



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOÃO PEDRO DUTRA MELO

**A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO DELITO DE
ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS**

**LAVRAS-MG
2021**

JOÃO PEDRO DUTRA MELO

**A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO DELITO DE
ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS**

Monografia apresentado ao Centro
Universitário de Lavras, como parte
das exigências do curso de
Bacharelado em Direito.
Orientadora: Profa. Ma. Walkiria
Oliveira Castanheira

**LAVRAS-MG
2021**

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

M528a Melo, João Pedro Dutra.
A aplicabilidade da prisão preventiva no delito de
associação para o tráfico de drogas; orientação de
Walkiria De Oliveira Castanheira. -- Lavras: Unilavras,
2021.
40 f.

Monografia apresentada ao Unilavras como parte
das exigências do curso de graduação em Direito.

1. Lei de drogas. 2. Prisão preventiva. 3.
Persecução penal. 4. Associação para o tráfico. I.
Castanheira, Walkiria de Oliveira (Orient.). II. Título.

JOÃO PEDRO DUTRA MELO

**A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO DELITO DE
ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS**

Monografia apresentado ao Centro
Universitário de Lavras, como parte
das exigências do curso de
Bacharelado em Direito.
Orientadora: Profa. Ma. Walkiria
Oliveira Castanheira

APROVADO EM: 19/10/2021

ORIENTADORA

Profa. Ma. Walkiria de Oliveira Castanheira/UNILAVRAS

PRESIDENTE DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denílson Victor Machado Teixeira/UNILAVRAS

**LAVRAS-MG
2021**

Aos meus pais, Nilma e Vicente.

Aos meus irmãos Queilher e Quênia.

As minhas avós Ione e Regina.

AGRADECIMENTOS

À Deus por ter guiado meu caminho ao longo desta etapa, meu companheiro de todas as horas.

Aos meus pais, Vicente e Nilma, por todo apoio e incentivo, por permitirem que tudo isso fosse capaz.

Aos meus irmãos Queilher e Quênia, meus companheiros nesta jornada.

As minhas avós, Ione e Regina, por sempre carinhosamente me incentivarem a buscar os meus objetivos.

A todo corpo docente do Unilavras pelos ensinamentos e amizade ao longo dessa etapa.

À minha orientadora, Profa. Walkiria, em especial, por toda ajuda e ensinamentos.

Aos meus amigos, Larissa, Amanda, Lucas, Audrey e Sabrina, por estarem sempre comigo ao longo destes anos.

*“A justiça não consiste em ser neutro
entre o certo e o errado, mas em
descobrir o certo e sustenta-lo, onde
quer que ele se encontre, contra o
errado.”*

(Theodore Roosevelt)

RESUMO

Introdução: A prisão preventiva tem por finalidade garantir à ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução penal, viabilizando ainda garantir a aplicação da lei penal, quando presentes os indícios suficientes de autoria e prova de materialidade. **Objetivo:** A presente monografia tem como finalidade fazer uma análise da cautelar de prisão preventiva e sua aplicabilidade no delito de associação para o tráfico de drogas, crime tipificado no art.35 da lei 11.343/06, destacando o posicionamento da doutrina majoritária e dos tribunais brasileiros. Ademais, discorre-se ainda a inexistência de impedimentos e o não afrontamento aos princípios constitucionais, tais como legalidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e a presunção de inocência. **Metodologia:** A metodologia utilizada na presente monografia é o método essencial da pesquisa bibliográfica, utilizando-se de uma abordagem qualitativa, descritiva e exploratória. **Resultados:** Conforme demonstrado no presente trabalho a prisão preventiva visa estabelecer a segurança da sociedade e da própria persecução penal, o delito de associação para o tráfico, como evidenciado ao longo deste trabalho, traz ao agente um status maior de periculosidade e a decretação da prisão preventiva gera maior segurança ao convívio social e a toda *persecutio criminis*. **Conclusão:** A prisão preventiva quando presentes os seus requisitos e pressupostos autorizadores permitem a sua decretação para o crime de associação para o tráfico, uma vez que o perigo na demora pode ocasionar riscos para toda a sociedade e para a persecução penal.

Palavras-chave: Lei de drogas, prisão preventiva, persecução penal, associação para o tráfico.

