráfico de entorpecentes no Distrito Federal com base na garantia da ordem pública**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador Professor Dr Gabriel Haddad Teixeira

**BRASÍLIA, 12 DE SETEMBRO DE 2022**

**BANCA AVALIADORA**

---

Professor Orientador

---

Professor(a) Avaliador(a)

Dedico este trabalho à apropriação do Direito  
como ferramenta de crítica do monopólio do  
Poder.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente à minha família, por me proporcionar a estrutura necessária para concluir com excelência o ensino superior.

Cumprimento o meu pai, Paulo, por me ensinar o valor da dedicação e da disciplina. A minha mãe, Jeanne, pelo apoio constante e por valorizar os meus sonhos. O meu irmão, Octávio, por estar sempre ao meu lado, apesar das nossas diferenças. A minha finada irmã, Anna Paula, pelo carinho que tinha por mim.

Agradeço aos meus amigos, pelos momentos de desabafos e de alegria. Com eles, pude concluir meu curso com mais tranquilidade. Especialmente aqueles que me ajudaram durante a confecção deste trabalho. Nesta linha, cumprimento o meu namorado, Antônio, pelo auxílio no conhecimento que me faltava para a organização dos dados, além do seu interesse genuíno de ouvir as histórias dos réus. Bem como as minhas amigas Luiza e Thais, pelas recomendações de leitura e comentários construtivos.

Agradeço aos meus professores, especialmente os que se preocupam em problematizar a nossa área de atuação, que é o Direito. Por fim, cumprimento meu orientador Gabriel Haddad, pela humanidade e compreensão no decorrer deste trabalho.

*“Preto e dinheiro, são palavras rivais  
E então mostra pra esses cu  
Como é que faz  
O seu enterro foi dramático  
Como um blues antigo  
Mas de estilo, me perdoe, de bandido  
Tempo pra pensar, quer parar  
Que 'cê quer?  
Viver pouco como um rei ou muito, como um Zé?”*

Racionais MC's

## RESUMO

A prisão preventiva é medida cautelar excepcional que restringe a liberdade do indivíduo em um momento pré-processual. Dentre as fundamentações dessa prisão, a garantia da ordem pública é certamente a mais genérica, posto que não tem definição legal, tampouco pacificação na doutrina e jurisprudência. Em meio a uma política de guerra às drogas - em especial no contexto de pandemia de COVID-19 - faz-se necessário avaliar efetivamente quem está sendo preso preventivamente por entorpecentes no Distrito Federal, bem como sob qual razão. A investigação foi feita através de análise de acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre o objeto. Foi possível concluir que não há um perfil específico de traficante preso preventivamente a qual o tribunal mantém a aludida cautelar. Trata-se de mecanismo que dá aspecto de legalidade para as decisões de primeira instância, com uma presença ínfima de crítica e de reforma dessas decisões de primeiro grau.

**Palavras-chave:** prisão preventiva; garantia da ordem pública; tráfico de drogas; segunda instância; tribunal de justiça do distrito federal.

## ABSTRACT

Preventive detention is an exceptional precautionary measure that restricts the individual's freedom at a pre-procedural moment. Among the reasons for this arrest, the guarantee of public order is certainly the most generic, since it has no legal definition, nor pacification concept in doctrine and jurisprudence. Amid a war on drugs policy - especially in the context of the COVID-19 pandemic - it is necessary to effectively assess who is being preventively arrested for narcotics in the Brazilian Federal District, as well as for what reason. The investigation was carried out through the analysis of judgements of the Federal District Court of Justice on the subject. It was possible to conclude that there is no specific profile of a drug dealer in preventive detention to which the court maintains the precautionary measure. It is a mechanism that gives an aspect of legality to the decisions of the first instance, with an insignificant presence of criticism and reform of these decisions of the first instance court.

**Key words:** preventive detention; guarantee of public order; drug trafficking; second instance; brazilian federal district court of justice;

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PESQUISA LEGISLATIVA-DOCTRINÁRIA.....	11
1.1. Da prisão preventiva.....	11
1.2. Do tráfico de entorpecentes .....	18
1.3. Do estado da arte .....	25
2. PESQUISA JURISPRUDENCIAL .....	32
2.1. Dos dados quantitativos.....	33
2.2. Dos dados qualitativos.....	38
CONCLUSÕES.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	47
APÊNDICES .....	49

## INTRODUÇÃO

A prisão, na Idade Média, era comumente uma medida cautelar. Isto é, servia para garantir a execução da pena, que era um castigo corporal (FOUCAULT, 1975:21). No decorrer da história, a finalidade da prisão se modificou. Passou de ser medida cautelar para majoritariamente servir como pena. Apesar da função-pena ser a mais comum, excepcionalmente ainda existem ocasiões em que a prisão é meio de cautela. Ou seja, é possível prender antes da certeza que o indivíduo é culpado, antes mesmo de se iniciar o processo penal, através do oferecimento da denúncia. Dentre essas possibilidades de prisão provisória, o presente trabalho se concentra no instituto da prisão preventiva, especialmente aquelas baseadas na manutenção da ordem pública.

Pela própria amplitude deste termo - manutenção da ordem pública - essa espécie de prisão preventiva tem um potencial avassalador de cometer injustiças. Ou seja, a depender da retórica, qualquer indício de crime pode ser uma ameaça à ordem pública. Agora, em meio à política de guerra às drogas, a chance de o indivíduo suspeito de traficância ser injustamente preso é maior ainda. Especialmente de forma preventiva e com base na garantia da ordem pública. Ora, essas prisões massificadas e com conteúdo punitivista obviamente são um problema. A estruturalização de prisões arbitrárias - antes mesmo de haver processo penal - evidentemente representa uma ameaça à democracia e ao estado de direito. Significa abuso de poder, violência estatal, insegurança jurídica e política de medo.

Evidentemente, uma afirmação sem embasamento não é suficiente para a ciência. É preciso provar essa sistematização de prisões preventivas arbitrárias, carentes de fundamentação e corroídas pela injustiça. Especificamente, será avaliado o cenário em que o suposto crime cometido é de tráfico de drogas, ensejando em prisão preventiva pela garantia da ordem pública. O trabalho busca avaliar essa hipótese, a partir de análise legislativa, doutrinária e jurisprudencial. A pesquisa jurisprudencial será feita especificamente no contexto do Distrito Federal, através de acórdãos recentes emitidos pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF.

## **1. PESQUISA LEGISLATIVA-DOCTRINÁRIA**

A fim de estabelecer uma lógica didática na primeira parte deste trabalho, o tema será apresentado a partir da generalidade. Ou seja, partindo da legislação do Código de Processo Penal, que é a lei mais abrangente sobre o tema, definir o que é efetivamente o instituto da prisão preventiva. Em seguida, discorrer sobre as discussões mais latentes entre alguns intérpretes e especialistas dessa lei, os chamados doutrinadores. Na medida em que a problemática se torna mais específica, será desenvolvido o tema de entorpecentes a partir da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), e o encontro deste diploma legal com a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990). Posteriormente, um levantamento do entendimento de alguns doutrinadores sobre o objeto. Em uma tentativa de reunir esses temas, será feita uma breve pincelada do que o ramo científico tem a dizer sobre o tema deste artigo. Isto é, o estado da arte, efetivamente a prisão preventiva pelo tráfico de entorpecentes.

Antes de tudo, uma pequena ressalva. Um dos desafios para a confecção deste trabalho foi justamente filtrar a essência do objeto, separando ao máximo o ‘juridiquês’ da temática. Se dedicar ao estudo das ciências jurídicas é também um disciplinamento da linguagem. Aqueles que convivem regularmente com o Direito, acabam por se apropriar de um dialeto próprio. Palavras e símbolos que, querendo ou não, afasta a discussão de outras áreas acadêmicas, e se distancia ainda mais da sociedade como um todo. Portanto, apesar do que ocorre na realidade concreta, acredito que a Ciência, em especial o Direito, deve ser acessível a todos. Nessa linha de raciocínio, tomarei este trabalho como uma singela tentativa de tratar o assunto da forma mais simples possível. Sem, evidentemente, perder a complexidade do tema. Meu objetivo é que, pelo menos, o conteúdo deste texto seja inteligível para estudantes de outras áreas de conhecimento que, por qualquer motivo, tenham interesse no assunto tratado. Sem mais delongas, prossegue-se o desenvolvimento do presente trabalho.

### **1.1. Da prisão preventiva**

É seguro afirmar que a liberdade é um valor extremamente estimado pelo ocidente contemporâneo. Esse valor se reflete no direito brasileiro, tanto que é um bem jurídico paulatinamente tutelado no nosso ordenamento jurídico. Isto é, trata-se de uma ideia, um direito protegido pelo diploma legal de maior hierarquia, a Constituição Federal - CF. Tanto que, essa Carta Magna, no seu art. 5º, inciso LIV, veda a privação de liberdade sem o devido processo legal, punindo a discriminação atentatória de direitos fundamentais, no inciso XLI do mesmo

artigo. Isto é, segundo a lógica jurídica, para que seja justo tomar a liberdade de alguém, é necessário antes o cumprimento de um procedimento meticulosamente previsto em lei, que respeite os direitos inerentes ao ser humano, também garantidos pela Constituição. Entretanto, não há sanção, desvantagem alguma para juízes que cerceiam a liberdade do réu através de uma decretação de prisão preventiva descabida. Ao invés disso, a Constituição prevê como remédio jurídico, como solução para essa hipótese, a impetração de *habeas corpus*, vide artigo 5º LXXI da CF. Ou seja, não existe um dispositivo, sequer um artigo em toda a legislação para evitar que ocorra este constrangimento ilegal, somente para interrompê-lo.

É comum ouvir, dentre os operadores de direito penal, que há uma habitualidade de prisões preventivas decretadas de forma arbitrária, especialmente aquelas com base na garantia da ordem pública. Obviamente, a partir do momento em que conceitos jurídicos, como garantia, ordem pública e periculosidade se tornam meramente retórica, isso se torna um problema. Porquanto a restrição da liberdade sem o devido processo legal dependerá pura e simplesmente da íntima convicção do magistrado. Em outras palavras, o juiz tem este poder irrestrito de prender pessoas sem seguir o procedimento previsto em lei. Em sua decisão injusta, é possível que haja termos que deixem a fundamentação com aparência de legalidade, porém tais conceitos na realidade são vazios de conteúdo.

A prisão preventiva pode ser definida como uma espécie de medida cautelar mais severa, que coage o indivíduo a partir da restrição provisória da sua liberdade (SANGUINÉ, 2014:2). A concepção de cautela, para a lógica do direito, mais do que aplicar o direito material - o de proteção aos bens jurídicos - tem como prioridade a eficácia do processo, de garantir o efetivo funcionamento da justiça. Justamente, a medida cautelar tem caráter de instrumentalidade, já que a sua finalidade é fundamentalmente assegurar os efeitos da decisão judicial terminativa, a sentença (SANGUINÉ, 2014:6). Obviamente, será decretada contra o réu ou o indiciado, dentro da justiça penal. Em outras palavras, a prisão preventiva ocorre antes da fase probatória do processo penal. Isto é, muito antes da efetiva investigação para determinar se o acusado de fato cometeu um crime. Logicamente, a tal prisão preventiva, como medida cautelar extremamente ríspida, é o último subterfúgio do juiz para garantir que a sentença se concretize no plano real. As medidas cautelares diferentes da prisão estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal vigente – CPP.

Partindo para as ocasiões cabíveis da prisão preventiva previstas no CPP, em uma situação em que essas medidas cautelares mais brandas, vide artigo 319 do CPP, não

satisfazem a garantia do funcionamento da justiça, haverá a possibilidade de decretação da prisão preventiva, conforme o disposto no artigo 282 §6º do CPP (NUCCI, 2021:393). Caso essas medidas cautelares mais brandas sejam descumpridas, então também caberá prisão preventiva, vide artigo 312 §1º do CPP. Essa severa medida cautelar pode ser decretada em qualquer fase do processo penal, no momento de investigação até depois de sentença condenatória, conforme artigo 311 do CPP (NUCCI, 2021:393).

Os requisitos para a prisão preventiva estão presentes no artigo 313 do CPP, a saber:

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

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

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

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

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

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

O Código de Processo Penal tem uma lógica na disposição deste artigo. Os incisos não precisam ser cumulativos, basta o cumprimento de um deles para preencher os requisitos da prisão preventiva. O inciso I limita a decretação, a aplicação dessa medida para crimes com pena em abstrato superior a 4 (quatro) anos. Isso porque, caso o réu ou indiciado não reincidente seja considerado culpado, com uma pena em abstrato inferior a 4 (quatro) anos, então ele cumprirá em regime aberto, observando o artigo 33 §2º, alínea “c” do Código Penal - CP. Isto é, responderá a ação penal em liberdade. Logo, a partir do princípio da proporcionalidade, não é razoável aplicar uma medida cautelar mais severa do que a possível condenação do imputado. Ou melhor, não é lógico o réu ser preso sem condenação por um crime que, caso fosse declarado culpado, cumpriria a pena em liberdade. Agora, seguindo para o inciso II do artigo 313 do CPP, os reincidentes são passíveis de medida cautelar. Esse dispositivo pode ser interpretado junto com a súmula 269 do STJ, *in verbis*, nestes exatos termos:

É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4(quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais

A reincidência é quem comete crime após ter sido considerado culpado por crime anterior, isto é, após ter transitado em julgado a sentença penal condenatória, vide artigo 63 do CP. Digo, só é reincidente quem foi considerado culpado por crime em sentença penal definitiva, sem recurso cabível. Agora, o artigo 313 exclui a admissão da prisão preventiva caso a data de cumprimento ou extinção da pena tenha ocorrido há mais de cinco anos, com previsão no artigo 64, inciso I do CP. Curiosamente, pela omissão, a possível admissão da prisão preventiva abarca a situação do artigo 64, inciso II do CP. Isto é, dos crimes militares próprios e políticos, tratando-se de uma situação de exclusão da reincidência pelo CP. Em outras palavras, mesmo que o Código Penal não considere como reincidente aquele que cometeu previamente crimes militares próprios e políticos, o mesmo diploma legal não apontou essa exceção da reincidência, ao determinar que a prisão preventiva é cabível para os reincidentes. Somente excepciona aqueles que cometeram esse crime anterior há mais de cinco anos atrás.

