

AUTOR(ES): ANALU CARIBÉ GONÇALVES TERENCE, ANDREIA SANTOS, LUIS FELIPE ALVES FONSEXA, MARIA RAFAELA EVANGELISTA SILVEIRA e CARLOS SILVA.

A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO PARA PRISÃO PREVENTIVA NO TRÁFICO DE DROGAS

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) assegura, em diversos contextos, o direito à liberdade, de forma que, em seu artigo 5º, inc. XV, estabelece que “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (BRASIL, 1988).

Por outro lado, como todos os direitos e garantias fundamentais, a liberdade não tem valor absoluto ou irrestrito, ao passo que poderá ser suprimida, respeitando-se o devido processo legal e todas as garantias dele provenientes. Uma das exceções ao direito à liberdade de locomoção se dá na hipótese de prisão. Em linhas gerais, a prisão pode ser conceituada como o cerceamento da liberdade de locomoção, isto é, o encarceramento.

A aplicação de qualquer medida que vise mitigar o direito à liberdade de locomoção deve se pautar e observar rigorosamente o princípio da legalidade, a fim de se evitar arbitrariedades e excessos por parte do Poder Público. No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se três espécies de prisão: a extrapenal, a penal e a cautelar.

Como as subespécies da prisão cautelar, existem a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva, a qual será objeto deste estudo. Nesta toada, conforme discorre Lima (2017, p. 956) a prisão preventiva se consubstancia na

[...] espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art. 313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art. 312 do CPP, e desde que revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319).

Dentre os motivos autorizadores para sua decretação, destaca-se aqui a "garantia da ordem pública", presente no art. 312, do Código de Processo Penal (CPP). Lopes Jr. (2016) critica que esse motivo se mostra como um conceito vago, indeterminado e que, frequentemente é utilizado de maneira leviana e excessiva, pela falta de solidez em sua definição. Na prática, consoante à crítica do autor Aury Lopes Jr., a garantia de ordem pública é arguida constantemente de forma exclusiva no que diz respeito à decretação da prisão preventiva nos crimes de tráfico de drogas.

Isto posto, a partir do estudo de caso dos processos relativos ao crime de tráfico de drogas que tramitaram entre os anos de 2008 e 2019, nas varas criminais da Comarca de Montes Claros – MG, este trabalho tem por fim analisar em quais circunstâncias é arguida a garantia de ordem pública para decretação da prisão preventiva.

Material e Métodos

Trata-se de pesquisa qualitativa, baseada em estudo de caso, a partir da análise de processos judiciais referentes ao crime de tráfico de drogas na comarca de Montes Claros – MG. Utilizou-se, ainda, a pesquisa bibliográfica e documental, tendo por referência a doutrina especializada e institutos normativos específicos, sendo eles a CRFB/1988 e o Decreto-Lei n. 3.689/1941, que instituiu o CPP, bem como a jurisprudência dos tribunais.

Resultados e Discussão

A prisão preventiva é medida de natureza subsidiária, a ser aplicada apenas em último caso, quando incabível sua substituição por outra medida prevista no art.319 do CPP e frente comprovada necessidade e adequação. Portanto, conforme determina Capez (2016, p.383): “[...] se houver uma providência cautelar menos gravosa que seja suficiente para atingir os fins garantidores do processo, a prisão será considerada sem justa causa, caracterizando constrangimento ilegal.”

Logo, quando ausentes necessidade e/ou adequação a liberdade provisória deve ser concedida, podendo ou não vir acompanhada de medidas cautelares diversas da prisão.

Referida prisão cautelar está vinculada aos pressupostos cumulativos *fumus comissi delicti e periculum libertatis*. Aquele diz respeito à prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, necessários quando da decretação da prisão. Já o *periculum libertatis* está relacionado à garantia da ordem pública e da ordem econômica, bem como à conveniência da instrução criminal ou aplicação da lei penal (LIMA, 2017).

A respeito da conceituação da ordem pública, Gomes Filho (1991), salienta:

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

A corrente majoritária, que tem caráter restritivo, considera preenchido o pressuposto da garantia da ordem pública quando houver risco de reiteração da conduta delituosa, caso o acusado permaneça em liberdade, uma vez a presunção de ser de seu costume a prática do crime, bem como a sua socialização com indivíduos que praticam o mesmo (LIMA, 2017). Frente a habitualidade que se criou em decretar preventivas com base na ordem pública, em especial no risco de reiteração, Lopes Júnior (2005”, p.203) critica: “uma pessoa presa em nome da ordem pública, diante da reiteração de delitos e o risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal”.