ABSTRACT

Introduction: The purpose of preventive detention is to guarantee public order, economic order, the convenience of criminal instruction, while also ensuring the application of criminal law, when sufficient evidence of authorship and proof of materiality are present. **Objective:** This monograph is able to make an analysis of preventive detention and its applicability in the crime of association for drug trafficking, a crime typified in art.35 of law 11.343 / 06, highlighting the position of the majority doctrine and the Brazilian courts. Furthermore, it also discusses the inexistence of impediments and the non-confrontation of constitutional principles, such as legality, due process of law, adversary proceedings, ample defense and the presumption of innocence. **Methodology:** The methodology used in this monograph is the essential method of bibliographic research, using a qualitative, descriptive and exploratory approach. **Results:** As shown in this study, preventive detention aims to establish the safety of society and the criminal prosecution itself, the crime of association with trafficking, as evidenced throughout this work, brings the agent a greater status of dangerousness and the decree of imprisonment preventive measures generate greater security for social interaction and all *persecutio criminis*. **Conclusion:** Preventive detention, when its requirements and authorizing assumptions are present, allow its decree for the crime of association with trafficking, since the danger of delay can pose risks to society as a whole and to criminal prosecution.

Keywords: Drug law, preventive detention, criminal prosecution, drug trafficking association.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 REVISÃO DE LITERATURA.....	14
2.1 PRISÃO PREVENTIVA DEFINIÇÃO E EMBASAMENTO LEGAL	14
2.2 REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA	15
2.2.1 Garantia da ordem pública	15
2.2.2 A garantia da ordem econômica.....	16
2.2.3 A conveniência da instrução penal	17
2.2.4 Garantir a aplicação da lei penal.....	18
2.3 REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA	19
2.3.1 Fumus Comissi Delict.....	19
2.3.2 Periculum libertatis	20
2.4 ANÁLISE DA LEI 11.343/06	20
2.4.1 Art. 35	20
2.4.2 Art. 33	21
2.4.3 Art. 34	22
2.4.4 Art. 36	22
2.5 A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO	23
2.5.1 Presença de Pressupostos e requisitos	23
2.5.2 Entendimento dos tribunais acerca da prisão preventiva	26
2.6 OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	29
2.6.1 Devido processo legal	29
2.6.2 Contraditório e a ampla defesa.....	30
2.6.3 Presunção de Inocência	31
2.6.4 Legalidade	32
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS	34
4 CONCLUSÃO.....	36
REFERÊNCIAS.....	38

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto de monografia tem por finalidade analisar o processo penal brasileiro no que diz respeito à aplicabilidade da prisão preventiva no delito de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da lei 11.343/06, BRASIL, 2006, destacando os aspectos doutrinários defendidos por doutrinadores processualistas penais e constitucionais, demonstrando a constitucionalidade da prisão preventiva e sua adequação junto aos princípios constitucionais.

O texto constitucional de 1988 permite a aplicação da prisão preventiva em seu art. 5º inciso LXI ao determinar como hipótese legal de prisão a ordem fundamentada da autoridade competente. Desta feita surge-se a possibilidade da decretação das prisões cautelares, exigindo-se para sua efetivação a ordem fundamentada da autoridade competente.

Os pressupostos para configuração da prisão preventiva estão presentes no art. 312 do Código De Processo Penal (BRASIL, 1941), sendo eles, a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal, quando configurados os indícios de autoria e prova de materialidade. Neste contexto, ao se tratar dos requisitos do mencionado artigo, surge-se a figura do *periculum libertatis*, que se traduzem na ideia do perigo na liberdade do indivíduo, ao passo que a materialidade delitiva e os indícios de autoria constituem o *fumus comissi delicti*.

Para propiciar uma análise mais abrangente, a seguir serão tratados cada um dos requisitos, enaltecendo-os como fundamentação para decretação da referida cautelar, especificadamente para o delito tipificado no art.35 da lei 11.343, BRASIL, 2006.

Dentre as hipóteses de aplicabilidade da prisão preventiva, previstas no art.313 do código de processo penal (BRASIL, 1941), destaca-se a possibilidade da aplicação nos delitos com pena máxima de reclusão superior a quatro anos de reclusão.

Vale destacar que o delito de associação para o trafico, previsto no art.35 da Lei 11.343/2006 possui como pena, reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, ou seja, o delito em tela possui pena máxima superior a 4 (quatro) anos,

evidenciando-se a aplicabilidade da cautelar com base no art.313, inc. I da Lei 11.343/06.