Assim, resta o questionamento se, para efeitos de admissibilidade da prisão preventiva, aqueles com condenação posterior em crimes militares próprios e políticos serão considerados ou não reincidentes. Ora, observando o princípio norteador do direito penal, que é o *in dubio pro reo*, na dúvida, a interpretação cabível deve ser a mais benéfica para o réu. Então, aqueles incluídos no artigo 64, inciso II do CP, não são passíveis de prisão preventiva com base no artigo 313 inciso II do CPP. Outro impedimento para a decretação da prisão preventiva, é caso o juiz verifique fortes indícios de excludentes de ilicitude<sup>1</sup>, conforme aduz o artigo 314 do CPP.

Seguindo para o inciso III do artigo 313 do CPP, este serve para preservar as vítimas lesionadas pelo réu ou indiciado, por se tratar de violência domiciliar. Agora, os incisos do artigo 313 não possuem puramente uma natureza cautelar, isto é, de preservar o andamento do processo. A possibilidade de prender crimes com a pena mais elevada, acima de 4 anos, de encarcerar reincidentes e possíveis autores de crimes domésticos, parece buscar prevenir a ocorrência de outros crimes, e não de preservar o resultado útil do processo. O único requisito que de fato tem aparência restrita de medida cautelar no artigo 313 do CPP é o §1º, que prevê prisão preventiva por não haver informação suficiente da identidade civil da pessoa. É uma

---

<sup>1</sup> A ilicitude é um dos elementos indispensáveis para a definição de um crime. Caso o réu aja em estado de necessidade (para proteger direito próprio ou de outrem de perigo iminente), em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal, ou em exercício regular de direito, então a ação não pode ser considerada crime, vide art. 23 c/c art. 24 do CP.

função cautelar, já que, logicamente, a impossibilidade de identificar o réu ou indiciado impediria o prosseguimento do processo penal. Através deste breve estudo, é possível constatar que, na realidade, as medidas cautelares no processo penal têm tipicamente característica dupla, de cautela e de prevenção de outras condutas criminosas. O que, por si só, já extrapola a natureza cautelar. Prevenir crimes é papel típico da polícia, e não do judiciário. Em continuidade, o mesmo artigo, em seu §2º afasta a possibilidade da prisão preventiva como cumprimento prévio de pena, em observância ao já mencionado princípio do devido processo legal, no artigo 5º, inciso LIV, *in verbis*:

Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Em outras palavras, não é razoável que uma prisão preventiva seja utilizada como antecipação de pena, já que o indivíduo não foi considerado culpado pelo crime a qual responde penalmente. Trata-se de providência para evitar a arbitrariedade do estado. Já que, obviamente, para legalmente aplicar a pena sobre o indivíduo, é necessário seguir o devido processo legal.

Conforme mencionado, a lógica jurídica parte do pressuposto de que cercear o direito de alguém, de forma ‘justa’, demanda o cumprimento de uma série de requisitos legais. No caso da prisão preventiva, obedecido os requisitos de sua admissão, deverá ainda ser avaliado o cabimento dessa medida cautelar, no artigo 312 do CPP:

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

Agora, o trabalho em questão essencialmente abordará a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública. Uma vez que, realmente, das possibilidades de decretação da prisão preventiva, esta é a mais polêmica e contestada entre os penalistas (SANGUINÉ, 2014:284). A ordem pública, por se tratar de conceito extremamente abstrato, fatalmente tem o seu significado à mercê da subjetividade dos juízes. (JUNIOR, 2021:277). É justamente por isso que a doutrina – entendimento de intérpretes e especialistas do objeto – e a jurisprudência – conjunto de decisões pregressas sobre o assunto – falha em determinar efetivamente o que é a ordem pública, já que, atualmente, ela está “apta para absorver qualquer situação de crise” (SANGUINÉ, 2014:284). Sanguiné (2014) lista diversas significações corriqueiras para a garantia da ordem pública, basicamente em torno da prevenção do cometimento de outros crimes, da proteção das vítimas, e da satisfação do “clamor público” (SANGUINÉ, 2014:284). Ora, utilizar o aprisionamento de alguém para satisfazer esse clamor público, com a finalidade

de garantir a fé do povo nas instituições jurídicas, obviamente não é a função de uma medida cautelar (JUNIOR, 2021:284). Vale ressaltar, o clamor público não é fundamento cabível para a decretação da prisão preventiva, uma vez que não está previsto no artigo 312 do CPP (MESSA, 2020:285). Deste modo, há uma violação evidente ao princípio da legalidade, com previsão no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, *in verbis*:

Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena **sem prévia cominação legal (grifo meu)**.

Assim, a finalidade prática dessa medida cautelar não tem previsão constitucional, tampouco legal (SANGUINÉ, 2014:284). Em outras palavras, no papel, ela tem amparo no ordenamento jurídico, porém a sua real função, no plano concreto, viola a intenção declarada da prisão preventiva, bem como atropela princípios constitucionais e direitos e garantias fundamentais.

De fato, a prisão preventiva, em especial baseada na garantia da ordem pública, acaba por ultrapassar o seu caráter de cautela. Tal medida extrapola a sua finalidade processual, e passa a cumprir um papel de segurança pública (PRADO; SANTOS, 2018:128). Por se tratar tipicamente de uma função do poder executivo, há uma evidente violação da tripartição dos poderes, já que a finalidade cautelar é transformada em prevenção geral e especial, de prevenir que o povo, mas também que o indivíduo em questão cometa crimes (JUNIOR, 2021:284; SANGUINÉ, 2014:284). Logo, tal medida cautelar, além de cumprir um papel político-criminal, também serve como meio de antecipação da pena, por ter essa intenção de isolar um indivíduo definido às pressas como perigoso (JUNIOR, 2021:284).

Segundo Luiz Regis Prado e Diego Santos (2018),

Fazer uso de um instrumento que adentrou o ordenamento para estimular a liberdade de sancionamento processual consiste em tratar o assunto “justiça” na linha de práticas autoritárias, quase sempre de viés antidemocrático (PRADO; SANTOS, 2018:130)

Agora, para além do seu cabimento e real finalidade, outra questão extremamente polêmica nas prisões preventivas é a sua duração. Não foi fixado um prazo máximo para a prisão preventiva. No entanto, houve uma alteração, em 2019, que prevê a revisão de ofício - quer dizer, deve ser cumprido independente de pedido das partes - dessa medida cautelar no prazo de 90 dias, sob pena desta prisão se tornar ilegal, vide artigo 316, parágrafo único do CPP. Até o momento, referido dispositivo é duramente questionado com tramitação de duas ADI – duas ações pela decretação de inconstitucionalidade do artigo, com a finalidade de retirá-lo do ordenamento jurídico. A dificuldade de cumprir o artigo 316,

parágrafo único do CPP denota a desídia costumeira da justiça ao deixar decretada a prisão preventiva sem revisão habitual dos seus requisitos, apesar de existir previsão legal, no CPP:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

A eito, o juiz não pode decretar de ofício a prisão preventiva. Será decidido somente mediante requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação, vide artigo 311 do CPP. Tal previsão é pertinente, já que, caso o juiz pudesse decretar de ofício, tal medida comprometeria a sua imparcialidade e daria ao processo penal uma aparência ainda maior de inquisição, e não de acusação. Isto é, de uma justiça penal a qual o juiz ativamente investiga pessoas para incriminar, ao invés de um sistema imparcial que funciona sob demanda, a fim de resolver um conflito social. Sem embargo, existem previsões para que o juiz atue de ofício nesta matéria, a saber, poderá decretar a prisão preventiva novamente, subsistindo as suas razões, com fundamentação adequada, bem como poderá revogá-la de ofício, conforme artigo 316 do CPP.

De forma lógica, a prisão preventiva deve ser devidamente fundamentada. O artigo 315 do CPP delimita os tipos de decisões que carecem de fundamentação adequada. Nota-se que o legislador tomou um cuidado especial ao redigir este dispositivo, justamente por se tratar de uma medida cautelar excepcional, que priva o indivíduo de sua liberdade sem condenação prévia. Por óbvio, o juiz deve delinear fatos novos ou contemporâneos que motivem a adoção dessa medida cautelar, conforme artigo 315 §1º do CPP. Neste sentido, o artigo 315 §2º do CPP adverte:

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

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

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

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

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

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

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

Deste modo, conforme o dispositivo, a fundamentação da prisão preventiva necessita de se adequar ao cenário individual, isto é, concatenar, adequar a previsão legal com o caso concreto. Caso falte fundamentação adequada, então a decisão será nula de pleno direito. Outra possibilidade de negligência com a fundamentação é caso o magistrado deixe de enfrentar todos os argumentos do réu ou indiciado, tratando-se de dispositivo com a finalidade de evitar o cerceamento da defesa, vide inciso IV do artigo 315 §1º do CPP. Especialmente, o juiz deve contraditar dois principais argumentos. Em primeiro lugar, a tese de afastamento do *periculum libertatis*, isto é, o possível perigo gerado pela liberdade do imputado. Segundamente, o cabimento de medidas cautelares diversas, já que a prisão preventiva é excepcional, imprescindível a demonstração da sua necessidade iminente (JUNIOR, 2021:282).

Inobstante, ainda é comum a atuação de magistrados com fundamentação padrão, genérica e que justifica a prisão preventiva com base em perigos abstratos, tal qual, o clamor público, a reiteração – possibilidade de o indivíduo voltar a delinquir – a gravidade em abstrato do crime, o de organização criminosa e de tráfico de drogas etc. Sem tampouco individualizar o *periculum libertatis*. Realmente, a prisão preventiva sofre duras críticas da doutrina e dos penalistas atuantes, especialmente aquelas decretadas com base na garantia da ordem pública. Os desafios primordiais a serem enfrentados é a sua característica de prevenção geral, a falta de previsão de duração, a ausência de definição do conceito de garantia pública, e como garanti-la, bem como o alto número de fundamentações insuficientes no plano real.

## **1.2. Do tráfico de entorpecentes**

Tanto a legislação específica - vide art. 1º, parágrafo único da Lei de Drogas - como a doutrina em análise, estabelece ‘droga’ como uma substância que pode causar dependência. Pode ser definida como tal através de legislação específica, ou por lista emitida pelo Poder Executivo da União (MARCÃO, 2016:24; MASSON, 2021:22). Trata-se essencialmente de uma norma penal em branco (MARCÃO, 2016:24). Isto é, uma legislação que demanda uma “complementação para que se possa compreender o âmbito de aplicação de seu preceito primário”. (GRECO, 2021:7). Quer dizer, a Lei de Drogas, por si só, é incompleta. Necessita de regulamentação, uma legislação secundária para ser aplicada. De fato, a própria característica da lei penal em branco gera dúvidas se a Lei de Drogas viola ou não o princípio da legalidade, e portanto, se viola ou não a Constituição. Segundo Valois (2021), a dependência dessa legislação para com uma lei secundária aumenta a discricionariedade. Digo, intensifica o poder punitivo desenfreado do estado (VALOIS, 2021:441). A situação piora, na medida em

que o agente que criminaliza os portadores dessas substâncias, dita ‘drogas’, é um órgão meramente administrativo.

Mais especificamente, para suprir essa lacuna da lei, o Ministério da Saúde emite portarias com a delimitação de substâncias que, para efeitos penais, serão consideradas como drogas. A fim de entender o procedimento necessário para a emissão de uma portaria que trata de política de saúde, usaremos como base o manual de orientação do próprio ministério, publicado em 2010. Trata-se, *grosso modo*, de um procedimento em que técnicos encaminham esse projeto para outros órgãos administrativos - Conselho Nacional de Saúde - CNS, Comissão Intergestores Tripartite e Conjur - com o objetivo de obter a concordância dessas entidades. Seguido pela efetiva aprovação da portaria pelo ministro da saúde. Agora, sobre a alteração de uma portaria, o aludido manual de orientação discorre a respeito dessa possibilidade, porém não apresenta nenhum procedimento necessário para a modificação do ato administrativo. Assim, no silêncio deste manual, somado com o entendimento de Masson (2021), é razoável concluir que basta a simples inclusão de uma substância na lista de drogas para criminalizar os portadores desse entorpecente (MASSON, 2021:23).

Realmente, é chocante entender que a criminalização de substâncias, circunstância que afeta agressivamente a realidade brasileira, nem sequer passa pelo crivo dos representantes do povo, os deputados federais, por meio de lei complementar, ou pelo menos ordinária. Até mesmo porque a criminalização de drogas é um tema polêmico, definitivamente não é um consenso na realidade brasileira. Concretamente, essas portarias - as que determinam o que é droga - têm relação direta com o segundo maior motivo de encarceramento nas penitenciárias brasileiras, o tráfico de drogas. Realmente, é uma situação bizarra e extremamente arbitrária.

