

**A APLICAÇÃO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO  
PREVENTIVA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS CONFORME O ATUAL  
POSICIONAMENTO DA 5ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:  
EXCEÇÃO OU REGRA?**

Jaqueline Godoi Cezar<sup>1</sup>

Guilherme Schroeder Abreu<sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo principal analisar o posicionamento atual da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) frente ao atual cenário jurídico no que tange ao requisito da “garantia da ordem pública”, prevista no Código de Processo Penal Brasileiro (CPP), verificando se atende ao caráter instrumental das medidas cautelares, nos crimes tipificados na Lei 11.343/2006. Trata-se de pesquisa qualitativa bibliográfica e jurisprudencial, e a busca compreendeu acórdãos do 1º semestre de 2025, que versam sobre o significado da “garantia da ordem pública”, uma vez que se trata de um requisito aberto e amplo, podendo ser interpretado de diversas formas e passível de ser utilizado como artifício legal para restringir a liberdade de um indivíduo. Portanto, será analisado se o atual entendimento desta Corte Superior vem respeitando o Processo Penal de garantias que existe no Brasil e se a prisão preventiva está sendo manejada como *ultima ratio*, uma vez que se trata da medida cautelar mais gravosa existente na Lei Processual Penal.

**Palavras-chave:** Prisão Preventiva. Garantia da Ordem Pública. Tráfico de Drogas. Caráter Instrumental. Medida Cautelar.

## 1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal, no seu artigo 3º-A<sup>3</sup>, prevê que o modelo processual adotado no processo penal brasileiro é o sistema acusatório, no qual, as partes - julgador, acusador e defesa têm suas funções pré definidas e individualizadas, sendo vedada a atuação de ofício pelo juiz, prezando pela distribuição da carga probatória.

---

<sup>1</sup>Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Campo Real, Guarapuava, Paraná, e-mail: dir-jaquelinegodoi@camporeal.edu.br.

<sup>2</sup>Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2008). Especialista em Direito Criminal pela Unicuritiba (2005). Especialista em Direito Tributário pelo IBEJ/FESP (2000). Professor de Direito Processual Penal no Centro Universitário Campo Real, Guarapuava, Paraná.

<sup>3</sup> Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

À luz da Constituição Federal de 1988 que assegura aos cidadãos um Estado democrático de direitos, o sistema acusatório se caracteriza, conforme Aury Lopes Junior “pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo, para garantia da imparcialidade, e efetivação do contraditório” (2025, p.14).

Com a adoção de um sistema processual que assegura direitos e paridade de armas, não poderia ser diferente quando se trata de acusar um cidadão. Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso LVII, assegura a todos os indivíduos a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BRASIL, 1988), ou seja, em regra, a pretensão punitiva estatal só poderá ser efetivada quando se esgotarem as instâncias e possibilidades recursais, culminando, então, na prisão pena.

Contudo, além da prisão pena, existe a prisão cautelar, a qual relativiza a presunção de inocência do indivíduo, não sendo, portanto, um direito absoluto dentro do processo penal brasileiro (LOPES Jr., 2024).

Esta relativização advém de um risco no perigo de liberdade no curso da investigação ou da ação penal. Isso porque, sendo imprescindível para assegurar a investigação ou a instrução processual, a autoridade judicial poderá restringir a liberdade do indivíduo antes mesmo de existir uma condenação.

As medidas cautelares que relativizam a presunção de inocência podem ser às alternativas à prisão<sup>4</sup>, essas estão previstas no art. 319 e seus incisos do CPP e as prisões cautelares, sendo a prisão preventiva e temporária. Diante da excepcionalidade das prisões processuais, em específico a prisão preventiva, o presente trabalho abordará seus requisitos, notadamente a garantia da ordem pública, e o atendimento pela 5ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Especificamente, serão analisados 10 acórdãos proferidos pela 5ª Turma da Câmara Criminal do Superior Tribunal de Justiça (STJ) referentes ao crime de tráfico de drogas. A análise dos julgados não será de forma e quantidade aleatórias, o filtro a ser utilizado consiste em busca de acórdãos proferidos pela 5ª Turma da 3ª Seção do STJ, cujas datas de julgamento compreenderam o primeiro semestre de 2025 (1º de janeiro a 30 junho) com a utilização das palavras chaves: “tráfico de drogas e garantia da ordem pública e prisão preventiva e necessidade e adequação”.

---

<sup>4</sup> Também existem as medidas assecuratórias reais, mas estas não serão abordadas no presente trabalho, uma vez que se tratam de medidas cautelares reais, por afetarem o patrimônio do indivíduo.

Diante desse filtro, foram disponibilizados 10 acórdãos, os quais serão objetos de estudo da presente pesquisa, e serão analisados, principalmente, à luz do caráter instrumental da prisão preventiva.

## **2 DO CARÁTER INSTRUMENTAL E DEMAIS CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS**

As medidas cautelares relativizam a presunção de inocência do indivíduo, uma vez que a liberdade, seja total ou parcial, será restringida. Sua finalidade é exclusivamente voltada à tutela da investigação ou da instrução processual penal, bem como para assegurar o *jus puniendi* (aplicação da lei penal), não devendo ser aplicada como forma de antecipação de pena. No entendimento de Paulo Rangel:

A medida cautelar tutela o processo e não o direito material discutido neste processo. O direito material é objeto do processo de conhecimento. A medida cautelar é objeto do processo cautelar. Portanto, a medida cautelar serve de instrumento para se atingir o fim colimado pelo processo de conhecimento, qual seja: a solução do caso penal (2023, p. 444).

O instituto das medidas cautelares pessoais possui como espécie as medidas alternativas à prisão, previstas no art. 319<sup>5</sup> do Código de Processo Penal (CPP), incluídas pela Lei nº 12.403/2011, e as mais severas, que se trata da segregação total da liberdade, podendo ser a prisão temporária prevista na Lei nº 7.960/89 e a prisão preventiva prevista no art. 311 e seguintes do CPP.

---

<sup>5</sup> Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

Todavia, é necessário atentar-se aos critérios estabelecidos pela legislação para sua aplicação. Inicialmente, precisa estar em consonância com o previsto no art. 282, do CPP (BRASIL, 1941), o qual dispõe:

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

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

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

O dispositivo legal supra nos traz que há a necessidade da existência do caráter instrumental da medida cautelar aplicada para com o fato, isto é, deverá ser útil ao propósito de assegurar/garantir a investigação ou a instrução processual penal, bem como da proporcionalidade para adequar a medida ao perigo concretamente constatado. Para Renato Flávio Marcão: “Na aplicação dessas medidas o juiz deve nortear-se por critérios de legalidade, necessidade, adequação, razoabilidade, proporcionalidade, em conformidade com as diretrizes apontadas” (2012, p.12).

Assim, a base norteadora das medidas cautelares é o caráter instrumental. Ademais, quando de sua aplicação, elas precisam ser analisadas no caso concreto a partir das mais brandas, previstas no art. 319, do CPP e, somente em caso de não serem suficientes para assegurar a investigação ou a instrução processual que deverá ser decretada a prisão provisória, como medida de *ultima ratio*, devidamente fundamentada e demonstrada sua imprescindibilidade, evidenciando-se, então, o caráter da proporcionalidade.