Destaca-se que o delito de tráfico apresenta vários núcleos, constituindo um tipo misto alternativo, onde o legislador buscou tipificar diversas condutas que caracterizam o delito em tela, de forma a impedir a impunidade para determinadas condutas que contribuem para o avanço da criminalidade.

O delito de associação para o tráfico engloba uma diversidade de condutas, como as previstas no delito de tráfico previsto no art. 33 caput, suas condutas equiparadas no § 1º, bem como as hipóteses relacionadas aos maquinários previstas no art. 34 e a figura do financiamento ou custeio de forma reiterada prevista no art. 36, ambos previstos na lei 11.343/06.

O presente visa ainda demonstrar os entendimentos dos tribunais brasileiros, tais como o TJMG, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o STJ, Superior Tribunal de Justiça e também do STF, Supremo Tribunal Federal, apontando os respectivos aspectos favoráveis à decretação da prisão preventiva, a sua legalidade e a sua necessidade para fins de garantir a segurança da sociedade e também da persecução penal.

As cortes supracitadas são pacíficas ao apresentar a aplicabilidade da prisão preventiva quando presentes os requisitos autorizadores, visto que associados para o tráfico em sua grande parte apresentam grande índice de periculosidade, e como forma de garantir-se a ordem pública, econômica, bem como a conveniência da instrução penal e aplicação da lei se faz necessária a aplicação de tal medida como meio de garantir a segurança pública e também de toda a persecução, seja na fase investigativa ou processual.

Por fim apresenta-se a análise dos princípios constitucionais, evidenciando que os mesmos não são afrontados e não são considerados como impeditivos para a cautelar, princípios estes como o devido processo legal, legalidade, contraditório, ampla defesa e a presunção de inocência, os quais são devidamente assegurados no curso da persecução.

Busca-se ainda elucidar que a decretação da prisão preventiva não consiste em uma mera antecipação da pena, mas sim de uma medida cautelar que visa garantir a segurança da sociedade e da persecução penal, de forma que não se ofende a presunção de inocência.

2 REVISÃO DE LITERATURA

2.1 PRISÃO PREVENTIVA DEFINIÇÃO E EMBASAMENTO LEGAL

Preliminarmente é importante observarmos a definição legal da prisão e o seu embasamento legal, salienta-se que se trata da privação da liberdade de locomoção, prevista no art.5º, inc. LXI, da Constituição Federal de 1988, BRASIL. O referido mandamento legal preceitua a possibilidade de realizar-se a prisão de uma pessoa em flagrante ou ordenadamente pela autoridade competente, neste aspecto surge à possibilidade da decretação da prisão preventiva.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. (BRASIL, 1988).

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. (GUILHERME SOUZA NUCCI, 2020, p. 341).

O art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, (BRASIL, 1941), versa sobre a prisão preventiva apresentando os requisitos para a sua aplicabilidade, quais sejam a prova de existência de crime, indícios de autoria, perigo na liberdade do agente, podendo ser aplicada como garantia da ordem pública, econômica, e também para a garantia da aplicação da lei e conveniência da instrução penal.

Prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores. (FERNANDO CAPEZ, 2020, p.130).

Conforme demonstrado, a referida cautelar pode ser decretada em qualquer momento da persecução penal, seja na parte inquisitória no bojo do inquérito policial, seja na fase processual, desde que evidenciados as hipóteses legais.

Trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou do réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei. (GUILHERME SOUZA NUCCI, 2020, p. 360).

Cabe ainda destacar as hipóteses de cabimento da prisão preventiva, estas previstas no art. 313, que preceitua:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

2.2 REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

2.2.1 Garantia da ordem pública

A ordem pública é uma garantia real para que se possa viver em sociedade, para que se tenha um bom convívio social e para que as pessoas possam viver em paz, sem preocupar-se com a criminalidade e então viver sem receios de ter sua integridade afetada ou ameaçada.

A prisão cautelar é decretada com a finalidade de impedir que o agente, solto, continue a delinquir, não se podendo aguardar o término do processo para, somente então, retirá-lo do convívio social. Neste caso, a natural demora da persecução penal põe em risco a sociedade. É caso típico de *periculum in mora*. (FERNANDO CAPEZ, 2020, p.130.)

A garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva atenta-se ao pressuposto do perigo na demora, uma vez que aquele que

continua a delinquir passa a perturbar a paz social, cometendo novos delitos, colocando em risco a segurança pública, afetando a ordem social e a dignidade das pessoas.