Sobre drogas, outro apontamento pertinente se dá por uma das formas de legitimação do direito penal, a tutela dos bens jurídicos. Trata-se de um valor da sociedade protegido pelo direito. Caso esse valor seja violado, como último recurso, *ultima ratio*, será aplicada a lei penal sobre aquele que profanou o bem jurídico. A lógica penal tem como diretriz a racionalidade, o que engloba o princípio da proporcionalidade. Quanto mais precioso o bem jurídico, maior a pena sobre o transgressor. Quanto maior a gravidade da lesão ao bem jurídico, também aumentará a pena. No caso da proibição de drogas, o bem jurídico tutelado é a saúde pública. A pena em abstrato do art. 33 da Lei de Drogas, o tráfico de drogas, é de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão. Reclusão significa que o início de cumprimento de pena pode ser pelo regime fechado, a prisão.

Ao passo que o crime de homicídio - art. 121, caput do CP - em sua modalidade simples - sem qualificadoras, majorantes ou agravantes - é de 6 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão. O crime de roubo simples - art. 157, caput do CP - é de 4 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão e multa. O crime de estupro, em sua modalidade simples - art. 213, caput do CP - tem a pena de reclusão de 6 (quatro) a 10 (dez) anos. Ora, em tese, o bem jurídico mais precioso é a vida. No entanto, abstratamente, entre matar alguém e praticar uma relação comercial ilegal, porém consentida, tem a diferença de pena máxima de apenas cinco anos. Tomar a propriedade de outrem mediante violência ou ameaça é visto como um crime menos grave do que tráfico. E pior, destroçar a dignidade sexual da pessoa, mediante estupro, é avaliado como menos grave do que tráfico. Inclusive, a pena máxima em abstrato do estupro é a mesma do que do roubo, um dado da realidade que, por si só, é extremamente problemático. Assim, basta fazer essa comparação grosseira para concluir que a pena em abstrato do crime de tráfico de drogas não é proporcional, tanto em relação ao bem jurídico tutelado, como em comparação com outros crimes do direito penal. É evidente a violação do princípio da proporcionalidade, e até mesmo, é claro a falta de puro bom senso do legislador.

Sobre a saúde pública, Queiroz (2009) questiona a real tutela desse bem jurídico. O autor é um defensor da legalização das drogas, pelos seguintes motivos: A própria criminalização dos entorpecentes impede a atuação de autoridades sanitárias sobre a substância, além dos usuários não terem, em regra, informações confiáveis dos efeitos nocivos dessas drogas. Ademais, a política pública de combate a drogas é majoritariamente criminal. Não há incentivo, investimento ou estrutura no sistema de saúde público para o tratamento digno do usuário e do dependente de substâncias. Ao invés disso, os usuários, aos olhos da sociedade, são delinquentes marginalizados. Ao mesmo tempo em que se criminaliza as drogas com base na tutela da saúde pública, em uma das sociedades mais desiguais do mundo<sup>2</sup>, existem brasileiros sem o acesso mais básico à saúde. Isto é, penalmente, a saúde pública é um bem tão protegido que supera a tutela da dignidade sexual. Posto que o crime de tráfico tem a pena maior do que o estupro. Apesar disso, enquanto o tráfico é duramente reprimido pelas instituições, a tal da saúde pública continua, para dizer o mínimo, sucateada. Claramente, a teoria do Direito Penal como *ultima ratio* não é replicada no plano concreto. Entende-se que o Direito Penal é a última ferramenta do Estado para proteger um bem jurídico. Ora, por essa lógica, políticas

---

<sup>2</sup> Em 2021, o Brasil ocupou o ranking de 9º país mais desigual do mundo. A pesquisa se baseia nos dados colhidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), comparados com os parâmetros do Banco Mundial (Bird).

públicas para melhorar a Saúde Pública devem ter o enfoque, em detrimento de coibir o tráfico penalmente. Posto que é justamente essa classe social mais carente, a que tem a saúde em risco, que está sendo encarcerada por tráfico de drogas. Para Valois (2021), em meio à escassez, essas pessoas, que estão na base da sociedade brasileira, não tem como preocupação o comércio ilegal de drogas. Até porque, no que concerne à ameaça à saúde pública, existem preocupações mais latentes do que o tráfico. Portanto, a questão do tráfico é uma questão de classe (VALOIS, 2021:649).

Particularmente, entendo que há sim uma preocupação da classe mais pobre com o vício em entorpecentes. Além do que, a proibição impossibilita o controle de qualidade dessas mercadorias. Logicamente, como as pessoas pobres vão consumir os produtos mais baratos, esses entorpecentes serão de qualidade inferior, sem haver qualquer controle sobre a verdadeira composição e conservação desta substância. No entanto, mais do que a preocupação com o uso de entorpecentes, o medo da violência - que a guerra contra as drogas acentuou consideravelmente - pode ser mais latente do que o medo do vício derivado do abuso de drogas. Posto que as atuações mais ostensivas das polícias são nas favelas, onde é comum um inocente ser morto por bala perdida, mesmo que seja neutro em relação ao conflito entre policiais e traficantes. Sobre o tema, Valois (2021) entende que há uma “ampliação exagerada do instrumento do bem jurídico” (VALOIS, 2021:439). Um verdadeiro “escárnio contra a população pobre, únicos punidos pelo sistema, do que como verdadeiro balizador da atividade punitiva” (VALOIS, 2021:439).

Agora, passando para a análise do tipo penal - digo, os elementos próprios da figura do traficante - vide art. 33 da lei 11.343. A caracterização do tráfico é extremamente ampla, já que existem 18 verbos no aludido dispositivo. A prática de uma conduta dentre as 18 previstas já incide na traficância. Além do que, o indivíduo não precisa vender o entorpecente, sequer obter vantagem econômica para ser imputado como traficante. Surge então uma confusão para diferenciar o usuário - previsto no art. 28 da lei 11.343 - do traficante. Já que as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas podem ser tanto para o tráfico, como para uso pessoal. Repercussões penais em polos completamente contrários, já que o uso de drogas tem uma pena incomum. Mais especificamente, de medida educativa, de trabalho comunitário ou uma mera advertência. Ao passo que o tráfico simples, como dito anteriormente, tem a pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão.

Em meio a essa confusão, o que diferencia o traficante do usuário é a utilidade da droga, se é para o tráfico ou para consumo próprio (MASSON, 2021:33). Entre o tráfico e o

uso pessoal, o único tipo penal intermediário na lei de drogas é a figura da droga para uso compartilhado. O agente que oferecer eventualmente, sem finalidade de lucro, drogas para uso compartilhado, cumprirá pena de cinco meses a um ano de detenção e multa, vide art. 33 §3º da lei 11.343. Vale ressaltar que a detenção afasta a possibilidade de cumprimento inicial de pena em regime fechado. Além do mais, aquele que oferece drogas para uso compartilhado também está sujeito às penas do usuário para consumo próprio, do art. 28 da lei (CARVALHO, 2016:262). Mesmo assim, a diferença entre traficante e usuário é extremamente polarizada. Ademais, a legislação não diferencia o comércio varejista do atacadista. Digo, o pequeno comerciante está sujeito à mesma pena dos traficantes que estocam grandes quantidades para um comércio estruturado (CARVALHO, 2016:262). De fato, é esse tipo de sutileza da legislação que gerou precedente para o superencarceramento por tráfico.

No que tange o elemento subjetivo do crime - a intenção do agente ao cometer o delito - tão somente é necessário a comprovação do dolo genérico para haver traficância. Em outras palavras, basta provar que o réu tinha vontade livre e consciente de cometer o delito, sem necessidade de revelar a finalidade específica desse crime (MARCÃO, 2016:95). Valois (2021) entende que tanto a prescindibilidade do dolo específico, como as condutas excessivas do art. 33, são ‘medidas de polícia’. A afirmativa tem relação direta com a situação a qual o autor define como ‘estado de polícia’. Isto é, um estado em que a polícia deixa de cumprir somente o essencial, e se utiliza de um poder discricionário e altamente autoritário sem lastro no ordenamento jurídico oficial, e sim no conjunto de direitos e deveres a qual a guerra às drogas determina. É política de medo (VALOIS, 2021:370).

Outro diagnóstico dessa política de medo é a inversão do ônus da prova, ao diferenciar o usuário do traficante. Explico, conforme dito anteriormente, a comprovação da traficância demanda apenas a existência do dolo genérico. Ocorre que, para a configuração do usuário, é necessário provar o dolo específico, de que essa droga era destinada somente para o uso pessoal (MASSON, 2021:33). Logo, há uma subversão completa da lógica penal. O princípio constitucional do *in dubio pro reo* - art. 5ºLVII da CF - dita que, em caso de dúvida, o entendimento deve sempre ser favorável ao réu. Porém, diante da incerteza de determinar se a conduta concreta é de uso pessoal ou de tráfico - pelo embate entre dolo genérico e específico - o indivíduo será condenado por tráfico de drogas. Concretamente, segundo Valois (2021), na dúvida, condena-se por tráfico. É por isso, dentre outras razões, que a forma como se deu a criminalização do tráfico de drogas torna a defesa do acusado praticamente impossível (VALOIS, 2021:465).

Uma interdisciplinaridade interessante entre drogas e prisão preventiva, é que algumas condutas previstas no art. 33 da Lei de Drogas são classificadas doutrinariamente como crime permanente. Os atos específicos de expor à venda, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar drogas têm uma consumação prolongada no tempo. Por exemplo, enquanto o indivíduo guardar drogas, estará em processo de consumo o crime de tráfico. Quer dizer que a prisão em flagrante será possível a qualquer momento (MASSON, 2021:58). Conforme visto anteriormente, como a prisão em flagrante pode ser convertida em preventiva, é possível que essa característica de crime permanente aumente a incidência de prisões preventivas por tráfico de drogas.

Agora, analisada as questões centrais em discussão sobre a Lei de Drogas, um dado importante para o estudo da legislação sobre tráfico, é que este crime é equiparado ao hediondo, conforme previsão constitucional, vide art. 5º, XLIII da CF. Quer dizer que a Lei de Crimes Hediondos - Lei 8.072/1990 - também afeta diretamente a situação problema, e portanto, também deve ser estudada e problematizada. Sobre o diálogo entre a Lei de Drogas e a Lei de Crimes Hediondos, Valois (2021) entende que essa Lei de Crimes Hediondos, desde a sua origem, é flagrantemente inconstitucional. A Constituição prevê a figura do crime hediondo, porém delega ao poder legislativo o papel de definir efetivamente e objetivamente o que é um crime hediondo, qual bem jurídico a ser tutelado etc. No entanto, o legislador infraconstitucional decidiu por apenas listar o rol de crimes hediondos, alterável quando oportuno. Ora, uma vez que a lei deve ser clara e objetiva, no momento em que esses requisitos não são preenchidos, então há violação do princípio da legalidade (VALOIS, 2021: 448-449). A referida listagem de crimes hediondos está disposta no art. 1º da Lei 8.072. O tráfico de drogas, como uma relação comercial consentida e ilícita, é equiparado a um crime hediondo, vide art. 5º, XLIII da CF. Vale mencionar que a maioria dos crimes hediondos são extremamente violentos, como o homicídio praticado por grupo de extermínio (art. 1º, I), o estupro de vulnerável (art. 1º, VI) e a tortura (art. 2º). Assim, a equiparação do tráfico a um crime hediondo, por si só, já é uma violação do princípio da proporcionalidade.

Dito isso, em meio a tantas condutas previstas como tráfico na Lei 11.343, pelo menos, somente aquelas com a finalidade específica de comercialização serão abarcadas pela Lei de Crimes Hediondos. Ou melhor, a prova de presença de drogas com finalidade diversa de consumo pessoal não configura, por si só, a hediondez do crime (CARVALHO, 2016:296). É de entendimento da maioria dos doutrinadores, que as condutas específicas do crime de tráfico equiparado à hediondo estão previstas no art. 44 da Lei de Drogas (MASSON,2021:49).

Dispositivo este que, inclusive, veda a liberdade provisória daqueles que respondem penalmente por tráfico. Ou seja, trata-se do uso da prisão preventiva para antecipar a pena do acusado, algo expressamente vedado no art. 313 §2º do CPP. No entanto, de forma correta, o STF decidiu pela inconstitucionalidade dessa proibição de liberdade provisória da Lei de Drogas, vide HC 104.339/SP (MARCÃO, 2016:259). Voltando para os crimes hediondos, em 2019, o Pacote Anticrime, pela lei 13.964/2019, de forma pertinente, retirou o *status* da hediondez do crime de tráfico de drogas com previsão no art. 44 §4º da Lei de Drogas (MASSON, 2021:52). Isto é, não será hediondo o crime de tráfico praticado por réu primário, de bons antecedentes, e sem relação com organização criminosa, ou com dedicação específica em cometer crimes.