Sobre o caráter instrumental das medidas cautelares, ensina Sara Aragonese Martinez (Lopes Jr., 2025, p. 715 *apud* Martinez, 1996, p. 387):

*Las medidas cautelares son, pues, actos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del jus puniendi. Este concepto confiere a las medidas cautelares la nota de instrumentalidad, en cuanto son medios para alcanzar la doble finalidad arriba apuntada.*

Assim, tendo em vista a liberdade como regra, a adoção de medidas cautelares pessoais somente se justificam se houverem atendido o caráter instrumental, o qual, como aludido acima, somente se perfaz quando a medida cautelar adotada, seja as do artigo 319, do CPP, seja das prisões (temporária /

preventiva) se coadunam ao propósito de tutelar a produção de elementos investigativos ou de prova em fase investigativa (inquérito policial) ou processual, respectivamente. Concretizada a utilidade acima, com observância da medida adequada e proporcional, conforme prevê o artigo 282 mencionado, cumpre-se, o propósito da instrumentalidade.

Portanto, imprescindível a análise do caráter instrumental das medidas cautelares, pois do contrário, ou seja, quando não se vislumbra na medida cautelar o propósito de tutela de reconstrução do fato criminoso histórico como, por exemplo, o de evitar a reiteração criminosa (art 282, inciso I, última parte, do CPP), evidenciam-se outros fins que não o de contribuir para a apuração do fato ocorrido, mas outros fins, o que deve ser rechaçado em um processo penal de garantias.

Por outro lado, a aplicação idônea de uma medida cautelar se dá, além da viabilidade quanto ao caráter instrumental da cautelar em análise, a obediência às características inerentes a essa exceção prevista no processo penal, bem como seus pressupostos de admissibilidade, os quais, por sua vez, serão abordados no tópico a seguir. Segundo Câmara (2011, p. 100), a adoção das medidas de cautela é regida de um lado por alguns princípios e, de outro, por pressupostos autorizativos à sua adoção. Para tanto, nesse tópico serão abordados os princípios norteadores das medidas cautelares.

Inicialmente, cumpre mencionar que, conforme prevê o art. 282, §2º, do CPP, que as medidas cautelares só podem ser requeridas por quem é legitimado para tanto, quais sejam: Ministério Público, o Assistente de Acusação, o Querelante ou então por meio de representação da Autoridade Policial (BRASIL, 1941).

O dispositivo legal supra define também que o pedido deve ser realizado única e exclusivamente por petição para a autoridade judicial competente, ou seja, é obrigatório que o pleito seja submetido ao crivo judicial, tendo em vista que um Juiz (a) togado<sup>6</sup> é quem deve deferir, de modo fundamentado, a medida cautelar, caracterizando, portanto, o princípio da jurisdicionalidade das medidas cautelares.

Também como característica importante inerente às medidas cautelares, reitera-se a da proporcionalidade. É o que preconiza os arts. 282, II, 283, §1º e 313, inciso I, todos do CPP, que para Paulo Rangel significa que:

---

<sup>6</sup> Com exceção de quando tratar-se de competência em razão da função, hipótese na qual, a Jurisdicionalidade será exercida por Desembargadores ou Ministros dos Tribunais Superiores.

A medida cautelar a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que a restrição à liberdade, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada caso o pedido seja julgado procedente. A homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido (2023, p. 446).

É dizer que em hipótese alguma na lei processual penal brasileira vigente é possível aplicar uma medida cautelar de *ultima ratio* (prisões), quando o crime imputado não comina pena privativa de liberdade. É necessário analisar se o preceito secundário do tipo é proporcional à restrição da liberdade, e nada obstante, se faz necessária a análise quanto à homogeneidade, tendo em vista que muitas vezes um crime com pena privativa de liberdade comporta o instituto das medidas despenalizadoras<sup>7</sup>. Nesse sentido, não é proporcional a aplicação de uma medida cautelar quando seus efeitos serão mais severos que a própria pena aplicada futuramente em caso de condenação.

Mister se faz destacar também a Provisionalidade e a Temporariedade de uma medida cautelar, cuja adoção necessita estar lastreada de contemporaneidade entre o fato que ensejou sua decretação com a atualidade (provisionalidade) e, por sua vez, justifica o caráter temporal (temporariedade). Diga-se, se o fato que fundamentou o perigo de liberdade do investigado/réu já não subsiste, a medida padece em sua motivação, uma vez que seu caráter instrumental já não mais é atendido. Para Raquel Mazzuco Sant'ana (2016, p.28): "Toda medida cautelar está vinculada a determinada situação fática, e a provisoriedade está relacionada com essa situação que motivou a decretação da medida cautelar". Não existindo, portanto, um lapso temporal determinado, e por força do art. 282, §5º, do Código de Processo Penal, elas podem ser decretadas e revogadas conforme surgir a necessidade, o que revela o caráter provisional acima referido.

Desse modo, percebe-se a relação direta das características da temporariedade e provisionalidade com a necessária concretização do caráter instrumental, pois quando se atende ao propósito de resguardar a produção de elementos investigativos e de prova (instrumentalidade) se torna viável perceber o termo ou fim propriamente dito da medida cautelar adotada, situação que não se consolida quando dissociada do caráter instrumental, no exemplo da adoção para evitar reiteração criminosa ou pelo motivo da gravidade do fato praticado. Assim,

---

<sup>7</sup> Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e Acordo de Não Persecução Penal.

quando será o termo/fim da medida cautelar nestes casos? Qual a relação destes motivos com o fato realmente ocorrido? Nenhum!

### 2.1.1 DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES

Além da análise acerca das características das medidas cautelares, se faz obrigatória a verificação quanto aos requisitos de admissibilidade. Estes são denominados pela doutrina, como a de Guilherme de Souza Nucci e Paulo Rangel de “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”. Contudo, a presente pesquisa filia-se ao entendimento de Aury Lopes Junior de que no processo penal há categorias jurídicas próprias, não devendo ser o processo civil entendido por analogia em terminologias e significados tão distintos (2025, p. 715).

Ainda acerca da referida divergência, Aury também expõe que:

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais “poderes gerais de cautela” (2025, p. 719).

Portanto, a nomenclatura dos requisitos a ser considerada será o “*fumus comissi delicti*” e “*periculum libertatis*” por se amoldar à necessidade estrita e de exceção das medidas cautelares, os quais são cumulativos e peculiares a cada medida cautelar que seja adequada ao caso concreto.

#### 2.1.1.1 Do *Fumus Comissi Delicti*

O *fumus comissi delicti* significa dizer que há “fumaça do cometimento de um delito”. Contudo, a verificação precisa ser concreta, isso porque não é possível que um indivíduo tenha sua liberdade restringida por conjectura. Explica Câmara que: “Somente se autoriza a custódia cautelar em caso de prova forte, robusta, da existência de ilícito penal” (2011, p. 127)

Ou seja, o *fumus comissi delicti* é consubstanciado a partir de prova de existência de um determinado fato criminoso, a materialidade propriamente dita, associada a indícios suficientes de autoria, evidências estas que devem ser

embasadas em elementos informativos colhidos na fase investigatória ou probatórios produzidos no curso do processo.

#### 2.1.1.2 Do *Periculum Libertatis*

Superada a análise acerca da admissibilidade objetiva, se faz imprescindível o exame quanto o *periculum libertatis*, que advém do perigo de estar em liberdade o investigado/acusado.