Percebe-se, de imediato, que a prisão para garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social. (EUGÊNIO PACELLI, 2020, p.420.)

O requisito da garantia da ordem pública destina-se a evitar o cometimento reiterado de novos crimes cometidos por aqueles que já estão inclusos na persecução penal, resta claro ainda, que a demora no recolhimento do delinquente ao cárcere pode resultar na perturbação da paz social e insegurança para o convívio em sociedade.

Logo, frisa-se que a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva é um importante instrumento para frear a criminalidade daqueles que a utilizam como modo de vida, de modo a trazer a tranquilidade e a paz no meio social, para que as pessoas possam viver em um ambiente com a ordem garantida.

2.2.2 A garantia da ordem econômica

Como defendido por muitos doutrinadores, pode ser considerada um desdobramento da garantia da ordem pública, a referida fundamentação para prisão preventiva foi incluída pela lei 8.884/1994, que dispõe sobre prevenção e repressão a crimes contra a ordem econômica.

Na realidade, trata-se de uma variável da garantia da ordem pública, apenas um pouco mais específica do que esta, sendo relacionada a uma determinada categoria de crimes, quais sejam, aqueles que, de acordo com o art. 36, I a IV, da Lei 12.529/2011, tenham por objetivo limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante. (NOBERTO AVENA, 2021, p 1029).

Conforme sustentado pelo autor acima mencionado, trata-se de uma categoria específica que abrange um rol de crimes econômicos, considerando este requisito como uma forma de garantir a própria ordem pública.

Partindo de um entendimento semelhante CAPEZ, 2020, defende que a garantia da ordem econômica trata-se de uma repetição do requisito “garantia da ordem pública”.

É evidente que o cometimento de delitos que ameaçam o bom funcionamento da ordem econômica pode causar grandes instabilidades, e o recolhimento de criminosos que atuam desta forma ao cárcere além de diminuir tal instabilidade contribuem também para uma maior garantia a ordem pública.

2.2.3 A conveniência da instrução penal

A prisão preventiva tem como um de seus requisitos a conveniência para a instrução penal, à medida que se considera a liberdade do indiciado ou réu como uma ameaça a instrução penal.

É evidente que o agente solto passe a tentar garantir sua impunidade, seja obstruindo provas, ameaçando eventuais testemunhas, alterando o estado de preservação de locais de crimes, de forma a dificultar o trabalho das autoridades.

Visa a impedir que o agente perturbe ou impeça a produção de provas, ameaçando testemunhas, apagando vestígios do crime, destruindo documentos etc. Evidente aqui o periculum in mora, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo. Embora a lei utilize o termo conveniência, na verdade, dada a natureza excepcional com que se reveste a prisão preventiva (CPP, art. 282, § 6º), deve-se interpretá-la como necessidade, e não mera conveniência. (CAPEZ, 2020, p. 131).

Logo se elucida que a liberdade do indivíduo pode prejudicar a persecução penal, posto que além de prejudicar a instrução obstruindo provas, pode-se originar o cometimento de novos delitos para encobrir condutas delituosas, infringindo ainda a dignidade de pessoas, como eventuais testemunhas ameaçadas.

Por conveniência da instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo, o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei. (PACELLI, 2020, p.419).

Resta evidente que a conveniência da instrução penal por vezes necessita-se da cautelar, uma vez que a prisão preventiva vai evitar que o agente elimine vestígios do crime, intimide testemunhas, ameace a vítima e até mesmo aqueles que trabalham com a persecução penal, magistrados, membros do Ministério Público, peritos e etc.

Sem mais, a prisão preventiva evita que qualquer incidente ocorra, uma vez que o agente recolhido ao cárcere não poderá atuar cometendo quaisquer das condutas acima mencionadas.

2.2.4 Garantir a aplicação da lei penal

Em se tratando de garantir a aplicação da lei penal, destaca-se a possibilidade de não cumprimento, seja por fuga, seja pelo não endereçamento fixo, dentre outras formas que criminosos procuram burlar a persecução penal, sem mais a prisão preventiva também pode ser decretada para a mera garantia de aplicação da lei penal.

Para AVENA, 2021, o requisito é motivo que se fundamenta no receio justificado de que o agente se afaste do distrito da culpa, impedindo a execução da pena imposta em eventual sentença condenatória.

No caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, inviabilizando a futura execução da pena. Se o acusado ou indiciado não tem residência fixa, ocupação lícita, nada, enfim, que o radique no distrito da culpa, há um sério risco para a eficácia da futura decisão se ele permanecer solto até o final do processo, diante da sua provável evasão. (FERNANDO CAPEZ, 2021, p.131).

Conforme defendido pelo autor acima exposto é nítido que ausência de algumas circunstâncias, tais como ausência de moradia fixa, trabalho fixo, dentre outros, incluindo o próprio risco de fuga, coloca em risco o futuro cumprimento da penal, a considerar uma possível evasão.

Para PACELLI, 2020, a prisão preventiva para garantir a aplicação da lei penal, contempla as hipóteses de em que haja risco real de fuga do acusado e, assim, risco de não aplicação da lei.

2.3 REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA

2.3.1 Fumus Comissi Delict

O requisito *fumus comissi delict*, também definido como fumaça da existência de crime se traduz na ideia dos indícios de autoria e prova de materialidade.

Para NUCCI, 2020, a prova da existência do crime é a certeza que ocorreu uma infração penal, não se podendo determinar o recolhimento cautelar de uma pessoa presumidamente inocente, quando há seria dúvida quanto à própria existência de evento típico.

Conforme explanado pelo autor acima mencionado, não se faz sentido recolher ao cárcere o indivíduo sobre o qual se recaí dúvidas quanto ao cometimento de delito, uma vez que não restaria comprovado o pressuposto *fumus comissi delict*.

Ainda em sua obra, NUCCI, 2020, define que o indício suficiente de autoria é a suspeita fundada que o réu ou investigado é o autor da infração penal.

Observa-se, primeiro, que os requisitos relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria constituem o que se poderia chamar de *fumus delicti*, ou a aparência do delito, equivalente ao *fumus boni iuris* de todo processo cautelar. A aparência do delito deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar), como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória. (PACELLI, 2020, p.418).

Os pressupostos acima mencionados, indícios suficiente de autoria e prova de materialidade são previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, BRASIL, 1941, utilizando à doutrina a terminologia *fumus comissi delict* para sua configuração.

2.3.2 Periculum libertatis

O *periculum libertatis* se traduz na ideia do perigo na liberdade do indivíduo, seja para garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução penal ou para assegurar a aplicação da lei penal, ou seja, os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, BRASIL, 1941.

Para LOPES, 2012, o fundamento é um *periculum libertatis*, enquanto perigo que decorre do estado de liberdade do imputado.

Logo se observa que o *periculum libertatis* pressupõe que a liberdade do indivíduo pode colocar em risco a ordem pública, a ordem econômica, bem como pode trazer prejuízos à persecução penal, uma vez que o agente pode tentar destruir provas, ameaçar testemunhas e até mesmo aqueles que trabalham no curso da investigação ou processo, frisa-se ainda que o perigo na demora também pode resultar na falha da aplicação da lei penal, visto que a eventual demora pode resultar na fuga do réu ou investigado.

2.4 ANÁLISE DA LEI 11.343/06

A lei 11.343/06 trata sobre as medidas de prevenção e as penalidades sobre os tóxicos, frisa-se que a presente monografia visa demonstrar a aplicabilidade da prisão preventiva especificamente para o delito de associação para o tráfico, desta feita é de extrema relevância a abordagem sobre os artigos 33, 34 e 35 da referida lei, para elucidar a real possibilidade de aplicação da cautelar.

2.4.1 ART. 35

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei. (LEI 11.343, 2006).

Vale destacar que a associação para o tráfico se caracteriza com a prática dos delitos tipificados no art. 33 caput e § 1º e art.34, basta que se associem duas ou mais pessoas para a prática dos delitos acima mencionados reiteradamente ou não. Ainda pressupõe o parágrafo único do referido dispositivo legal que também incorre nas penas do delito de associação para o tráfico aquele que comete o delito tipificado no art. 36, desde que de forma reiterada.

2.4.2 Art. 33

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

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (LEI 11.343, 2006)

O delito previsto no art. 33 caput, da lei 11.343 caracteriza o tráfico de drogas, prevendo 18 condutas que o caracterizam e o § 1º por sua vez traz as condutas que se equiparam ao tráfico.

Diante da diversidade de condutas que se podem apresentar na realidade, o legislador procurou antever todas as hipóteses, com a inclusão dessas figuras equiparadas. Para a existência de delito, as ações do parágrafo devem ser praticadas indevidamente, isto é, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, pois, se a conduta for praticada com autorização e de

acordo com as normas sanitárias adequadas, o fato será atípico. (CAPEZ, 2020, p. 809).