Em suma, o aspecto principal que diferencia o crime comum de crime hediondo será a execução da pena. Sobre o tópico, Valois (2021) entende que se trata de mais uma desídia para com a Constituição e com a lógica jurídica. Uma vez que o agravamento da execução é feito de forma arbitrária, com aparência de ser uma decisão sem motivação concreta, confeccionada de forma aleatória (VALOIS, 2021:452). O artigo 2º da Lei 8.072 impede que os crimes hediondos e equiparados sejam suscetíveis à concessão de anistia, graça, indulto e fiança. Ou seja, são vedadas tanto formas de extinção de punibilidade<sup>3</sup>, como meios para a autorização de liberdade provisória. Além disso, o prazo de prisão temporária para crimes hediondos é extremamente dilatado. Trata-se de medida cautelar de restrição provisória de liberdade. A prisão temporária comum tem o prazo de 5 dias, prorrogada por igual período, vide art. 2º da Lei 7.960/1989. Em paralelo, a prisão temporária para crimes hediondos é de 30 dias, prorrogável por igual período, vide art. 2º §4º da Lei 8.072. É visível que o legislador teve a intenção de restringir ao máximo a liberdade dos infratores de crime hediondo ou equiparado.

Tamanho é o ideal punitivista do legislador de crimes hediondos, que diversos dispositivos são considerados inconstitucionais. A previsão do art. 2º §1º ainda está em vigor, porém jurisprudencialmente, foi esclarecido que essa premissa de que a pena deve ser inicialmente cumprida em regime fechado não é uma “imposição compulsória” (MARCÃO, 2016:105), justamente pelo princípio da individualização da pena, vide art. 5º XLVI da CF. Ou seja, não é permitido uma automatização da pena, toda condenação deve se adequar ao caso concreto, à personalidade do agente e às circunstâncias específicas do crime.

---

<sup>3</sup> A punibilidade é basicamente o poder do estado de punir o indivíduo, uma vez que a lei penal é descumprida, o famoso *ius puniendi*. Obviamente, em casos de exclusão da punibilidade, não há mais embasamento para que o estado aplique pena ou sanção sobre o infrator.

Ademais, os criminosos enquadrados na Lei 8.072, que sejam considerados como um risco à ordem ou incolumidade pública, cumprirão pena em regime separado dos demais criminosos, em presídios de segurança máxima, vide art. 3º da Lei 8.072. No caso de prisão provisória, os acusados por crime hediondo ou equiparado também serão detidos em local separado, vide art. 84 §1º I da Lei de Execução Penal, nº 7.210/1984. Além disso, depois do indivíduo ser efetivamente considerado culpado, ele irá progredir de regime de forma muito mais lenta dos criminosos comuns, o art. 112 da Lei 7.210 detalha bem esse procedimento.

Além do que, em certos aspectos, a Lei de Drogas enrijece ainda mais a execução da pena do traficante. Por exemplo, dilata o tempo necessário para a concessão de livramento condicional, veda a concessão de sursis e de livramento condicional para reincidentes específicos, além de proibir a conversão da pena em restritiva de direitos, vide Lei 11.343 arts. 44 caput, parágrafo único. Enfim, são outras questões problemáticas a qual o judiciário se reinventa para aplicar essas legislações e respeitar ao mesmo tempo a constituição e a lógica penal.

Em suma, sobre a execução das penas de acordo com a Lei de Drogas e de Crimes Hediondos, é importante entender que a intenção dos legisladores é manter ao máximo esses criminosos nos presídios. Carvalho (2016) salienta que os efeitos concretos da Lei 8.072 não é a prevenção dos crimes hediondos ou a reabilitação daqueles que passaram pelo sistema penitenciário. O punitivismo só trouxe a dificuldade de progressão de regime e a produção da maior taxa de encarcerados na história do Brasil (CARVALHO, 2016:320). Não há proporcionalidade e justiça alguma em deixar autores de um crime sem violência, uma relação comercial consentida - que é o tráfico de drogas - cumprirem pena com homicidas e estupradores. O autor entende que essa violação ao ordenamento jurídico é mais grave ainda do que o dano que o comércio de substâncias causa à sociedade, posto que essa arbitrariedade enfraquece as instituições jurídicas, e perpetua o punitivismo desmedido e despótico (VALOIS, 2021:453).

### **1.3. Do estado da arte**

Sobre o tema, os dados do Sisdepen - colhidos de julho a dezembro de 2021 - oferecem diagnósticos pertinentes. À nível nacional, a prisão provisória é o segundo maior 'regime' a qual a população prisional nacional se encontra (29,35%). Superada apenas pelo regime de cumprimento de pena fechado (48,6%). A categoria 'prisão provisória' é provavelmente o termo guarda-chuva que engloba os institutos da prisão em flagrante,

temporária e preventiva. Dialogando com a massificação do encarceramento nos anos 2000, a quantidade de presos provisórios estourou de forma avassaladora nos últimos vinte anos. São 80.775 presos provisórios em 2000, comparados aos 227.622, em 2021. Atualmente, o Brasil possui um déficit de 47.185 vagas para presos provisórios. Isto é, o sistema penitenciário tem uma superlotação de 20% de presos provisórios.

Em contraponto, o cenário de presos preventivos no DF parece ser mais promissor. Os presos em 'regime' provisório representam 17,56% do total, superado por aqueles no regime fechado (46,87%) e semiaberto (34,97%). Ainda sobre prisões provisórias, o DF possui um superávit de 134 vagas. Isto é, 134 vagas vazias para presos provisórios. Apesar do diagnóstico de superávit, o recorte de prisão provisória na ala feminina possui um déficit de 42 vagas. Partindo para o tipo penal, a Lei de Drogas é o segundo maior motivo de encarceramento, superado apenas por crimes patrimoniais. Este cenário é confirmado tanto a nível nacional (29,41%) como distrital (18,34%).

Assim, é razoável inferir que a prisão preventiva - como prisão provisória - é também um mecanismo para o superencarceramento no Brasil. Assim como é a Lei de Drogas. Deste modo, faz-se necessário interpretar criticamente esses dados colhidos pelo Sisdepen. É evidente que se comete diariamente uma variedade de crimes no Brasil. No entanto, entendendo que os recursos são limitados, a máquina estatal necessita de escolher conscientemente qual será a política pública criminal. Quer dizer escolher coibir crimes específicos em detrimento de outros. Do mesmo modo, dentro desses crimes mais perseguidos penalmente, escolher quais serão os indivíduos desviantes a qual o sistema penal vai se concentrar (MACHADO et al, 2021:7).

Pensando neste processo de criminalização secundária do tráfico de drogas - de atuação concreta dos agentes da justiça penal - a comunidade científica realizou diversos estudos empíricos sobre o tema. Deste modo, foram reunidos trabalhos de estudo de campo nas regiões de São Paulo, do Rio de Janeiro, do Noroeste Mineiro e do Distrito Federal. Assim, será demonstrada as similaridades entre os dados das diferentes regiões. Obviamente, uma vez que a problemática delineada para este artigo tem como recorte geográfico o Distrito Federal, as especificidades dessa região terão um enfoque maior, em detrimento dos outros locais. Sem mais delongas, o estado da arte - a produção científica atual - produziu o seguinte.

Em um panorama geral, as leituras denunciam o perfil do indivíduo etiquetado como traficante. Primeiramente, trata-se de homem jovem, pardo ou preto. Assim, conforme o critério do IBGE, é, portanto, negro (JESUS et al, 2011: 68). Além de tudo, o traficante no

sistema criminal é, em sua maioria, réu primário. Sem qualquer antecedente criminal prévio (BOITEUX, 2009: 51-62; JESUS et al, 2011:69). Sobre o perfil do traficante no Distrito Federal, Vargas (2011) o qualifica como pequeno traficante, réu primário, usuário de drogas e pobre, com nenhuma ou com baixa qualificação profissional (VARGAS, 2011: 76). Vale mencionar, Vargas (2011) não pesquisa o perfil racial dos réus. Isto é, denuncia somente a criminalização da pobreza a partir da seletividade da criminalização secundária (VARGAS, 2011: 50). Machado (2021), em sua pesquisa no noroeste mineiro, concluiu que, dos processos estudados, 89% dos réus com informação de raça eram negros (MACHADO, 2021:8).

No DF, as pesquisas apontam que mais de 50% das apreensões de drogas são de 10 a 100 gramas de entorpecentes (BOITEUX, 2009:56; VARGAS, 2011:85). Mais especificamente, a quantidade média da apreensão de drogas registrada no DF é de somente 2,4 g (BOITEUX, 2009:56). Evidentemente, trata-se de traficante abordado com baixíssima quantidade de entorpecentes. Geralmente, o indivíduo porta somente um tipo de droga (JESUS et al, 2011:48; VARGAS, 2011:88). Mais da metade da droga apreendida é maconha (VARGAS, 2011:85). Além do traficante médio abordado possuir pouca quantidade de somente um tipo de droga, também não costuma portar outros elementos indicativos de atividade de traficância. Isto é, a maioria porta pouca quantidade ou nenhum dinheiro, sem presença de arma de fogo (JESUS et al, 2011:53).

Ainda sobre a possibilidade de carreira em atividade criminosa, os dados da realidade contrariam o senso comum. A maioria dos réus agem sozinhos, e são processados somente por tráfico, sem concurso de crimes de qualquer natureza (BOITEUX, 2009:51, 93-99; VARGAS, 2011:100). Logo, é possível inferir que, no Brasil, a força policial é concentrada sobre o pequeno traficante usuário. (MACHADO, 2021:12). Em contradição com o valor do direito penal como *ultima ratio*, ao invés de buscar curar esta dependência do pequeno traficante usuário negro e pobre, a máquina estatal escolhe por encarcerá-lo.

Ora, claramente, a política de drogas não é para tutelar a saúde pública. E a própria legislação é complacente, uma vez que não há diferenciação efetiva do traficante varejista para o atacadista. Até mesmo a modalidade do tráfico privilegiado - previsto no art. 33 §4º da Lei 11.343 - não tem uma classificação específica, e acaba por ser aplicada baseada na subjetividade do juiz (BOITEUX, 2009:107). Obviamente, por se tratar de um benefício previsto em lei, a sua aplicação não deveria depender da discricionariedade do magistrado. No entanto, apesar da maioria dos traficantes criminalizados de forma secundária cumprirem os requisitos do art. 33 §4º da Lei 11.343, em 93% dos casos, os juízes não aplicam esse privilégio

(BOITEUX, 2009:95). Fica demonstrado que a justiça criminal se utiliza de todas as ferramentas possíveis para encarcerar a figura do pequeno traficante.

Ademais, as abordagens policiais são essenciais para entender a prisão preventiva. Uma vez que é muito comum a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, especialmente no caso de tráfico de drogas. Vale ressaltar que a maioria das ações de polícia voltadas para coibir o tráfico são realizadas a partir das rondas da Polícia Militar (JESUS et al, 2011:36). Especialmente as prisões em flagrante. Os dados colhidos em Brasília apontam que 91,6% dos processos analisados são iniciados a partir da prisão em flagrante (VARGAS, 2011:70). No Distrito Federal, os locais com maior taxa de prisões em flagrante são em primeiro lugar Brasília (13,16%), seguido por Ceilândia (11,58%) (VARGAS, 2011:73).

Pelo fato dessas prisões serem realizadas a partir de ronda, a prática da abordagem por ‘atitude suspeita’ é determinante para aferir efetivamente quem é o sujeito abordado no Brasil (JESUS et al, 2011:36). Essa busca pessoal realizada pelos policiais militares - a chamada abordagem - é pautada no art. 240 §2º do CPP, *in verbis*:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.

Ora, conforme o princípio da legalidade, a busca pessoal não deverá ser fruto da discricionariedade irrestrita do policial. O agente público só pode fazer ou deixar de fazer algo que esteja prescrito em lei. Isto é, sob pena de ilegalidade, toda a abordagem realizada deverá ter uma fundamentação objetiva e cabível, que se separa da subjetividade e dos estereótipos construídos pelos agentes policiais.

Porém, na realidade, o que as pesquisas denotam é uma separação do dever ser da realidade concreta, no que tange a atividade policial. Isto é, a atividade policial não é pautada na legislação penal, tampouco no regimento interno. O verdadeiro treinamento policial é ensinado de policial antigo para o policial mais novo (VALOIS, 2021:380). Assim, é formado a crença do trabalho policial através de uma subjetividade dessa classe de trabalhadores. Um dado da realidade de origem qualitativa, apontado pelo trabalho de JESUS (2011). Por exemplo, em entrevista com um policial militar não identificado, este entende a ‘atitude suspeita’ através do “tirocínio”, uma “convicção profissional adquirida pelo trabalho do dia a dia” (JESUS, 2011:36). Valois (2021) denuncia a ausência de fundamentação da abordagem, como inclusive conduta padrão das forças policiais (VALOIS, 2021:509). De fato, no que tange a atitude

suspeita, os depoimentos dos policiais colhidos neste trabalho estão imbuídos de generalidades e de estereótipos. Enfim, demonstra o papel decisivo da subjetividade dos agentes de polícia que envolve a criminalização secundária através da busca pessoal (JESUS, 2011:158). Em outras palavras, uma vez que a criminalização secundária do traficante se inicia pela abordagem policial, e não por investigação, se prende preto e pobre porque eles são os sujeitos abordados, aqueles com atitude suspeita.

Partindo para o momento da sentença, mais de 90% das analisadas são condenatórias (JESUS et al, 2011:72; VARGAS, 2011:57). Em média, a atribuição do tempo de pena é suficiente para converter em restrição de direitos (JESUS et al, 2011:85). Isto é, são geralmente penas de até 4 anos de reclusão. Assim, a maioria dos etiquetados como traficantes, que se encontram presos provisoriamente, nem sequer deveriam cumprir a pena em regime fechado, caso fossem culpados.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Apesar disso, mesmo cumprindo os requisitos do art. 44 do CP, a grande maioria dos então traficantes cumprem a pena em regime fechado, nas penitenciárias (BOITEUX, 2009:68; JESUS et al, 2011:88; VARGAS, 2011:69). Justamente pela relativização de muitos juízes acerca do inciso III do art. 44. A sentença é imbuída de punitivismo através da generalidade, dessa crença do traficante como o arquétipo de todo o mal da sociedade, de um verdadeiro inimigo (BOITEUX, 2009:86; JESUS, 2011:126; VALOIS, 2021:430). Ora, trata-se da prisão automática de indivíduos no final da hierarquia de comando do tráfico de drogas. Pessoas que, justamente pela situação de vulnerabilidade a qual se encontram, ingressam nesta atividade criminosa (MACHADO, 2021:15).