Portanto, não basta a existência do crime e indícios que levem à autoria, mas imprescindível a presença de alguma causa legal que evidencie o perigo de estar em liberdade, como o dano ou ameaça concreta a uma fonte probatória (ameaça a testemunha ou destruição de documento, por exemplo – caráter instrumental) que prejudique o regular trâmite no tocante à investigação ou processo, respeitando, sempre, a proporcionalidade da medida cautelar no caso concreto, no sentido de coibir os atos acima exemplificados.

### 3. DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é a medida cautelar pessoal mais gravosa existente na legislação processual penal, devendo sua aplicação ser considerada como de *ultima ratio*, ou seja, apenas em extrema necessidade, uma vez que reflete diretamente na restrição total da liberdade do acusado/réu/investigado, sem que haja uma condenação penal definitiva. Alexandre de Moraes da Rosa entende que:

As medidas cautelares podem se configurar como mecanismos de pressão cooperativa e/ou táticas de aniquilamento. A mais violenta é a prisão cautelar. A prisão do indiciado/acusado é modalidade de guerra com 'tática de aniquilação', uma vez que os movimentos da defesa estarão vinculados à soltura (p. 128 e 129, 2013).

Assim como as medidas cautelares diversas da prisão, é necessário a existência de necessidade e adequação ao caso concreto - atendimento ao caráter instrumental da prisão preventiva, o respeito aos princípios inerentes às medidas cautelares, no intuito de evitar risco à investigação ou instrução processual.

O decreto prisional preventivo encontra amparo legal no art. 311 do CPP, restringindo a legitimidade ativa para o pedido à autoridade policial, ao órgão

acusador, ao assistente de acusação e ao querelante (BRASIL, 1941). Após o advento do Pacote Anticrime (Lei n.º 13.964/2019), foi finalmente incluído na redação do dispositivo legal supra que em hipótese alguma é possível que o juiz decrete uma prisão preventiva de ofício, pois violaria diretamente o sistema processual acusatório. Nada obstante, o STJ editou a Súmula n.º 676 (2024), a qual assegura que: “Em razão da Lei n. 13.964/2019, não é mais possível ao juiz, de ofício, decretar ou converter prisão em flagrante em prisão preventiva”. Portanto, um marco importante para se desvencilhar da cultura inquisitória enraizada no processo penal brasileiro.

Outro fator importante a se mencionar no que tange à prisão preventiva é sua ausência de lapso temporal determinado. Como já exposto, a prisão preventiva precisa estar lastreada de fatos concretos a prejudicar a produção de elementos informativos ou produção probatória, devendo ser cessada imediatamente quando findar o perigo que fundamentou o decreto prisional (caráter instrumental). Sem prejuízo, há previsão legal no art. 316, do Código de Processo Penal que determina a revisão da prisão a cada 90 (noventa) dias, com a finalidade de verificar se os motivos que a ensejaram ainda encontram-se justificados. (BRASIL, 1941).

### 3.1. DO CABIMENTO

A prisão preventiva é admitida no ordenamento processual penal quando presentes um dos requisitos expressos no art. 313, do Código de Processo Penal cumulado com os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 312, do mesmo diploma penal. Prevê o art. 313 do CPP:

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 (BRASIL, 1941).

Da análise acerca do inciso I verifica-se a impossibilidade de aplicação da prisão preventiva em crimes culposos, sendo desproporcional a segregação cautelar em delitos que inexistem dolo.

Não obstante, o cabimento do inciso I se mostra desproporcional em algumas situações, como por exemplo quando esbarra na hipótese prevista no art. 282, §4º do CPP (BRASIL, 1941) o qual dispõe que “no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz (...) poderá decretar a prisão preventiva, nos termos do parágrafo único do art. 312 deste Código”. Ou seja, quando o sujeito descumpra uma das medidas cautelares diversas da prisão o juiz poderá decretar a prisão preventiva, independentemente da pena em abstrato do delito apurado ser superior a 4 anos.

A teor dessa problemática Aury Lopes Junior destaca que:

Nessa linha, somente em situações realmente excepcionais e por um curto período de tempo pode ser admitida a prisão preventiva decretada pelo descumprimento de medida cautelar diversa, em face de um delito cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a 4 anos (2025, p. 115).

Ou seja, embora a legislação admita a prisão preventiva apenas em crimes dolosos com pena máxima superior a 4 anos, existe uma relativização quando se trata do descumprimento das medidas cautelares alternativas à prisão. Contudo, em hipótese alguma, seja por pena abstrata máxima superior a 4 anos, seja por descumprimento das medidas do art. 319, do CPP, será admitida a prisão preventiva se não existirem os pressupostos de admissibilidade adiante tratados.

Já o inciso II se refere diretamente à reincidência do agente. Por óbvio, para caracterizar reincidência é necessário que exista uma sentença penal condenatória transitada em julgado, desde que o lapso temporal entre a extinção da pena e o cometimento do posterior delito seja de 5 anos (BRASIL, 1940).

Ao analisar o caráter instrumental da prisão preventiva quando admitida pelo requisito da reincidência, verifica-se que não atende à instrumentalidade. Isso porque a reincidência não deveria ser levada em consideração para o decreto preventivo, pois não deve o cometimento de um crime anterior sopesar na análise acerca de um fato que o indivíduo sequer foi condenado, devendo ser analisada,

quicá, quando da dosimetria da pena e não para admitir uma prisão preventiva. Sendo inclusive destacado por Aury Lopes Junior que se trata de flagrante *bis in idem* (2025, p. 116).

Trata-se de uma condição temerária, principalmente porque gera uma presunção de culpabilidade pela reincidência, em evidente antecipação de pena, o que deveria ser vedado (BRASIL, 1941).

Por sua vez, o inciso III, trata-se de uma acertada previsão pelo legislador, pois quando não respeitada a medida protetiva imposta, coloca-se em risco grupos de pessoas mais vulneráveis.

Ainda, na hipótese do sujeito recusar-se a identificar-se, cabível é a prisão preventiva, mas deve cessar imediatamente após a regular identificação do agente.

É válido reforçar, por fim, que, embora presente um dos vetores de cabimento, se ausentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* não é possível a segregação cautelar. Ademais, é vedada a preventiva em casos que a conduta está amparada por excludentes de ilicitude e culpabilidade, conforme art. 314, do CPP.

### 3.2. DOS REQUISITOS

Da mesma forma que a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, para justificar uma prisão preventiva é obrigatória a existência dos requisitos do art. 312, do CPP<sup>8</sup>, qual seja, o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova concreta de materialidade do delito e indícios suficientes de autoria e o *periculum libertatis*, inerente a liberdade do sujeito causar perigo atual para produção de elementos informativos e produção probatória, requisitos esses explanados nos itens 2.1.1.1 e 2.1.1.2.

#### 3.2.1 O *fumus Comissi Delicti* no crime de tráfico de drogas

O crime de tráfico de drogas é tipificado pela legislação penal extravagante, por meio da Lei n.º 11.343/2006 e, trata-se de crimes de uma norma penal em branco,

---

<sup>8</sup> 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.

isso porque a definição do que é de fato droga, é regulamentada pela Agência Nacional Vigilância Sanitária (ANVISA) na Portaria n.º 344 a qual dispõe quais são as substâncias ilícitas no Brasil.