Assim, tendo em vista a suposta periculosidade do agente e a eventual possibilidade de reincidência, a excepcionalidade com que a limitação da liberdade de locomoção deve ser tratada é mitigada. Nesse contexto, a prisão preventiva deixa de ser uma *ultima ratio*, tornando as medidas cautelares diversas da prisão a verdadeira exceção e a prisão preventiva a regra factual, de ocorrência quase obrigatória. No entanto, conforme preleciona Capez:

Não existe prisão preventiva obrigatória, pois, nesse caso, haveria uma execução antecipada da pena privativa de liberdade, violando o princípio do estado de inocência. Se o sujeito for preso sem necessidade de se acautelar o processo, tal prisão não será processual, mas verdadeira antecipação da execução da pena, sem formação de culpa e sem julgamento definitivo. (2016. p. 368).

É justamente neste enredo que se insere o traficante de drogas, visto que, muito embora distorcida na prática, a prisão preventiva é comumente decretada, com fundamento exclusivo na garantia da ordem pública. Por conseguinte, fundamenta-se essa prisão levando-se em conta a suposta periculosidade do agente frente a notoriedade dos prejuízos e riscos que o tráfico de drogas gera na sociedade.

Nesse contexto, destaca-se da análise fática realizada nos processos coletados nas varas criminais da Comarca de Montes Claros nos anos de 2008 a 2019 que o referido fundamento para aplicação da medida é utilizado em desconformidade com a sua excepcionalidade. Afinal, em aproximadamente 81% dos casos houve a conversão da

prisão em flagrante em preventiva, sendo em sua maioria (79,8%) sob o fundamento da garantia da ordem pública, observando-se um juízo subjetivo negativo quanto à ficha do acusado, vez que os réus eram majoritariamente primários, com bons antecedentes, tornando injustificada a utilização da garantia da ordem pública como fundamento.

Ademais, dos efetivos casos que geraram condenação, constata-se que em mais da metade (53,9%) houve a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos.

Além disso, dos 63,4% que foram condenados, 51,6% ficaram em regime inicial aberto e 12,9% em regime semiaberto. Ora, percebe-se então que a grande maioria dos acusados por tráfico de drogas foram absolvidos, condenados para regime aberto ou tiveram sua pena privativa substituída por restritiva de direitos.

Observa-se, pois, frente aos dados coletados nesta pesquisa, que a prisão preventiva com base no pressuposto da ordem pública tem sido reiteradamente aplicada de forma desnecessária e inadequada.

Nessa toada, pertinente se faz a crítica de Aury Lopes Jr. à desmedida utilização do fundamento de garantia da ordem pública para realização da prisão preventiva:

No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de risco de reiteração de delitos, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. (2016, p. 484)

Ademais, prossegue o doutrinador:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). (2016, p. 484)

Conclusão/Conclusões/Considerações finais

Portanto, verifica-se que o instituto referido, conforme se depreende, é medida excepcional e na maioria das vezes desnecessária e abusiva aos direitos fundamentais do acusado, conforme demonstra o resultado final dos processos analisados. Logo, resta evidente a violação aos princípios informadores do direito processual penal, assumindo contornos de uma pena antecipada, em desabono ao devido processo legal e aos princípios da inocência e da proporcionalidade, e que em sua maioria não se conformam com a pena final aplicada.

Assim, conclui-se que a fundamentação da preventiva com base na garantia da ordem pública, em especial nos processos de tráfico aqui analisados, demonstra que é realizado juízo de valor em que prevalece o interesse da repressão (que por vezes é provisória e não definitiva) em detrimento de direitos e garantias individuais e das disposições do próprio CPP.

Por fim, em suposta observância a garantia da ordem pública, é desconsiderada a avaliação da necessidade e adequação da medida, ou realizadas antecipações, em sua maioria infundadas, do juízo de culpabilidade.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <<https://bit.ly/2UxOV9A>>.

_____. **Código de Processo Penal**. Brasília: 1941. Disponível em: <<https://bit.ly/1Lev75W>>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Editora Saraiva, 1991. (Livro eletrônico)

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

_____. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