Sobre a prisão preventiva, mais de 90% dos réus não respondem o processo penal em liberdade, muito menos recorrem em liberdade (JESUS et al, 2011:88). Boiteux

(2009) confirma esses dados, já que 83,5% dos réus avaliados estavam em situação de prisão em flagrante (BOITEUX, 2009:59). Assim, a própria natureza da prisão preventiva abre precedente para que o réu responda todo o processo penal destituído de sua liberdade. Isto é, a falta de previsão de duração desta medida cautelar, bem como a generalidade do termo ‘garantia da ordem pública’.

As pesquisas de julgados do STF, acerca da utilização da garantia pública para o encarceramento, denunciam a incidência de justificativas inaceitáveis para a manutenção da prisão preventiva (FEDATO, KAZMIERCZAK, 2019:11). Além do que, em outra pesquisa sobre as prisões preventivas, é possível avaliar a diferença da manutenção da segregação cautelar de acordo com o nível de escolaridade do réu (SILVEIRA, 2015:236). A finalidade da prisão punitiva foi ultrajada para meio de antecipação de pena, como forma de coibir e de prevenir possíveis crimes e da utilização do direito penal como vingança (FEDATO, KAZMIERCZAK, 2019:12-14). Tudo isso através de decisões genéricas e de uma verdadeira automatização de decisões interlocutórias e de sentenças condenatórias (VALOIS, 2021:521). No caso de tráfico, mesmo com a possibilidade de medida cautelar mais branda, ainda há uma preferência estruturada pela decretação e pela manutenção da prisão preventiva (SILVEIRA, 2015:238).

Em sua concretude, a prisão preventiva, mais do que medida cautelar processual, é efetivamente um instrumento de controle (SILVEIRA, 2015:237). Trata-se de uma resposta estatal diante do fracasso em coibir crimes e em ressocializar criminosos. Logicamente, este diagnóstico gera uma sensação geral de frustração pela impunidade. Assim, o superencarceramento por prisões preventivas é uma resposta tosca para satisfazer o clamor público, em meio a um sistema falido desde a sua origem<sup>4</sup> (VASCONCELLOS, 2008:164-165). Isto é, a prisão preventiva como garantidora da ordem pública busca controlar esses ‘indivíduos problemáticos’, ao mesmo tempo retirando-os do convívio social e satisfazendo a população (VASCONCELLOS, 2008:164).

Trata-se do que Foucault (2014) entende como formação da delinquência. Isto é, o estado produz a figura do delinquente, para poder utilizá-lo como bode expiatório, uma verdadeira “ilegalidade dominada” (FOUCAULT, 2014:274). Para tanto, a etiqueta de traficante, como o inimigo, significa carregar o fardo de todas as mazelas da sociedade. O traficante encarcerado é sujeito negro, pobre, jovem, sem antecedente criminal. Porém, busca

---

<sup>4</sup> Para mais sobre o assunto, ver MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. Cárcere e fábrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX).

conseguir dinheiro através do comércio de substâncias ilegais. Valois (2021) entende este movimento como o reflexo do ódio por alguém que busca dinheiro sem participar da ordem social vigente. Isto é, trata-se do sujeito pobre que deixa de vender a sua força de trabalho para o capitalista. Que deixa de sacrificar o seu suor, a sua liberdade e reflexão para receber um salário precário. É desafiar a estrutura social, em uma sociedade de consumo onde o sacrifício é essencial para a troca (VALOIS, 2021:550).

Ora, analisando o estado da arte, é evidente que a justiça criminal é seletiva de acordo com a classe social. Ou melhor, a criminalização da pobreza na sua forma mais pungente. Valois (2021) vai além. Considera que além de seletivo, o direito penal é seletivo aleatório (VALOIS, 2021:555). Se utiliza da prisão aleatória de pessoas encontradas dentro desta seletividade. O diagnóstico do encarceramento por tráfico através de abordagens da polícia militar, sem investigação alguma, pode ser interpretado a partir desta teoria. Ainda sobre o tráfico de entorpecentes, por mais que, *a priori*, a guerra seja contra as drogas, a violência é travada contra as pessoas. E essa perseguição é praticamente exclusiva para com o traficante pequeno, usuário e periférico. A guerra às drogas mata mais do que o entorpecente em si. Guerra essa declarada pelo estado, travestida de política pública. Por mais que o bem jurídico tutelado na Lei 11.343 seja, supostamente, a saúde pública, a política do estado é constantemente despreocupada com este valor, em especial para os dependentes químicos.

Ademais, para além da criminalização da pobreza, a criminalização racial ainda não é questão central no estado da arte. Realmente, uma dificuldade para estudar o tema é a própria omissão de dados em documentos estatais. De fato, no decorrer da história, é habitual, o movimento de esconder como o fator racial influencia a atuação do estado. Por exemplo, consta o indexador racial no formulário de inquéritos policiais. No entanto, é generalizado o não preenchimento desta informação. Similarmente, o Sisdepen não utiliza como indexador a raça dos aprisionados. Vale ressaltar, recentemente, retirou parâmetro indexador fulcral para analisar a criminalização da pobreza, que é a porcentagem de presos por nível de escolaridade.

Ora, o silêncio em si, sobre a raça dos criminalizados, é também um diagnóstico interessante. A omissão do fator racial nos dados institucionais busca maquiagem, esconder o racismo institucional e estrutural. No entanto, por mais que o processo criminal busque ocultar dos autos a raça do criminalizado, basta olhar fotos de qualquer presídio para concluir que a política criminal especificamente superencarcera jovens negros. Obviamente, os poucos cientistas que se voltam para a criminalização racial têm o mesmo diagnóstico. Há uma seletividade na criminalização secundária com base na cor. Nesses parâmetros, a prisão

preventiva como instrumento de controle é “mecanismo de gestão racializado de punição e do espaço urbano” (DUARTE; FREITAS, 2019:167). Digo mais, a partir dessa negação generalizada do racismo, Valois (2021) aponta uma evolução tanto do discurso para perpetuar o racismo, como da visão popular sobre o assunto. Uma vez que, ao mesmo tempo em que o racismo é algo reprovável atualmente, é justamente o homem negro que vai ser criminalizado:

É mais fácil dizer que se odeia um criminoso do que dizer que se odeia um negro, era mais fácil enxergar uma senzala do que era se aproximar da carceragem de uma prisão (VALOIS, 2021:644)

Assim, observa-se uma intersecção forte entre raça e classe. Realmente, o perfil do encarcerado é justamente aquele que tem a sua saúde em risco. Esse jovens pobres e negros tem a sua saúde ameaçada pela vulnerabilidade social. O traficante encarcerado, por sua vez, tem a sua saúde ameaçada duplamente, tanto pela vulnerabilidade social, como pela precariedade dos presídios. Além do mais, no que tange o consumo de drogas, os usuários jovens, negros e pobres terão geralmente acesso somente às drogas de baixa qualidade (DUARTE; FREITAS, 2019:168). Outrossim, no que concerne à violência derivada do tráfico de drogas, esse perfil de marginalizado também é a maior vítima do conflito. Conforme o Atlas da Violência de 2021, uma pessoa negra tem 2,6 vezes mais chances de ser morta do que uma não negra. Diante do exposto, mais do que tudo, “a consciência da guerra às drogas e de seus males é consciência de classe” (VALOIS, 2021:649).

## **2. PESQUISA JURISPRUDENCIAL**

De fato, tanto a legislação sobre as prisões preventivas, como a Lei de Drogas possuem previsões e lacunas que possibilitam a arbitrariedade estatal. Inclusive, o estado da arte confirma essa hipótese, e denuncia a participação de toda a estrutura do estado nessa guerra às drogas. Tanto a figura do policial, como do promotor, do juiz e do legislador. Resta a consulta jurisprudencial acerca da situação-problema. Ou seja, das prisões preventivas de tráficos de drogas com base na garantia da ordem pública. Essa investigação foi realizada através do site eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF. Foi utilizado como indexador - como filtragem da pesquisa - os termos ‘tráfico’, ‘prisão’, ‘preventiva’, ‘garantia’, ‘ordem’ e ‘pública’.

A análise foi somente de acórdãos emitidos no período de 01/08/2021 até 01/08/2022. Inclusive, o resultado desta pesquisa jurisprudencial pode ser consultado através do link disponibilizado no apêndice 1. Ao todo, foram encontrados 333 acórdãos. Advirto, dentre esses, foram dispensados os julgados acerca de reincidentes em tráfico de entorpecentes,

porém que se encontram presos preventivamente por crimes diferentes daqueles previstos na Lei 11.343. Similarmente, foi excluído da análise o acórdão nº 1360000, uma vez que o inteiro teor da decisão não estava disponível para download. Assim, efetivamente, foram categorizados 275 acórdãos do TJDFT.

A consulta jurisprudencial trouxe tamanha diversidade e complexidade de situações, que foi realizada análise quantitativa e qualitativa desses dados. Assim, por uma questão de didática, começarei pela parte objetiva da pesquisa.

## 2.1. Dos dados quantitativos

Para analisar essa considerável quantidade de informações, foi confeccionada uma planilha por meio da plataforma eletrônica Excel. Para detalhes desses dados, o link da aludida tabela está inserido no apêndice 2. Pois bem, basta uma análise superficial dessa tabela para observar o índice altíssimo de manutenção das prisões preventivas. Ou seja, em regra, a prisão preventiva decretada pelo juízo primeiro grau é sistematicamente mantida pela segunda instância. Dentre todas essas amostras, apenas em três ocasiões a prisão preventiva foi revogada - a turma entendeu que a segregação do réu não era necessária - e uma prisão preventiva foi relaxada - a turma entendeu que a prisão foi ilegal. Ou seja, no Distrito Federal, mesmo que o advogado de defesa interponha recurso pela liberdade do seu cliente, a chance de que o réu permaneça preso é de 98,5% (Tabela 1).

A estrutura do TJDFT comporta três turmas criminais. Durante a pesquisa, foi discriminada a turma recursal que julgou os casos, porém não há diferenciação gritante entre a posição das turmas. Vale remarcar apenas que a terceira turma criminal manteve todas as prisões preventivas dos casos apreciados por ela (Tabela 2). A intenção dessa pesquisa quantitativa partiu do interesse em compreender efetivamente quem são essas pessoas, qual é o perfil dos réus que recorrem por sua liberdade. A resposta é muito simples. Todo tipo de perfil. A pesquisa quantitativa vai demonstrar que, independentemente da variável, os pacientes - os réus que impetram *habeas corpus* pela sua liberdade - geralmente, continuam presos. A exceção somente confirma a regra.

Além do que, dentre essas 275 amostras, somente uma decisão não foi unânime. Como contextualização, a segunda instância do processo judicial é um órgão colegiado. Quer dizer que cada acórdão analisado nesta pesquisa foi decidido por três desembargadores, um cargo de extremo prestígio oferecido para profissionais do direito com experiência e carreira de destaque. Os desembargadores têm, em tese, um papel crucial para fazer a justiça. De caso a

caso, esses juízes vão discutir entre si, avaliando se a decisão da primeira instância foi legítima, válida, justa. Ocorre que, na realidade, não há discussão alguma entre eles. Os desembargadores simplesmente votam de acordo com o relator.

Explico, o desembargador relator é o responsável por apresentar o relatório do caso, analisar de primeira mão e demonstrar o seu posicionamento para seus colegas. Conforme mencionado, na verdade, não há discussão entre desembargadores. É mais cômodo, dá menos trabalho simplesmente concordar com o entendimento do relator. Válido mencionar, a única decisão que não foi unânime foi um caso em que o relator decidiu revogar a prisão preventiva. Um dos desembargadores votou pela manutenção da prisão preventiva, porém o terceiro concordou com o voto do relator. Ora, claramente, a situação fática dialoga com o entendimento de Valois (2021), de que as prisões, especialmente aquelas dentro do contexto de tráfico de drogas, são automáticas e em massa (VALOIS, 2021:521).

Partindo para o perfil desses acusados, geralmente os pacientes são primários. Existe uma diferenciação a qual essa pesquisadora falhou em discriminar na planilha de dados. Dentre estes primários, há aqueles que nunca cometeram qualquer tipo de delito. Porém, ao mesmo tempo, também existem primários com maus antecedentes, seja por ato infracional - delito cometido por menor de idade - seja por ação penal em curso ou mesmo por condenação há mais de cinco anos atrás. De qualquer forma, a informação coletada e tabelada é de que mais da metade dos casos informados são de réus primários. Dentre os reincidentes, menos da metade são reincidentes específicos, aqueles que cometeram previamente outro crime de tráfico de drogas (Tabela 3).