Os verbos nucleares dos tipos penais de tráfico de drogas estão previstos no art. 33, caput, §§ 1º ao 3º, da Lei de Drogas, bem como também incide na Lei 11.343/2006 quem financia ou custeia a prática de qualquer dos verbos descritos nos dispositivos legais supra. Ao analisar a legislação, bem como entendimento jurisprudencial, não é punido com pena privativa de liberdade o usuário de drogas. Inclusive, no art. 28 consta expressamente as penas específicas para quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas, em desacordo com determinação legal (BRASIL, 2006).

Feitas estas considerações iniciais, para caracterizar a prova de materialidade no crime de tráfico de drogas é imprescindível a existência de apreensão da droga<sup>9</sup>, com a conseqüente produção do laudo pericial realizado pelo profissional apto a confirmar que de fato a apreensão se trata de uma substância ilícita (BRASIL, 2006).

Ou seja, para ensejar um decreto condenatório não serve um mero laudo provisório da droga, mas para a segregação da prisão preventiva sim. É o que consta no art. 50, § 1º, da Lei 11.343/06: “Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea” (BRASIL, 2006).

Nesse mesmo sentido vem entendendo os Tribunais Superiores:

“(…). 4. A materialidade do crime está devidamente comprovada pelo laudo de constatação preliminar, conforme informado nos autos e conforme pacífico entendimento do STJ de que a presença de laudo preliminar é suficiente para a comprovação inicial da materialidade, podendo a condenação se basear nesse documento. (...). IV. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.” (STJ, RHC n. 187.013/BA, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 5/11/2024, DJe de 11/11/2024).

---

<sup>9</sup> O tema ainda é controverso quando se trata do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, da Lei 11.343/2006).

É de se questionar a discrepância acerca da comprovação da materialidade em sede cautelar e em sede de sentença, uma vez que para condenar, uma constatação provisória não basta, mas para privar da liberdade provisoriamente, sem cognição exauriente é suficiente.

Superado o inconformismo quanto à provisoriedade do laudo de constatação para comprovar a materialidade do delito, não se pode abstrair os indícios de autoria, pois, mesmo com apreensão entorpecente, se não existirem elementos informativos ou probatórios acerca da autoria, não há como decretar uma prisão preventiva.

Nesse ponto, importante frisar que segundo Rogério Sanches Cunha (p. 149, 2011):

Em relação à autoria, se satisfaz o legislador com indícios suficientes, dispensando a certeza absoluta. Em suma, basta a probabilidade razoável da autoria delitiva, gerando a convicção de que o agente foi o autor da infração, pressuposto a ser aquilatado no caso concreto.

Portanto, diferentemente da materialidade que precisa ser devidamente comprovada, a autoria precisa existir indícios que sopesem sobre o indivíduo acerca do cometimento do delito.

### 3.2.2 O *Periculum Libertatis* para a prisão preventiva

O *periculum libertatis* se trata do perigo na liberdade do sujeito, fundamentado em efetivas chances da liberdade causar danos irreparáveis na produção de provas ou elementos informativos. Imprescindível a existência de risco atual para existir o perigo de liberdade. A par do tema entende Aury Lopes Junior que:

Para que uma prisão preventiva seja decretada, é necessário que o *periculum libertatis* seja atual, presente, não passado e tampouco futuro e incerto. A “atualidade do perigo” é elemento fundante da natureza cautelar. Prisão preventiva é “situacional” (provisional), ou seja, tutela uma situação fática presente, um risco atual (2023, p. 274).

Conforme prevê o art. 312, do Código de Processo Penal, o perigo de liberdade é fundamentado a partir da existência de alguns elementos.

Primeiramente, (i) o perigo à garantia da ordem econômica, de forma ampla, se refere quando o crime esteja relacionado à grande impacto financeiro.

Sobre o fundamento NUCCI afirma que: “Busca-se manter o Judiciário atento à chamada criminalidade invisível dos empresários e administradores de valores, especialmente os do setor público”. Todavia, não se pode esquecer que se trata de uma segregação cautelar, de nada agrega ao caráter instrumental da prisão preventiva.

Ainda, pode ser fundamentada a prisão preventiva (ii) por conveniência da instrução criminal, ou seja, para impedir, por exemplo, que testemunhas sejam coagidas, que documentos sejam destruídos, e (iii) para assegurar a aplicação da lei penal, em clássico exemplo de tentativa/evidência de fuga para esquivar-se do *jus puniendi*. Nestas hipóteses é possível perceber a concretização do caráter instrumental, na medida em que afronta diretamente a investigação ou a produção de provas para possível decreto condenatório no final do processo. Contudo, para manter a lisura, não se pode olvidar da contemporaneidade dos fatos, se não há indícios de que realmente uma testemunha esteja sendo coagida, por exemplo, não irá atender o caráter instrumental.

Por fim, a garantia da ordem pública, requisito controverso que revela diversos entendimentos, os quais serão abordados no item 3.3 do presente trabalho.

### 3.2.2.1 O *periculum libertatis* no crime de tráfico de drogas

Apesar da norma penal admitir apenas entendimento literal acerca do que o legislador estabeleceu, há um consenso implícito no sistema judiciário de que o perigo de liberdade de um acusado pelo crime de tráfico de drogas automaticamente é existente e goza de necessidade e de contemporaneidade perpétua.

Rizzo explana que o motivo dessa ligação direta do perigo de liberdade com o tráfico de drogas se dá “devido às origens discriminatórias, morais, econômicas e políticas da política internacional antidrogas, o delito de tráfico de drogas e a pessoa acusada de praticá-lo passaram por um longo processo de estigmatização e de demonização” (p. 10, 2024).

Por óbvio que existem casos de perigo atual do sujeito estar em liberdade. Mas o que se visualiza é a automática ligação entre tráfico de drogas e *periculum libertatis*, ou seja, se existiu um crime de tráfico de entorpecentes é presumido o perigo do sujeito responder em liberdade.

Isso se extrai do Relatório de Informações Penais realizado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN) que apurou que no segundo semestre de 2024, a população carcerária atingiu 670.792 detentos em cumprimento de pena privativa de liberdade, sendo que em regime fechado são 367.330, e os presos provisórios integram 182.882 da população carcerária brasileira. Ou seja, quase que 50% desses indivíduos em relação aos apenados em regime fechado sequer receberam uma sentença penal condenatória com trânsito em julgado, sendo na maioria, em decorrência de uma prisão totalmente arbitrária e indo de encontro aos princípios da presunção de inocência, proporcionalidade, temporariedade e, principalmente, do caráter instrumental das prisões cautelares.

Não obstante, conforme a mesma referência (SENAPPEN, 2º Semestre, 2024), os presos por tráfico de drogas no Brasil compreendem 173.446 pessoas. Em que pese não ter sido realizado um quantitativo desse número em relação a presos provisórios e sentenciados, é possível evidenciar uma discrepância enorme com os demais tipos penais, uma vez que, se realizar a soma dos detentos em regime fechado e os provisórios (os quais convivem nas mesmas celas) corresponde a aproximadamente 32%, ou seja, de inúmeros crimes previstos na legislação brasileira, o que mais encarcera é o tráfico de drogas.

O perigo de liberdade no crime de tráfico de drogas mormente é fundamentado a partir do direito material, ou seja, da própria gravidade que o tipo penal prevê, consubstanciado na garantia da ordem pública.

### 3.3 DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

O *periculum libertatis* da “garantia da ordem pública”, trata-se de fundamento para a decretação da prisão preventiva. Não obstante, a “garantia da ordem pública” preconizada pelo art. 312 do CPP (BRASIL, 1941) é extremamente vaga e aberta a diversas interpretações decorrentes do Poder Judiciário, notadamente dos tribunais, uma vez que o legislador não definiu seu real significado.