A maioria desses pacientes estão respondendo criminalmente sem concurso de crime, tampouco de pessoas. Isto é, foram denunciados somente por um crime, sem qualquer tipo de auxílio de terceiros (Tabela 4). A situação de flagrância é extremamente presente nas amostras. Dentre os casos com essa informação, é possível inferir que 98% dos pacientes foram primeiramente presos em flagrante. Conforme mencionado na parte teórica do trabalho, o crime de tráfico de entorpecentes é de natureza permanente. Ou seja, havendo suposta fundada suspeita, o policial tem uma possibilidade altíssima de atuação. Inclusive entrando em domicílio sem autorização, e armando emboscadas. Assim, o flagrante é extremamente recorrente para este tipo de crime. Para isso, a situação que gerou essa fundada suspeita é variada. Geralmente, pode ocorrer por abordagem, denúncia anônima ou por investigação (Tabela 5).

A seguir, foi realizada análise de apreensão de drogas. Dentre as amostras com essa informação, mais da metade dos casos constam apreensão de somente um tipo de droga

(Tabela 6). Agora, sobre a quantidade de gramas apreendidas por acórdão, houve dados numéricos e não numéricos (Tabelas 8 e 9). Especificamente, foi feito estudo mais aprofundado dos casos numéricos. Os resultados acusaram uma variedade absurda de gramas apreendidas por acórdão. Por essa razão, as amostras foram separadas a partir da confecção de perfis dos supostos traficantes. Isto é, divididas entre traficante pequeno, médio e grande. Mesmo assim, a variação entre cada uma dessas categorias permanece muito grande. Para demonstrar isso, foi realizado também o desvio padrão de cada perfil, que é justamente a medição da variação de um dado estatístico. Ou seja, quanto maior o valor do desvio padrão em relação à média, maior é o nível de variação dos dados em análise. Fato é que, independentemente da quantidade de entorpecente apreendido, 98,5% dessas pessoas continuam presas preventivamente.

Começando pelo pequeno traficante, a média de gramas apreendidas deste perfil é de 29,35 gramas. Para atingir esse resultado, foi retirada as amostras sem informação, bem como as prisões preventivas sem apreensão alguma de substância. O médio traficante teve uma média de 497,39 gramas, enquanto o grande traficante aferiu a média de 155,11 quilos. Vale ressaltar, especialmente, que as amostras do grande traficante tiveram uma variação absurda de quantidade. O menor valor apreendido nessa classificação é de 1 quilo, enquanto o maior valor constou pouco mais de uma tonelada. Ainda mais, foi excluída da média o maior valor categorizado, de 2,5 toneladas de entorpecente, por uma razão prática. A média do grande traficante, com este valor incluso, não seria uma média verdadeira. Com certeza iria se distanciar da realidade (Tabela 8). Resumindo, a partir dessa categorização do porte do traficante, foi constatado que a maior parte dos traficantes presos preventivamente tiveram uma quantidade de 0 a 1 quilo de entorpecente apreendido. Ou seja, em primeiro lugar o traficante de médio porte é o perfil mais presente nas amostras, seguido pelo traficante de pequeno porte.

Sobre a qualidade das drogas apreendidas, a maioria avassaladora é da maconha e suas variantes, seja haxixe ou skank. A pesquisa não discrimina todas as drogas, somente crack, cocaína, maconha, ecstasy, haxixe e lança perfume. As demais substâncias foram contabilizadas de forma genérica, com a intitulação simples de 'outras drogas'. Porém, posso afirmar que uma quantidade expressiva dessas 'outras drogas' é na verdade skank, uma outra qualidade de maconha. Assim, a apreensão da maconha e suas variações é predominante. Vale ressaltar, trata-se de entorpecente com a potência de danos à saúde extremamente pequena, em relação aos outros tipos de substâncias criminalizadas. Seguida da maconha e suas variantes, a segunda droga mais apreendida é a cocaína, e em terceiro lugar o crack. Ressalto que há uma

diferença enorme entre as apreensões das variedades da maconha e as apreensões de cocaína. Basta avaliar a tabela 10, em apêndice.

Obviamente, a presença de um entorpecente não significa que o seu proprietário é traficante. Essa condição deve ser examinada a partir das circunstâncias do caso concreto. Por exemplo, se existe também apreensão de dinheiro em espécie, munição, arma de fogo, balança ou outros petrechos típicos de tráfico. Petrechos são ferramentas em tese típicas da traficância, tal qual rolo de papel-filme, pequenas embalagens, facas ou tesouras com resíduos de entorpecentes. Então, dentre os acórdãos avaliados, a grande maioria não teve apreensão de munição ou de arma, muito menos os dois em conjunto (Tabela 11). Sobre as demais ferramentas para o tráfico, cerca de 34% dos casos não tiveram apreensão de dinheiro, balança ou demais petrechos. Em segundo lugar, por volta de 19% das decisões mencionaram apreensão de dinheiro em espécie. O resto dos casos variam dentre as possíveis combinações restantes, de possibilidade de dinheiro e/ou petrecho e/ou balança (Tabela 12).

Em verdade, o dinheiro em espécie está presente em cerca de 43% dos casos estudados. Assim, justamente por sua relevância, essa quantidade foi dividida entre os conceitos de pequeno, médio e grande traficante. Similarmente ao que foi feito na Tabela 8, apresentada a média e o desvio padrão dessa quantidade de entorpecentes apreendidos. Para isso, foram excluídos da análise os casos com ausência de dinheiro, bem como aqueles com presença de dinheiro, porém sem informação da quantia. Os resultados foram os seguintes: em média, foi apreendido do pequeno traficante o valor de R\$50,31. Do médio traficante, houve apreensão média de R\$707,59. Por fim, o grande traficante teve a média de R\$16.570,00. De forma similar com a quantidade de apreensão de drogas, a média de apreensão de dinheiro do grande traficante está comprometida (Tabela 13). Uma vez que o desvio padrão é superior ao valor da média. Nesta categoria, o menor valor apreendido foi de R\$4.680,00, enquanto o maior valor foi de R\$70.000,00. Claramente, são valores extremamente distintos. A maior incidência de apreensão de dinheiro foi do traficante médio, no valor de R\$101,00 até R\$4.000,00. Seguida pelo pequeno traficante.

Então, de acordo com essa pesquisa quantitativa, o indivíduo preso preventivamente na primeira instância, que recorre ao TJDFR é majoritariamente suposto traficante médio e primário, preso em situação de flagrância. Além do mais, em sua maioria, foram presos com apenas um tipo de droga, geralmente maconha, e com dinheiro em espécie. O crime em apuração foi cometido sem concurso de crimes e de pessoas. Assim, aparentemente,

trata-se de traficante sem periculosidade expressiva. Ou seja, o dano praticado pelo agente não extrapola o prejuízo próprio do crime de tráfico de drogas.

Em sua maioria, trata-se de comerciante de substância ilegal menos viciante do que álcool. A própria conduta de traficar é praticada sem violência ou grave ameaça. Conduta inclusive praticada por réu primário. Além do que, não há grande incidência de arma de fogo, tampouco de munição. Infelizmente, o aspecto de raça e de classe não foi discriminado nesta pesquisa. O de raça, pela ausência de foto dos réus e de menção de cor da pele nos acórdãos. O que não é surpresa para ninguém, uma vez que é generalizado o silêncio do fator racial em documentos estatais. Da mesma forma, não há menção de classe nas amostras. Porém, essa pesquisadora falhou em planejar a discriminação por local do flagrante desses réus, especialmente em casos de flagrante em domicílio. Mais tarde, percebi que a maioria avassaladora dos casos ocorrem em cidades satélites. Isto é, em bairros de classe média e baixa do Distrito Federal. Destaca-se que o perfil do traficante encarcerado - especificamente aquele que recorre à sua liberdade - é semelhante ao perfil delineado pelo estado da arte. A diferença visível está na média de quantidade de drogas e de dinheiro apreendidas. Já que foi maior do que o esperado.

Seja como for, tanto a primeira instância como o Tribunal entenderam que a liberdade desses sujeitos representa uma ameaça para a ordem pública. Vale mencionar, as circunstâncias deste perfil de traficante dão direito ao benefício do art. 33 §4º da Lei 11.343, a minorante apelidada de tráfico privilegiado. Considerando o disposto do art. 33 §2º, alínea 'b' da Lei 11.343, é proporcional que este perfil de pessoa, caso seja condenada, cumpra pena no regime semiaberto. Ou seja, o paciente não vai cumprir pena na prisão, caso seja condenado. Porém, na realidade fática, vai ser preso preventivamente, mesmo que, caso seja culpado, cumpra pena fora das grades.

Conforme dito anteriormente, a maioria dos sujeitos que se encontram presos preventivamente não parecem ser especialmente perigosos. No entanto, a maior incidência das fundamentações - especificamente pela manutenção em flagrante - é da gravidade concreta da conduta. Ou seja, para os desembargadores, o caso em análise gerou um dano social que extrapola o tipo penal. Um crime de tráfico mais grave do que o comum. Nesta linha, também há uma incidência alta de fundamentação pelo risco de reiteração delitiva e *periculum libertatis*. Ou seja, trata-se do uso de conceitos abstratos para justificar a prisão preventiva, conforme mencionado anteriormente (JUNIOR, 2021:282). De acordo com a lógica dos desembargadores, a liberdade do indivíduo permitiria que ele cometesse outros crimes,

representando um perigo para a sociedade. Melhor dizendo, a maioria das fundamentações dizem respeito à ideia de que a liberdade do indivíduo causaria uma espécie de desordem social. Seja pela periculosidade, similar à gravidade, seja pela possibilidade de delinquir novamente. Outro valor que se repete é a ausência de constrangimento ilegal.

Explico, o constrangimento ilegal é um tipo de crime, previsto no art. 146 do CP. No caso de prisão preventiva, engloba o exercício arbitrário ou abuso de poder. Assim dizendo, há uma argumentação forte, da parte da defesa desses réus, de que as prisões preventivas estão sendo ilegais, genéricas, pouco fundamentadas (Tabela 14). Evidentemente, os desembargadores argumentam, de forma generalizada, pela regularidade e cabimento das prisões preventivas com base na garantia da ordem pública. Assim, surge a necessidade de realizar uma pesquisa qualitativa, especialmente para entender essa diferenciação realizada pelos desembargadores, entre aqueles que continuaram presos e os poucos casos de libertação do cativo preventivo.

## 2.2. Dos dados qualitativos

O duplo grau de jurisdição é direito constitucional de reexame de decisão judicial. Certamente, não existe democracia verdadeira sem o devido processo legal. Assim, a segunda instância é mecanismo que proporciona, para as partes, uma nova chance de convencimento. Obviamente, essa nova decisão deve partir de avaliação plena, ampla e imparcial. Porém, a pesquisa subjetiva delineou um cenário diferente do dever ser. As Turmas criminais não parecem decidir imparcialmente o cabimento de decisão judicial anterior. Ao invés disso, a segunda instância atua como perpetuador do entendimento da primeira instância, dando aparência de legalidade para as decisões indevidas de grau inferior. Dessa forma, há uma limitação do duplo grau de jurisdição na realidade fática.

Nesta linha, é extremamente comum que o relator copie a decisão de primeiro grau como demonstração de validade e cabimento da prisão preventiva. Foi exatamente o que aconteceu no acórdão nº 142367:

O paciente foi preso em flagrante **o que por si só** evidencia a periculosidade do paciente e o risco de reiteração delitiva. Impende observar que a possibilidade de decretação da prisão com base na necessidade de garantia da ordem pública é possível nas hipóteses em que se visualiza a periculosidade do agente pela gravidade do crime perpetrado, em tese, **identificada a partir das circunstâncias concretas do fato**. O crime de tráfico de drogas é grave. A disseminação de drogas entre jovens desta capital tem tomado proporções preocupantes. Assim, em princípio, a gravidade do delito e as circunstâncias da prisão demonstram que a constrição é necessária. **(grifo meu)**

Ora, claramente essa decisão monocrática - de primeira instância - é genérica. Primeiro que a situação flagrancial não necessariamente indica uma periculosidade da conduta. Até porque o tráfico é crime permanente. Isto é, a qualquer momento o criminoso está sujeito ao flagrante. Além disso, o juiz menciona que a prisão foi decretada a partir das circunstâncias concretas do fato. Porém deixa justamente de especificar os detalhes da ocorrência. Ademais, não consegue demonstrar que outras medidas cautelares são insuficientes para o caso em questão. Tampouco denuncia suposto perigo que a liberdade do agente gera para a ordem pública. Neste contexto fático, o órgão recursal claramente deu ar de legalidade para uma prisão preventiva ilegal, genérica, sem fundamentação viável. *In verbis*:

Como firmado na apreciação da liminar do writ, no caso em apreço, não se vislumbra a existência de qualquer ilegalidade na manutenção da prisão preventiva do paciente. Vê-se que a **decisão atacada se baseou na gravidade concreta da conduta** perpetrada, considerando as peculiaridades que envolveram o cometimento da infração e o seu modus operandi. Conforme **se extrai do APF nº 666/2022- 6ª DP**, os policiais se deslocaram até a quadra 28 do Paranoá, próximo à feira, a fim de averiguar uma **denúncia de tráfico e roubo de celular** que haviam recebido. Ao se aproximarem da feira, **dois suspeitos saíam do local**. Ao serem abordados, foi apreendida uma porção de **98,50g de crack** no veículo em que se encontravam. **(grifo meu)**

Acórdão 142367

É gritante a diferença entre decisão de primeiro e segundo grau. A de primeiro grau se adequa a praticamente qualquer caso de conversão de prisão flagrancial em preventiva por tráfico de drogas. Enquanto a segunda efetivamente menciona o caso concreto, relata o número do auto de prisão, bem como as circunstâncias do flagrante e do suposto crime. Então, de fato, as decisões do TJDFR não são flagrantemente genéricas. Mesmo assim, o fundamento é embasado em conceitos abstratos, como gravidade concreta da conduta. De todo modo, é evidente que a decisão colegiada deu aparência de legalidade à decisão de primeira instância.

É válida uma pequena observação: no momento de confecção de projeto deste trabalho, encontrei com mais facilidade decisões genéricas emitidas pelo TJDFR. As razões dessa mudança não podem ser avaliadas no momento, porém existem hipóteses. É possível que a pandemia de COVID-19 afrouxou o viés punitivista dos juízes de primeiro grau, que passaram a optar por uma medida cautelar diferente da prisão preventiva. Assim, não haveria motivo de apreciação desses casos pelo órgão recursal.

Aproveito o gancho do tema pandemia para ressaltar o embate presente em alguns acórdãos. Ocasionalmente, há uma disputa entre prisão preventiva por tráfico de drogas e a necessidade de distanciamento social. Em tese, trata-se de conflito entre duas possíveis

lesões à saúde pública. No caso dos acórdãos analisados, a manutenção da prisão preventiva prepondera sobre a necessidade de distanciamento social. Nesta linha, segue uma jurisprudência utilizada pelo órgão recursal:

Quanto à necessidade da prisão de pessoas suspeitas de tráfico, crime contra a saúde pública, cometido em época de pandemia, com crise sanitária gravíssima no país, destaco o seguinte trecho de voto exarado pelo TJSP, no HC: 2053292-65.2020.8.26.0000, Relator: Des. Xisto Albarelli Rangel Neto, Data de Julgamento: 25/03/2020, 3ª Câmara de Direito Criminal:

“Chega a ser intrigante ver como a sociedade reage enfaticamente à disseminação de um **vírus** que supostamente não provoca na maioria dos jovens infectados mais do que os sintomas de um **simples resfriado**; e a **leniência** com que espera – ao menos parte dela - sejam tratados os **traficantes de drogas**, que disseminam especialmente entre a juventude, a praga indelével do vício e da **derrocada física, social e moral**. Se a um lado a necessidade de refrear a disseminação da doença impõe razoavelmente a nós todos, **cidadãos de bem**, o confinamento domiciliar, por que não aceitar a cautelar segregação de alguns no cárcere para preservar a nossa juventude do aliciamento para a drogadição? Em ambas as situações o que se visa proteger é a **saúde pública**, o bem estar de todos, não havendo por que então esperar-se tratamento diverso. O vírus liberto é perigoso, e como não dá para prendê-lo, prendemo-nos nós. **O traficante livre também é perigoso, mas dele podemos nos ver livres desde que o prendamos ou o mantenhemos preso**, ainda que por um período que o faça refletir sobre a gravidade do que fizera”.

Acórdão 1363591

Esse discurso trata de uma variedade de assuntos pertinentes. Inclusive, entendo ser possível a confecção de outro trabalho apenas para analisá-lo. Como não é o momento para isso, farei breves apontamentos sobre este trecho. Fica claro nesse fragmento o descaso do locutor para com a gravidade da pandemia. Além do que, claramente o narrador enxerga que a prisão do dito traficante é uma solução para a garantia da saúde pública. Mais do que isso, há uma separação evidente entre as figuras do ‘cidadão de bem’ e do traficante. Nós contra eles. O traficante passa a ser, para o imaginário social, uma representação de tudo o que há de mal na sociedade (VALOIS, 2021:557). Portanto, o seu afastamento significa a proteção do restante da sociedade. O crime deixa de ser fato social, e passa a ser uma batalha entre o bem e o mal. Evidentemente, o fragmento é um exemplo de como funciona o direito penal do inimigo na guerra às drogas.<sup>5</sup> No entanto, concretamente, esse superencarceramento tem como única vantagem a satisfação do clamor público. Não se trata de solução. Este discurso ideológico simplesmente gera outros tipos de problemas, que serão esboçados em momento oportuno.

---

<sup>5</sup> Para mais sobre o assunto, ler o capítulo 3.1.2 do livro de Valois (2021), intitulado ‘O direito Penal da Guerra às Drogas’.

Também é possível que a recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça diminuiu a incidência de fundamentações genéricas emitidas pelo TJDF. Neste documento, existem advertências com a finalidade de diminuir e prevenir o superencarceramento. Especialmente as restrições de liberdade por meio de medida cautelar. Reitero, a recomendação foi emitida com o simples intuito de evitar a propagação do coronavírus. Ou seja, o superencarceramento teria decrescido para diminuir o contágio do vírus, e não por ser uma situação degradante. É viável que a qualidade das decisões melhore em razão do entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Em outras palavras, trata-se da atuação das turmas recursais que costumam fundamentar devidamente as prisões preventivas. No entanto, possivelmente essas prisões foram decretadas de forma genérica, em sede de primeira instância. Assim, a soltura desses réus, via STJ, é evitada. De todo modo, é fato que as prisões estão fundamentadas. A partir de conceitos abstratos, porém repletas de circunstâncias do caso concreto e munidas de jurisprudência e de legislação.

Nada obstante, os relatores modificam o seu entendimento para manter o indivíduo preso a todo custo. Independente do caso, o órgão recursal vai encontrar argumentos para manter o paciente em cativeiro. O desprezo e descaso com as circunstâncias favoráveis dos réus é contínuo. De tal forma que fica difícil pinçar em quais casos o réu tem direito a responder processo criminal em liberdade. Relembro que o dispositivo da Lei de Crime Hediondos, que veda a possibilidade de liberdade provisória do denunciado, foi considerado inconstitucional. No entanto, ainda há uma grande incidência de encarceramento por prisão pré-processual, de forma desproporcional. A manutenção da prisão preventiva dos acusados de tráfico se torna a regra, e não a exceção. Há uma inversão dos valores da lógica por trás da previsão de medidas cautelares.

Por exemplo, é comum o argumento que o indivíduo foi flagrado com grande quantidade de entorpecentes. Em tese, uma alta quantidade de droga teria o potencial avassalador de disseminação de substância nociva. Logo, a lesão desferida contra a saúde pública extrapolou o dano inerente gerado pelo crime de tráfico de drogas. Assim, a liberdade do indivíduo, por si só, é relevante ameaça à ordem pública. Porém, de forma dicotômica, o pequeno traficante, que comercializa quantidade ínfima de entorpecente diferente de maconha também será preso preventivamente. Pela periculosidade da droga. Ora, para o órgão recursal, independente do caso, o indivíduo deve permanecer preso. Basta encontrar um ponto mínimo fora da curva para redigir a devida fundamentação.

Digo mais, geralmente esses sujeitos flagrados com grande quantidade de entorpecentes não parecem pertencer ao topo da estrutura de poder do comércio de entorpecentes. Pelo contrário, são a base dessa pirâmide. Pelas circunstâncias do crime, parecem ser mulas - sujeitos pagos para transportar droga. Além disso, a maioria são réus primários, com bons antecedentes. Sem qualquer tipo de petrecho ou arma de fogo apreendida. Ainda, conforme informações extraídas em sede de confissão, julgo que a quantia de dinheiro prometida provavelmente só vale a pena para indivíduo pobre e marginalizado. Em torno de mil reais, dois mil reais para transportar uma quantidade absurda de droga. Valor acima de 10 quilos, por exemplo. Assim, não se desestrutura o comércio de drogas. Primeiro pelo fato da prisão de grandes traficantes ter uma incidência pequena. Segundo porque esses traficantes de grande porte geralmente exercem papel de menor importância para a gestão do tráfico.

Outro motivo utilizado para decretar a prisão preventiva é o risco de reiteração criminosa. O órgão recursal entende que a habitualidade da conduta enseja em *periculum libertatis*. Agora, surge o seguinte questionamento: qualquer tipo de comércio não implica habitualidade? Será mesmo que a habitualidade extrapola as circunstâncias inerentes ao tráfico de drogas? Tanto a primeira como a segunda instância entendem que sim.

Dentre os acórdãos, outro argumento que se destaca é a ausência de provas de ocupação lícita do réu. O trabalho informal é, para o órgão recursal, fundamentação cabível para restrição de liberdade. Pela ausência de assinatura na carteira de trabalho. Diante disso, a criminalização da pobreza é manifesta. Uma vez que é justamente a base dos trabalhadores que desempenham trabalho informal, com pouca qualificação profissional. Porém, por mais que o trabalho informal seja argumento para manter a prisão preventiva, existem réus que continuam presos preventivamente, a despeito de carteira assinada, que é vista como circunstância favorável.

Partindo para outro assunto, os réus passíveis do benefício de ‘tráfico privilegiado’ também permanecem presos. A argumentação é a seguinte: uma vez que não há condenação, por se tratar de prisão pré-processual, o aludido benefício ainda não foi aplicado. Assim, na dúvida, mesmo que a pessoa provavelmente vá cumprir pena no regime semiaberto, ela do mesmo modo responderá ao processo criminal presa preventivamente, vide acórdão nº 1428761:

De fato, a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que “não prospera a alegação de que o paciente fará jus à fixação de regime menos gravoso que a prisão em que se encontra, porquanto tal consideração é prematura, sendo certo que só a conclusão da instrução criminal será capaz de revelar qual será a pena adequada e o

regime ideal para o seu cumprimento” (Acórdão 1286470,07402722820208070000, Relator: SILVANO BARBOSA ) DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, data de julgamento: 24/9/2020, publicado no PJe: 5/10/2020).  
Acórdão 1428761

Assim, é comum que esses presos preventivamente, caso sejam condenados, cumpram pena em regime semiaberto. A única passagem deles pelo presídio é justamente num momento pré-processual. Nesta linha, sobre o constrangimento ilegal, muitas das alegações dos advogados de defesa dizem respeito ao excesso de prazo. O órgão recursal supera essa argumentação de demora injustificada. Uma vez que a lentidão ocorre por duas razões. Tanto pelo andamento habitual da justiça criminal, como pela complexidade do caso. Grosseiramente falando, realmente a justiça demora, e o réu sofrerá as consequências dessa desídia. Já que permanecerá preso preventivamente por bastante tempo, em decorrência da inércia da justiça criminal.

De fato, o acusado é quem mais sofre com essas prisões preventivas excessivas. Porém, existe um dano social produzido pelas prisões em massa. Por mais que exista previsão de separação dos presos preventivos dos presos condenados - o que não se cumpre em todo o Brasil - os pequenos e médios traficantes estão presos preventivamente com outros perfis de criminosos. Ainda pela previsão na lei de Crimes Hediondos, de que os presos preventivos por crime hediondo serão segregados dos demais. Traficante, assassino e esturador, todos presos preventivamente em conjunto.

Trata-se de uma interação que poderia ser evitada, já que o perfil médio do traficante, caso seja condenado, cumpriria pena no regime semiaberto. No presídio, esses pequenos e médios traficantes terão contato com sujeitos integrantes de organizações criminosas, praticantes de crimes violentos e de grande potencial lesivo. Essa interação poderia levar ao ingresso desse pequeno e médio traficante em crimes mais organizados ou mais graves. Por exemplo, os pequenos traficantes estão sendo presos da mesma forma que traficantes mais perigosos, como o descrito a seguir:

1. Não se verifica o constrangimento ilegal quando a prisão preventiva se revela imprescindível para a garantia da ordem pública, eis que o paciente é acusado de integrar **milícia privada** constituída com a finalidade de “**sequestrar**” e **extorquir criminosos**, notadamente traficante de drogas, a fim de apoderar-se dos entorpecentes e com a revenda dos ilícitos subtraídos auferir lucros.
2. A alegação de condições pessoais favoráveis não afasta, in casu, a necessidade do encarceramento do paciente, especialmente porque ele ostenta a condição de reincidente e foi preso em flagrante delito em razão da prática dos crimes de **porte ilegal de arma de fogo** de uso permitido, extorsão qualificada, constituição de milícia privada e **uso de documento falso**.

3. A periculosidade do paciente resta evidenciada pelo *modus operandi* empregado, consistente em se passar por policial do estado de Goiás, portando arma de fogo em desacordo com as determinações legais, a fim de abordar traficante e subtrair os entorpecentes destinados à difusão ilícita que, na espécie, consistiam em **23 kg de maconha**.

Acórdão 1423674

Sujeito traficante de grande porte, que extorquia até mesmo criminosos, ostenta arma e porta documento falso. Além de ser integrante de milícia privada. Pois bem, esse é um dos motivos do cabimento de medidas cautelares diversas da prisão, para casos com menor potencial lesivo. Prender preventivamente de forma discricionária causa grande dano, além de minar a credibilidade das instituições, pela desproporcionalidade da medida.

Sobre as decisões de revogação e relaxamento das prisões preventivas, conforme dito anteriormente, essas exceções somente confirmam a regra. Sinceramente, esta pesquisadora não conseguiu enxergar uma diferenciação clara entre os casos em que os réus continuaram presos e os casos em que os réus foram soltos. O que colabora com a fala de Valois (2021), de que o direito penal da guerra às drogas na verdade é seletivo aleatório (VALOIS, 2021:555).

Pois bem, a maioria das decisões que soltaram os réus não contradizem o feito à nível de primeira instância. Ora, um dos processos simplesmente manteve a liberdade concedida pela primeira instância. Reitero, trata-se da atuação do tribunal como simples apoiador da decisão de instância inferior. Fato que coloca em xeque a eficácia do duplo grau de jurisdição. Outro processo, por sua vez, reconhece a conversão da prisão preventiva em medida cautelar diversa da prisão. Já que a paciente é lactante, com filha pequena, dependente de amamentação. No entanto, de forma contraditória, destaca a legalidade da prisão preventiva atual dessa ré.