Ante a falta de definição de uma legalidade estrita, a ensejar referido espaço interpretativo ao requisito da garantia da ordem pública, ensejou, por sua vez, um escape no tocante ao balizamento do caráter instrumental das medidas cautelares e da prisão preventiva em apreço, a propiciar e fomentar o encarceramento em massa nos crimes de tráfico de drogas, uma vez que, conforme a análise dos julgados do

STJ, objeto deste trabalho, a justificativa para segregação preventiva pode se dissociar ao caráter instrumental aludido.

### 3.3.1 Significados da “Garantia da Ordem Pública”

Para Silveira:

O termo “garantia da ordem pública” é demasiadamente vago e adaptável às inúmeras situações. Ou seja, em um contexto de insegurança marcado pelo recrudescimento do sistema penal em suas mais diversas esferas, logicamente, o argumento é cotidianamente utilizado para fundamentar inúmeras prisões desnecessárias, sobretudo, quando os imputados pertencem aos estratos economicamente menos privilegiados da população (Silveira, 2015, p. 241).

No entendimento de Silveira, além da garantia da ordem pública não se amoldar a instrumentalidade do processo ou da investigação quando utilizada de forma ampla, vem sendo utilizada como encerramento em massa para privar a liberdade de pessoas.

Ainda Aury Lopes Junior entende que:

“Por ser um conceito vago, indeterminado, presta-se a qualquer senhor, diante de uma maleabilidade conceitual apavorante (...). Não sem razão, por sua vagueza e abertura, é o fundamento preferido, até porque ninguém sabe ao certo o que quer dizer... Nessa linha, é recorrente a definição de risco para a ordem pública como sinônimo de “clamor público”, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba a sua “tranquilidade”. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a “gravidade” ou “brutalidade” do delito como fundamento da prisão preventiva. Também há quem recorra à “credibilidade das instituições” como fundamento legitimante da segregação, no sentido de que, se não houver a prisão, o sistema de administração de justiça perderá credibilidade. A prisão seria um antídoto para a omissão do Poder Judiciário, Polícia e Ministério Público. É prender para reafirmar a “crença” no aparelho estatal repressor” (2025, p. 106).

Por sua vez, Aury possui um entendimento mais arrojado e extremamente alinhado tecnicamente ao processo penal. Isso porque repugna que a prisão preventiva com base na garantia da ordem pública seja decretada como forma de demonstrar para a sociedade que a segurança pública detém sob controle as organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas, por exemplo.

Conforme se constata, o termo possui diversas lacunas, pois são inúmeras as motivações e significados que podem ensejar a garantia da ordem pública.

Dessarte, o presente trabalho está focado em como a incerteza do termo da “garantia da ordem pública” pode se tornar um artifício legal para que o Ministério Público e o Poder Judiciário possam, em muitas vezes, fundamentar o referido perigo de liberdade sem embasamento real do fato concreto, mas a partir de mera fundamentação abstrata.

#### **4 METODOLOGIA**

Para GIL (2022, p.44) “A pesquisa bibliográfica é elaborada com base em material já publicado. Tradicionalmente, essa modalidade de pesquisa inclui ampla variedade de material impresso, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos”.

Nesse sentido, o trabalho foi elaborado a partir de uma pesquisa qualitativa, abrangendo pesquisa bibliográfica acerca do entendimento doutrinário do objeto da presente pesquisa, tendo em vista que será abordado um requisito legal de conceito aberto no Direito Processual Penal.

E, em decorrência disso, será ladeado por análise jurisprudencial, tendo em vista a insegurança jurídica que o tema revela, no intuito de entender de qual forma a corte superior vem delimitando e aplicando o entendimento sobre o que de fato é a garantia da ordem pública no processo penal brasileiro.

#### **5. PRISÃO PREVENTIVA NO TRÁFICO DE DROGAS E O POSICIONAMENTO DA 5ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)**

Inicialmente, cumpre esclarecer a razão pela qual foi escolhida como objeto de estudo a 5ª Turma da Câmara Criminal do STJ. Além do fato da referida corte superior ser a guardiã da lei processual penal, em frente ao atual cenário jurídico, chamou a atenção as decisões da 5ª Turma da 3ª Seção do STJ, especialmente, as que figuraram a Ministra Daniela Teixeira como relatora, as quais foram proferidas com técnica e respeitando o processo penal de garantias. Diferente de muitas decisões temerárias que tem se visto em sede de processo cautelar, especialmente no que diz respeito aos crimes tipificados no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Isso porque a prisão preventiva para a garantia da ordem pública vem sendo decretada nos crimes de tráfico de drogas como forma de resposta à sociedade,

para satisfazer o clamor público frente aos malefícios que as drogas causam aos usuários e suas famílias, ou seja, afastando-se da instrumentalidade. Apesar disso, o exercício punitivo será realizado após a condenação com trânsito em julgado e não em fase de processo cautelar.

### 5.1 AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS n.º 985967/SC

No Agravo Regimental no Habeas Corpus n.º 985967/SC, de relatoria do Min. Carlos Cini Marchionatti (Desembargador convidado), apesar da primariedade, foi mantida a prisão preventiva do acusado preso em flagrante delito pelo crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, para a garantia da ordem pública sob alegação de evitar a reiteração delitiva, embasada na indicação de anotações de atos infracionais e ações penais e inquéritos policiais em curso, natureza e quantidade da droga, bem como a apreensão de balança de precisão. Tendo sido fundamentada da seguinte forma:

“A expressiva quantidade de drogas apreendida na posse do réu - mais de 4kg (quatro quilogramas) de maconha, passível de comercialização por valores que chegam aos milhares de reais - foge da normalidade e, associada à ausência de comprovação do exercício de atividade lícita por parte do réu, configura forte indício de relação com o crime organizado e com a prática reiterada do tráfico de drogas” (p. 6, 2025).

Verifica-se que a prisão preventiva nesse caso em nada se amolda ao caráter instrumental da prisão preventiva explicado no item 2 da presente pesquisa, pois o simples fato do acusado não comprovar o exercício de atividade lícita não induz, automaticamente, seu envolvimento em organizações criminosas, constatando-se a ausência de contemporaneidade no *periculum libertatis*.

Ainda, vislumbra-se o argumento inidôneo da quantidade e natureza da droga apreendida. Isso porque a quantidade e a natureza da droga poderão sopesar em sede de dosimetria da pena, conforme prevê o art. 42, da Lei de Drogas (Brasil, 2006). Cabe salientar ainda, que não houve critério para determinar quais drogas podem ser desfavoráveis na circunstância judicial da natureza de droga.

Ademais, como se pode afirmar que a prisão preventiva irá evitar a reiteração do tráfico de drogas se sequer o acusado é reincidente, não obstante, mesmo que fosse, não se poderia presumir a reiteração delitiva, como relatado no

item 3.1. Portanto, vislumbra-se que segregar a liberdade com fulcro na suposição de futura reiteração imaginária do julgador, bem como na falta de critério e de momento processual adequado para sopesar a natureza e quantidade de droga apreendida não corrobora com a tutela da produção de elementos investigativos ou de prova (art. 282 do CPP), o que seria o real propósito a justificar a segregação cautelar, que no julgado sequer se ventila, evidenciando o não atendimento ao caráter instrumental.