Similarmente, um dos casos revogou a prisão por ocorrência de fato novo. Foi constatado, mediante perícia, que a maior parte da apreensão de suposta cocaína era na verdade farinha de trigo. Ou seja, caso a substância de fato fosse cocaína, então ainda seria cabível a restrição de liberdade. Isto é, não existe real oposição de ideias entre o Tribunal e o juízo de instância superior. Entendo que somente uma decisão colegial - menos de 1% do total - foi categoricamente contrária com a prisão preventiva de primeiro grau, *in verbis*:

Discorre sobre a **parcialidade das investigações policiais** desencadeadas tendo o paciente como alvo e que, embora ele não tenha sido encontrado no suposto ponto de traficância inicialmente indicado pela operação policial, ainda em janeiro de 2020, é considerado o cabeça da suposta organização criminosa, mesmo que no momento da atuação policial portasse uma simples porção de maconha para **consumo pessoal**. Sustenta a **ausência de indícios da prática de tráfico**, uma vez que apreendida apenas uma porção de maconha no momento da prisão, e que o fato de o paciente já

**ter sido condenado por tráfico de drogas** não permite concluir haver risco de reiteração delitiva  
Acórdão 1373785

Nesta linha, segue os argumentos utilizados pela defesa técnica para o caso:

2. Considerando que o paciente foi preso em flagrante portando uma porção de **maconha**, perfazendo **0,44g** (quarenta e quatro decigramas) de massa líquida, afigura-se **desarrazoada a segregação cautelar na hipótese concreta**, sendo suficiente e adequada a imposição de medidas cautelares diversas da prisão.

3. **Configurado constrangimento ilegal**, uma vez que ausentes os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, forçoso, na espécie, a concessão de Liberdade Provisória com imposição de medidas cautelares adequadas ao caso. (...)

Acórdão 1373785

Por mais que eu concorde com a decisão, não consigo determinar o motivo deste caso específico se diferenciar dos demais 274. Talvez pela quantidade pequena de droga apreendida aliada com a natureza desta droga. No entanto, o réu é reincidente específico, fator que, por si só, já foi considerado motivação cabível para a decretação da prisão preventiva. Também é possível que o Tribunal entendeu que as investigações policiais foram conduzidas de forma parcial. De qualquer maneira, sustento que os resultados da análise subjetiva dos acórdãos trazem duas conclusões: em regra, o órgão recursal vai somente conceder aparência mais robusta de legalidade à decisão de primeira instância; além do que, o processo decisório de manutenção das prisões preventivas é seletivo aleatório.

## CONCLUSÕES

No decorrer deste trabalho, foi possível avaliar uma diversidade de temas inseridos na situação problema. Que é a arbitrariedade das prisões preventivas por tráfico de drogas pela garantia da ordem pública no Distrito Federal. Porém, nessa parte final de conclusões, vou me ater essencialmente ao que foi possível responder a partir da pesquisa jurisprudencial. A pesquisa legislativa, doutrinária e do estado da arte são ferramentas para avaliar os dados emitidos pelo TJDF.

Pois bem, efetivamente, arremato que o Tribunal contribui para o superencarceramento no DF. O índice de manutenção da prisão preventiva foi tamanho, que as exceções somente confirmam essa regra. A segunda instância parece estar na verdade à serviço das decisões de primeiro grau. Digo mais, a pesquisa indica que a segunda instância - ao invés de discutir a legalidade e justiça de decisão de primeira instância - na verdade injeta legalidade em fundamentações anteriormente genéricas. Por isso, as decisões de segunda instância são bem fundamentadas. Um dado da realidade que contraria a hipótese lançada na introdução deste trabalho. Porém, apesar de fundamentadas, não deixam de ser injustas.

Ainda sobre a fundamentação dos acórdãos, por mais que exista a precisão de elementos do caso concreto, a prisão preventiva é majoritariamente baseada em perigos abstratos. Concretamente, o Tribunal declara em seus acórdãos que a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, mais do que medida cautelar, é um instrumento de prevenção. Para evitar reincidência e satisfazer o clamor público.

O perfil do traficante médio, por sua vez, não apresenta periculosidade específica. Inclusive, caso esse dito traficante médio fosse condenado, em tese, cumpriria a pena em regime semiaberto, diferente da prisão. Assim, a prisão preventiva, mais do que meio de antecipação de pena, é subterfúgio de punição flagrantemente desproporcional. Uma vez que prende em massa sujeitos que - de acordo com a própria legislação - não merecem o cárcere. É evidente a visão punitivista, de identificação do traficante como representação de todos os males da sociedade, um verdadeiro inimigo. Os resultados dialogam com a fala de Valois (2021), de que o Direito Penal da Guerra às Drogas, mais do que seletivo, é seletivo-aleatório (VALOIS, 2021:555). Na verdade, o dano social decorrente da injustiça estatal é maior do que a ofensa desferida pelo próprio traficante.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOITEUX, Luciana et al. **Sumário Executivo Relatório de Pesquisa “Tráfico de Drogas e Constituição”**. [Rio de Janeiro - RJ]: Projeto pensando o direito, 2009.

CARVALHO, Salo D. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da lei nº 11.343/2006**. 8ª edição. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638334/>. Acesso em: 03 jun. 2022.

DUARTE, Evandro; FREITAS, Felipe. **Corpos Negros sob a Perseguição do Estado: Política de Drogas, Racismo e Direitos Humanos no Brasil**. [Porto Alegre - RS]: RDU, 2019.

FEDATO, Matheus; KAZMIERCZAK, Luiz. **Análise Crítica da expressão “Garantia da Ordem Pública” na Prisão Preventiva**. [Pouso Alegre - MG]: Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: o Nascimento da prisão**. 42ª Edição. [Petrópolis - RJ]: Editora Vozes, 2014.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. [Rio de Janeiro - RJ]: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993412/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

JESUS, Maria Gorete et al. **Prisão Provisória e Lei de Drogas: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. [São Paulo - SP]: Núcleo de Estudo da Violência - NEV, 2011.

JR., H. T. **Curso de Direito Processual Civil - Vol. 1**. [Barueri - SP]: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994020/>. Acesso em: 10 Apr 2022.

JUNIOR, A.C.L. L. **Direito Processual Penal**. [São Paulo - SP]: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590005/>. Acesso em: 08 Apr 2022.

MACHADO, Bruno; GUIMARÃES, Karla; OLIVEIRA, Marcus. **Tráfico de drogas no Noroeste Mineiro: Uma análise do fluxo do sistema de justiça criminal**. [Gipuzkoa - Espanha]: Oñati Socio-Legal Series, 2021.

MAGALHÃES, P. **Quais são os requisitos para a prisão preventiva**. Canal Ciências Criminais, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/requisitos-para-a-prisao-preventiva/> Acesso em: 11 Apr 2022

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. 11ª edição. [São Paulo]: Editora Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547204716/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

MASSON, Cleber. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais**. [Rio de Janeiro - RJ]: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993085/>. Acesso em: 15 jun. 2022.

MESSA, A. F. **Prisão e Liberdade**. [Portugal]: Grupo Almedina, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935765/>. Acesso em: 08 Apr 2022

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Manual de Orientação: Elaboração de Portarias no ministério da saúde**. [Brasília - DF]: Editora MS, 2010. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual\\_de\\_orientacao\\_elaboracao\\_portarias.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_de_orientacao_elaboracao_portarias.pdf). Acesso em: 15 jun. 2022.

NUCCI, G.D. S. **Manual de Processo Penal**. [Barueri – SP]: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/>. Acesso em: 08 Apr 2022

PRADO, L.R.; SANTOS, D.P. **Prisão Preventiva - A Contramão da Modernidade**. [Barueri – SP]: Grupo GEN, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981952/>. Acesso em: 08 Apr 2022

QUEIROZ, Paulo. **A propósito do Bem Jurídico Protegido no Tráfico de Drogas e Afins**. Paulo Queiroz, 2009. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-bem-juridico-protegido-no-traffic-de-droga-e-afins/>. Acesso em: 15 jun. 2022

SANGUINÉ, O. **Prisão Cautelar - Medidas Alternativas e Direitos Fundamentais**. [Barueri – SP]: Grupo GEN, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5816-9/>. Acesso em: 08 Apr 2022.

SILVEIRA, Felipe. **A Banalização da Prisão Preventiva para a Garantia da Ordem Pública**. [Belo Horizonte - MG]: Revista Faculdade de Direito UFMG, 2015.

VALOIS, L. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. [Belo Horizonte - BH; São Paulo - SP]: Editora D'Plácido, 3a Edição, 2021.

VARGAS, Beatriz. **A Ilusão do Proibicionismo: Estudo sobre a Criminalização Secundária do Tráfico de Drogas no Distrito Federal**. [Brasília - DF]: Tese de Doutorado, 2011.

VASCONCELLOS, Fernanda. **A Prisão Preventiva como Mecanismo de Controle e Legitimação do Campo Jurídico** [Porto Alegre - RS]: Tese de Doutorado, 2008.

## APÊNDICES

**Apêndice 1.** [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO,%20INTEIROTEOR\]&argumentoDePesquisa=tráfico%20e%20prisão%20e%20preventiva%20e%20garantia%20e%20ordem%20e%20publica&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=01/08/2022&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[BASE ACORDAOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=01/08/2021&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=328.](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE ACORDAOS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO,%20INTEIROTEOR]&argumentoDePesquisa=tráfico%20e%20prisão%20e%20preventiva%20e%20garantia%20e%20ordem%20e%20publica&numero=&tipoDeRelator= TODOS&dataFim=01/08/2022&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[BASE ACORDAOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=01/08/2021&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=328.)

**Apêndice 2.**

[Planilha de Acórdãos do TJDF - Luísa Helena Quintiliano.xlsx](#)

**Apêndice 3.**

Tabela 1: Circunstâncias da decisão		
Decisão	Unânime	Não unânime
Manutenção / Cabimento	271	0
Revogação	3	0
Relaxamento	0	1

**Apêndice 4.**

Tabela 2: Decisão de acordo com a Turma Criminal			
Turma	Manutenção / Cabimento	Revogação	Relaxamento
1 <sup>a</sup>	76	1	1
2 <sup>a</sup>	109	2	0
3 <sup>a</sup>	87	0	0

**Apêndice 5.**

Tabela 3: Histórico criminal dos réus	
Primário	144
Reincidente	88
Reincidente específico	31

**Apêndice 6.**

Tabela 4: Circunstâncias do fato	
Concurso de crime	105
Concurso de pessoas	77
Concurso de crime e de pessoas	42
Crime simples	136

**Apêndice 7.**

Tabela 5: Situação de flagrância	
Prisão em flagrante	106
Ausência de flagrante	2
Não informado	167

**Apêndice 8.**

Tabela 6: <i>Notitia Criminis</i>	
Abordagem	37
Denúncia anônima	6
Denúncia	45
Investigação	42
Não informado	145

**Apêndice 9.**

Tabela 7: Diversidade de apreensão de droga	
Apenas um tipo de droga	120

Mais de um tipo de droga	98
--------------------------	----

**Apêndice 10.**

Tabela 8: Média de apreensão de drogas e desvio padrão de acordo com o perfil de suposto traficante

Perfil	Média (g)	Desvio Padrão (g)	Amostras
Traficante pequeno (0 - 100g)	29,35	28,18	68
Traficante médio (100,1g - 1000g)	497,39	283,9	72
Traficante grande (1000,1g-1077200g)	52844	155111	88

**Apêndice 11.**

Tabela 9: Número de acórdãos com incidência de valor não numérico na apreensão de drogas

porção média	2
porção pequena / pouca	5
grande / expressiva	11
diversas	2
considerável	1
gramas	2
sem informação	15
Valor total de amostras	38

**Apêndice 12.**

Tabela 10: Apreensão de drogas específicas

Crack	58
Cocaína	108
Maconha	158
Ecstasy	13

Haxixe	20
Lança	4
Outras drogas	32

**Apêndice 13.**

Tabela 11: Número de acórdãos com menção de apreensão de arma de fogo e/ou de munição

Arma de fogo	25
Munição	28
Arma de fogo e Munição	14
Ausente qualquer elemento	236

**Apêndice 14.**

Tabela 12: Número de acórdãos com incidência de dinheiro, balança e petrecho

Apenas Dinheiro	54
Apenas Balança	25
Apenas Petrecho	27
Dinheiro e balança (sem petrecho)	28
Dinheiro e petrecho (sem balança)	12
Dinheiro, petrecho e balança	25
Sem elementos	94

**Apêndice 15.**

Tabela 13: Média de apreensão de dinheiro físico e desvio padrão de acordo com o perfil de suposto traficante

Perfil	Média (R\$)	Desvio Padrão (R\$)	Amostras
Traficante pequeno (R\$1 - R\$100)	50,31	32,68	25
Traficante médio (R\$101 - R\$4000)	707,59	585,31	68
Traficante grande (maior que R\$4000)	16570	18574	12

**Apêndice 16.**

Tabela 14: Fundamentação das prisões preventivas	
Risco de reiteração delitiva	107
Reiteração delitiva	17
Gravidade concreta da conduta	119
Descumprimento de medida cautelar diversa	17
Periculum Libertatis	113
Fumus comissi delicti	66
Materialidade do crime	47
Indícios de autoria	45
Ausência de constrangimento ilegal	104
Regularidade do flagrante	50