## 5.2 AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS n.º 986101/SC

Por sua vez, no AgRg em HC n.º 986101/SC de relatoria do Min. Reynaldo Soares, o acusado foi preso em flagrante pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, onde foi apreendido 14,4g de maconha. Tendo sido segregada a prisão preventiva em razão da gravidade concreta do delito, consubstanciada na suposta associação para o tráfico de drogas. Isso porque, extrai-se do voto que o paciente era apontado como responsável por realizar as tele entregas dos entorpecentes.

Apesar da ínfima quantidade de drogas apreendida e a primariedade do denunciado, o julgador entendeu existir risco para a ordem pública na pessoa do impetrante porque, em tese, existem conversas com outros denunciados que possuem envolvimento com o tráfico. Segundo o Relator:

“O paciente estaria associado com outros acusados, em que foram apreendidas grande quantidade de drogas. Com o corréu Samuel, por exemplo, foram apreendidos 3.715,kg de maconha, 62,3g de cocaína e 249 comprimidos de ecstasy. Já o acusado Robert foi flagrado com 1.142,6g de cocaína, que possui alto valor no mercado” (p. 6).

O voto em questão trata-se de um extremo alcançado, pois foi justificada a prisão preventiva do recorrente, principalmente, levando em consideração os elementos e circunstâncias inerentes aos corréus do processo. Ou seja, sem nenhum embasamento real de perigo à produção de provas, tendo sido fundamentada a partir de quantidade e natureza de drogas apreendidas com outros indivíduos, e que se estivesse em liberdade continuará a delinquir, tendo em vista o *modus operandi* da suposta organização criminosa.

Ademais, reitera-se o exposto no item anterior, no que tange a fundamentação para a garantia da ordem pública acerca da natureza e quantidade da

droga, dado que em um contexto geral, os votos descritos nos itens 5.1 e 5.2 são similares, pois em nada corroboram a verdadeira necessidade da segregação cautelar, qual seja, proteção à produção de provas e/ou elementos investigativos (art. 282, CPP).

### 5.3 AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS n.º 985009/SP

No que tange a análise realizada no AgRg em HC n.º 985009/SP, relatado pelo Min. Messod Azulay Neto, o voto é incisivo ao constar que o risco de garantia da ordem pública está evidenciada na gravidade do delito e pela quantidade de drogas apreendidas.

*In casu*, o paciente teria empregado fuga ao ser avistado pela polícia, tendo, inclusive, entrado em luta corporal, momento no qual, supostamente, o paciente teria tentado pegar a arma de fogo no colete do policial. Consta ainda que, de quando da fuga, o paciente dispensou uma mochila, na qual foram encontrados 166 pinos de cocaína, 16 porções de maconha e R\$5.810,00 em dinheiro, evidenciado a periculosidade do agente (2025, p. 7).

A decisão não se associa ao caráter instrumental, pois a fundamentação a partir da natureza e quantidade das drogas não é motivação idônea, ainda, o fato do paciente ter empregado fuga pode caracterizar o *periculum libertatis* consubstanciado no risco da aplicação da lei penal e não da garantia da ordem pública, demonstrando, inclusive, o quão ampla pode ser o entendimento acerca do requisito “garantia da ordem pública”.

### 5.4 AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS n.º 207458/RS

Da análise do voto proferido no AgR em HC n.º 207458/RS, Reynaldo Soares Da Fonseca, trata-se da prisão preventiva pela imputação dos crimes de tráfico de drogas, associação para o tráfico e lavagem de dinheiro, sendo que a figura do paciente seria de distribuição de drogas em larga escala. A garantia da ordem pública foi consubstanciada através da gravidade dos crimes e a periculosidade do agente fundada na reincidência e indícios de envolvimento nos crimes citados. Assim fundamentou-se:

“A perseverança do agente na senda delitiva, comprovada pelos registros de crimes graves anteriores, enseja a decretação da prisão cautelar para a garantia da ordem pública como forma de conter a reiteração, resguardando, assim, o princípio da prevenção geral e o resultado útil do processo” (p. 16).

Ou seja, novamente o caráter instrumental da prisão preventiva se desassocia de sua própria essência, uma vez que está embasada nos registros de antecedentes criminais, supondo o julgador que o sujeito que praticou crime uma vez continuará praticando.

Ademais, indícios de envolvimento com o tráfico de drogas, por si só, não podem ensejar um decreto prisional provisório, senão demonstrada sua real necessidade e proporcionalidade para proteger a instrução probatória, o que *in casu*, padece.

5.5 AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS n.º 193195/RS, 958134/RS, HC n.º 207456/RS e 208446/SP.

No AgR em HC n.º 193195 de relatoria do Min. Carlos Cini Marchionatti, a prisão preventiva do paciente decorre da deflagração da operação “*Downfall*”, fundamentada para a garantia da ordem pública visando desarticular suposta perigosa organização criminosa voltada, entre diversos crimes, para o tráfico de drogas. Vejamos:

“(…) diante dos indícios de autoria relativos ao agravante, que se destaca como um conhecimento criminoso de Paranaguá, com extenso histórico por tráfico de drogas, associação para o tráfico e porte ilegal de arma, além de sua atuação ativa no âmbito da organização criminosa, voltada ao tráfico de drogas no Estado do Paraná, com ramificações no Estados de São Paulo, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul. Supostamente, sua atuação se caracteriza pela violência, com a finalidade de eliminar membros de facções rivais - em especial, do PCC, no litoral sul-, objetivando assumir o controle do tráfico internacional de drogas na região” (pgs. 8 e 9).

Por sua vez, o AgRg no HC n.º 958134/RS, o qual possui como relator o Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, a segregação da liberdade do paciente se deu para a garantia da ordem pública, ante a gravidade concreta da conduta e periculosidade do agente, com o objetivo principal de desestruturar organização criminosa. Segundo o voto, as investigações colocam o paciente como fornecedor de insumos utilizados para a produção da cocaína de uma organização criminosa altamente estruturada e voltada aos crimes de tráfico de drogas e lavagem de capitais. Frisa-se que não foram apreendidas drogas ou matéria-prima com o paciente, tão

somente conversas em aplicativo de mensagens, nas quais, supostamente, ele fornece os insumos disponíveis.

Já no Atinente ao AgRg em HC n.º 207456/RS, sendo relator o Min. Reynaldo Soares, a garantia da ordem pública para fundamentar a prisão preventiva foi em decorrência de persecução penal relativa ao crime de organização criminosa envolvendo o tráfico de drogas. A autoridade policial apontou o paciente como “braço direito” de um líder de facção, sendo que sua função na ORCRIM seria de receber os “juros” referente às drogas fornecidas a prazo.

Da mesma forma que o precedente analisado anteriormente, não foi realizada apreensão de droga com o paciente, tampouco outros indícios que o ligam a ORCRIM, sendo, no ponto, encontrada anotações no aparelho celular de outro investigado que induzem a informação de que o paciente seria o responsável financeiro da facção, ainda, foram os indícios de autoria embasadas em uma fotografia do paciente com o líder da ORCRIM, alegando, através de conjectura subjetiva que ao possuírem uma fotografia junto, automaticamente são irmãos de facção.

Ainda, relativo ao AgRg em HC n.º 208446/SP, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, a prisão preventiva para a garantia da ordem pública decorreu no âmbito da Operação *Magnus Dominus*, sendo narrada a conduta e o *periculum libertatis* da seguinte forma:

O agravante participaria/comandaria organização criminosa armada e fortemente estruturada, que, supostamente, atuavam na segurança privada do agravante e de sua família, o Clã Mota, de modo a garantir a segurança do tráfico transnacional de drogas e de armas na região, principalmente na faixa de fronteira do Brasil com o Paraguai, inclusive, com a ajuda de funcionários públicos para facilitar a prática dos crimes (p. 22, 2025).

Incluiu-se ainda, no voto, como forma de evidenciar o *periculum libertatis* e negativa de concessão de medidas cautelares alternativas à prisão, o fato do agravante se encontrar foragido da Justiça.

Nos julgados em apreço, por um lado é possível visualizar o abalo à ordem pública, e a consonância entre a prisão preventiva e seu caráter instrumental. Isso porque as prisões cautelares podem levar à desarticulação das supostas organizações criminosas, as quais estão ramificadas em diversas localidades e perpetuando inúmeras condutas ilícitas e graves da lei penal, podendo, inclusive, atrapalhar na produção do acervo probatório, colocando em risco a instrução

processual ou a produção de elementos informativos, como intimidar testemunhas e/ou destruir provas documentais ou periciais.

De outra banda, também é possível visualizar que a medida prisional para a garantia da ordem pública não se sustenta, uma vez que os maiores líderes e braços de facções criminosas agem de dentro das cadeias. “Pelo menos quatro casos envolvendo grupos de presos que comandam o mundo do crime fora das cadeias ganharam repercussão neste ano” (Federação Nacional dos Policiais Federais - FENAPEF, 2018).

Portanto, querendo, poderão coagir testemunhas e inutilizar provas, sendo, dessa forma, prescindível a prisão preventiva para o fim que lhe é dado, e fundamentadas, em sua maioria, a partir de indícios superficiais de autoria.

## 5.6 AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS n.º 212353/MG

*In casu*, o paciente/agravante foi preso em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, tendo sido convertido em prisão preventiva para a garantia da ordem pública sob o perigo de liberdade consubstanciado na gravidade concreta dos fatos, para evitar reiteração delitiva e diante da quantidade e variedade das drogas apreendidas.

Quando do flagrante, o paciente foi encontrado em um quarto inabitado de um prédio, o qual era, em tese, utilizado para a traficância. Foram apreendidas uma barra fracionada de maconha, 07 micro tubos de cocaína e uma balança digital. Sendo que posteriormente a ROTAM se deslocou até a residência do agravante, tendo sido encontrados duas balanças digitais, 208 micro tubos com cocaína, 88 micro tubos com *skunk* (maconha), 7 porções de haxixe, 6 porções de MDMA, 1 frasco de loló, 1 rádio transmissor e R\$ 200,00 em espécie.

Ora, tais apreensões servem como embasamento para uma futura condenação, jamais, por si só, devem ser utilizadas como fundamento de prisão cautelar, pois, nesse momento, as drogas servem para comprovar a materialidade do crime e não para por em risco a investigação ou instrução criminal. Frisa-se, ainda, que trata-se de agente primário e não foi demonstrado sequer indícios no perigo de liberdade do agravante, não foi evidenciada a imprescindibilidade da medida, uma vez que as circunstâncias não são aptas a atrapalhar a persecução penal, portanto, a prisão preventiva não se amolda ao seu caráter instrumental.

Portanto, o voto vai em total afronta ao Código de Processo Penal, usurpando a necessidade e adequação prevista no art. 282, do respectivo diploma legal.

#### 5.7 AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS n.º 214960/RS

Por fim, passa-se a análise do AgRg no HC n.º 214960/RS de relatoria do Min. Carlos Cini Marchionatti, no qual, o paciente/agravante, foi preso em flagrante com terceira pessoa, tendo sido apreendidos 602 porções de cocaína e 400 porções de *crack*, aduzindo que por se tratar de alto valor econômico alude que o paciente integra organização criminosa.

Ainda, fundamentou que a prisão preventiva encontra respaldo legal uma vez que: “há expressiva quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos, além de balança de precisão, materiais de embalagem e dinheiro em espécie, o que revela a periculosidade concreta e estrutura voltada à mercancia”.

O que se indica pelo nobre Ministro são circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal, em nada se revelando a necessidade da relativização da presunção de inocência. Mais grave ainda é a suposição de que o paciente, mesmo sendo primário, por ter sido encontrado consigo quantidade considerável de entorpecentes, este integra facção.

Ou seja, novamente, a prisão preventiva se mostra desnecessária quando analisada sob a luz do seu caráter instrumental, isto é, se dá em um contexto integralmente arbitrário e temerário.

## 6 CONCLUSÃO

A partir dos acórdãos filtrados e analisados foi possível concluir que a expressão “garantia da ordem pública” para a 5ª Turma do STJ, relativamente aos crimes de tráfico de drogas, significa dizer que se consubstancia na periculosidade do agente através da gravidade da conduta, como forma de coibir a reiteração delitiva e também possui entendimento que é ligada diretamente à quantidade e natureza de droga apreendida.

Trata-se de enquadramento equivocado, pois a gravidade da conduta é inerente ao próprio tipo penal, o qual, inclusive, possui grau de reprovabilidade maior,

uma vez que o tráfico ilícito de entorpecentes se enquadra em crime equiparado a hediondo, devendo, portanto, ser considerada a gravidade da conduta em sede de eventual condenação. A alegação de evitar reiteração delitiva se perfaz através de cognição imaginária do julgador, uma vez que se trata de um futuro incerto, não podendo sopesar algo inexistente, que pode ou não vir a acontecer, para retirar a liberdade de um indivíduo.

Ainda, relativamente à ligação da garantia da ordem pública com a quantidade e natureza da droga, não há critérios estabelecidos. É possível verificar que a apreensão de 14,4g de maconha (item. 5.2) tem a mesma gravidade que vultosas quantidades de drogas (item 5.7). Ademais, embora houvesse um parâmetro, essa análise deveria ser realizada quando da dosimetria da pena, pois novamente, se trata de consequências do próprio tipo penal. Ademais, há outro ponto crítico nessa definição de garantia da ordem pública, pois não há distinção na natureza da droga, ou seja, aplica-se a todos, desde o sujeito que trafica maconha ao que vende *crack*.

Em suma, através da presente pesquisa foi possível verificar que o termo “garantia da ordem pública” como fundamentação para a decretação da prisão preventiva no crime de tráfico de drogas, ao invés de ser modulada para restringir o significado do fundamento, continua sendo utilizada como artifício legal pelo Poder Judiciário para decretar prisões preventivas em massa nos crimes de tráfico de drogas. Utilizando da tutela processual como nítida antecipação de pena, a qual, por muitas vezes, ao chegar no final do processo de conhecimento o réu é absolvido ou então reconhecida a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, e esta poderá ser cumprida inicialmente em regime aberto, ferindo, portanto, o princípio da proporcionalidade.

É dizer que em sua maioria, o entendimento atual da 5ª Turma do STJ não respeita o caráter instrumental da prisão preventiva, não a visualiza como uma hipótese de exceção a que se destina ao seu único fim: o de proteger e assegurar a produção e manutenção dos elementos investigativos e de provas, da investigação ou instrução criminal, respectivamente. Ao contrário, o termo vem sendo empregado como forma de resposta à sociedade, na tentativa de demonstrar que a segurança pública está sob controle, utilizando da prisão preventiva para tentar combater o problema das drogas, seja no aspecto criminal ou social.

Quando se menciona em não respeitar o caráter instrumental, é dizer que em muitos casos que a garantia da ordem pública é utilizada para a decretação da

prisão preventiva esta poderia ser evitada, na medida em que não está evidenciado o perigo para a investigação ou instrução processual. Como por exemplo em vagas fundamentações, ou na proporcionalidade da medida com o fato, que muito bem pode se amoldar às hipóteses de medidas alternativas à prisão, as quais por muitas vezes são esquecidas, quando deveriam ser as primeiras opções para a tutela da investigação ou da instrução criminal.

Portanto, a prisão preventiva deve ser tratada pelo que ela é, uma exceção à liberdade antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, de modo a sempre que possível, a liberdade do agente se manter e eventual crime praticado ser punido no momento oportuno. E por fim, cabe ao legislador trazer expressamente o que de fato é a garantia da ordem pública, a fim de que não existam mais lacunas que podem ser moldadas, de forma a prezar pelo processo penal de garantias.

## **THE APPLICATION OF THE GUARANTEE OF PUBLIC ORDER IN PREVENTIVE DETENTION FOR THE CRIME OF DRUG TRAFFICKING ACCORDING TO THE CURRENT POSITION OF THE 5TH PANEL OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE: EXCEPTION OR RULE?**

**Abstract:** This article aims to analyze the current position of the 5th Panel of the Superior Court of Justice (STJ) regarding the current legal scenario concerning the requirement of "guarantee of public order," as stipulated in the Brazilian Code of Criminal Procedure (CPP), verifying whether it meets the instrumental character of precautionary measures in crimes typified in Law 11.343/2006. This is a qualitative bibliographic and jurisprudential research. The search included rulings from the first half of 2025 that address the meaning of "guarantee of public order," since it is an open and broad requirement that can be interpreted in various ways and used as a legal artifice to restrict an individual's freedom. Therefore, it will be analyzed whether the current understanding of this Superior Court respects the guarantees of criminal procedure that exist in Brazil and whether preventive detention is being used as a last resort, since it is the most severe precautionary measure existing in the Criminal Procedure Law.

**Keywords:** Preventive Detention. Guarantee of Public Order. Drug Trafficking. Instrumental Nature. Precautionary Measure.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 11 set. 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 986101/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202500723654&dt\\_publicacao=10/06/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202500723654&dt_publicacao=10/06/2025)>. Acesso em 23. Ago. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 214960/RS, 5ª Turma. Rel. Carlos Cini Marchionatti. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202501422021&dt\\_publicacao=02/06/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202501422021&dt_publicacao=02/06/2025)>. Acesso em 23. Ago. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 193195/RS, 5ª Turma. Rel. Carlos Cini Marchionatti (desembargador convidado do TJPR). Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202400326612&dt\\_publicacao=19/05/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202400326612&dt_publicacao=19/05/2025)>. Acesso em 23. Ago. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 985967/SC, 5ª Turma. Rel. Carlos Cini Marchionatti (desembargador convidado do TJPR). Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202500715313&dt\\_publicacao=28/04/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202500715313&dt_publicacao=28/04/2025)>. Acesso em 23. Ago. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 212353/MG, 5ª Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202500727734&dt\\_publicacao=10/04/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202500727734&dt_publicacao=10/04/2025)>. Acesso em 23. Ago. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 985009/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Messod Azulay Neto. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202500672288&dt\\_publicacao=08/04/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202500672288&dt_publicacao=08/04/2025)>. Acesso em 24. Ago. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 208446/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202404547354&dt\\_publicacao=10/03/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202404547354&dt_publicacao=10/03/2025)>. Acesso em 23. Ago. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Habeas Corpus nº 958134/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202404161519&dt\\_publicacao=05/03/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202404161519&dt_publicacao=05/03/2025)>. Acesso em 23. Ago. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 207456/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202404292350&dt\\_publicacao=05/03/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202404292350&dt_publicacao=05/03/2025)>. Acesso em 23. Ago. 2025.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Recurso em Habeas Corpus nº 207458/RS, 5ª Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202404292147&dt\\_publicacao=26/02/2025](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202404292147&dt_publicacao=26/02/2025)>. Acesso em 23. Ago. 2025.

BRASIL. Lei Nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Lei de Drogas**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em 28. fev. 2025.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatório Estatístico-Analítico do Sistema Prisional no Brasil - do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) do Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em: <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>>. Acesso em: 12 set. 2024.

BRASIL. Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF). **Líderes de facções comandam o crime de dentro da cadeia**. Disponível em: <<https://fenapef.org.br/lideres-de-faccoes-comandam-o-crime-de-dentro-da-cadeia>>. Acesso em: 12 out. 2025.

GIL, Antonio C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa** . 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2022. *E-book*. pág.44. ISBN 9786559771653. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559771653/>. Acesso em: 04 dez. 2024. Acesso em: 22 nov. 2024.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 01.set. 2024.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025**. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. *E-book*. p.14. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 19 abr. 2025.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal - 22ª Edição 2025**. 22. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. *E-book*. p.14. ISBN 9788553625673. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553625673/>. Acesso em: 19 abr. 2025. *apud* MARTINEZ, Sara Aragonese et al. **Derecho Procesal Penal**. 2. ed. Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1996, p. 387.

LOPES JR., Aury. **Prisões Cautelares e Habeas Corpus - 10ª Edição 2025** . 10. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. *E-book*. pág.97. ISBN 9788553624027. Disponível

em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553624027/>. Acesso em: 20 agosto 2025.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2012. *E-book*. p.49. ISBN 9788502155374. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502155374/>. Acesso em: 21 abr. 2025.

MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas - Aspectos Penais e Processuais - 4ª Edição 2025**. 4.ed. Rio de Janeiro: Método, 2025. *E-book*. p.Capa. ISBN 9788530997342. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530997342/>. Acesso em: 07 ago. 2025.

MESQUITA, C.A.L.; CARDOSO, V.G.S.; COSTA, J.S. Da. Presunção de Inocência Analisada em Relação à Decretação da Prisão Preventiva Durante a Persecução Penal. **Revista Ibero - Americana de Humanidades, Ciências e Educação**: São Paulo, v.10, 2024. ISSN - 2675 - 3375. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/14118/7126>. Acesso em: 10 set. 2024.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649280/>. Acesso em: 09 set. 2024.

PRADO, *Luiz Regis*, 2007, apud, MESSA, Ana F. **Prisão e Liberdade** . São Paulo: Grupo Almedina, 2020. *E-book*. ISBN 9788584935765. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935765/>. Acesso em: 02 set. 2024.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos R. **Lei de Drogas - 3ª Edição 2014** . Rio de Janeiro: Atlas, 2015. *E-book*. p.Capa. ISBN 9788597000801. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597000801/>. Acesso em: 13 out. 2025.

SILVEIRA, S.L. A banalização da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, pp. 213 - 244, jul./dez. 2015 disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1734>. acesso em: 25.ago. 2024.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal - 30. ed**. Rio de Janeiro: Atlas, 2023. *E-book*. p.444. ISBN 9786559773060. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559773060/>. Acesso em: 22 abr. 2025.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos R. **Lei de Drogas - 3ª Edição 2014** . Rio de Janeiro: Atlas, 2015. *E-book*. p.Capa. ISBN 9788597000801. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597000801/>>. Acesso em: 13 jul. 2025.