Logo se observa que o legislador buscou prever as mais diversas condutas, de modo a evitar a impunidade de possíveis condutas que até então seriam consideradas atípicas.

2.4.3 ART. 34

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa. (LEI 11.343, 2006).

O art. 34 por sua vez traz a penalização daquele que contribui com maquinários destinados a preparação da droga, o legislador neste ponto buscou criminalizar a conduta que traz ao tráfico uma espécie de industrialização seja para maior produção, acondicionamento e etc.

2.4.4 ART. 36

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. (LEI 11.343, 2006).

Neste ponto o legislador trouxe uma pena mais gravosa para aqueles que custeiam o tráfico, em outras palavras financiam o tráfico de drogas, seja fornecendo bens, dinheiro dentre outras formas de sustentar o tráfico.

Vale destacar que para a configuração do delito de associação para o tráfico com base no art.36 da lei de tóxicos o financiamento ou custeio deve ocorrer de forma reiterada, conforme determina o art. 35 da referida lei.

A Lei n. 11.343/2006 criou uma nova figura típica consistente em financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput (tráfico de drogas), seu § 1º (figuras equiparadas ao tráfico), e 34 (tráfico de maquinário). Financiar significa proporcionar os meios, emprestar, fornecer dinheiro ou bens. Custear significa pagar as despesas. (CAPEZ, 2020, p. 830).

Conforme demonstrado, as ações que ensejam a prática delitiva ocorrem quando o agente proporciona meios para alavancar o tráfico, seja emprestando dinheiro, fornecendo bens móveis e imóveis ou até mesmo custeando despesas.

2.5 A APLICABILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA NO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO

2.5.1 Presença de Pressupostos e requisitos

O tráfico de drogas há décadas vem dominando a sociedade, sendo evidente que muitos locais são tomados pelo tráfico e em sua decorrência aumentam-se os números do cometimento de outros crimes, a se tratar como exemplo homicídios, furtos, roubos, dentre outros.

Para que se possa aplicar a cautelar preventiva, se faz necessário à presença dos pressupostos e requisitos previstos no art.312 do CPP, BRASIL, 1941, basta que presente os requisitos autorizadores, sendo eles:

Garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica, conveniência da instrução penal; garantir a aplicação da lei penal, indícios suficientes de autoria e prova de materialidade; perigo na demora.

Conforme preceituado, para que se configure o delito tipificado no art. 35 da Lei 11.343/06, BRASIL, 2006, se faz necessário à associação de duas ou mais pessoas para fins de cometimento dos delitos previstos no art. 33 caput e § 1º, art. 34 e art.36, todo da lei de tóxicos, ou seja, qualquer participação que se enquadre nos artigos acima mencionados torna-se suficiente para a configuração do delito de associação para o tráfico.

Em se tratando das mais diversas condutas previstas nos artigos supracitados, resta evidente que todas elas possuem uma contribuição positiva para o tráfico de drogas, seja qualquer delas, é visível que se coloca em risco a garantia da ordem pública, uma vez que em decorrência do tráfico a incolumidade pública resta danificada.

O cometimento das ações previstas na lei 111.343/06, BRASIL, 2006, afeta a garantia da ordem pública, uma vez que a figura do traficante coloca em risco o convívio social, trazendo insegurança e medo para a sociedade,

destacando-se ainda o grande número de crimes cometidos em decorrência do tráfico de drogas.

Há de se falar ainda que os associados para o tráfico nas mais diversas funções tipificadas em lei também colocam em risco a ordem econômica, ocorre que se movimenta um mercado negro que faz com que sejam praticados diversos crimes econômicos como desdobramento do tráfico, tais crimes como lavagem de dinheiro, evasão de divisas, dentre outros.

Ao se falar em conveniência da instrução penal, vale destacar que muitos dos indivíduos associados para o tráfico de drogas são considerados perigosos e estes podem colocar em risco toda a persecução penal.

É evidente que tais indivíduos, quando cientes das acusações impostas podem começar a tentar se proteger por meios ilícitos, colocando em risco toda a persecução penal, é notável que estes podem começar a ameaçar testemunhas, mudar cenas de crime, tentar destruir provas, bem como podem ameaçar a própria segurança daqueles que trabalham no bojo da persecução penal, como por exemplo ameaçando peritos, servidores, dentre outras formas de constranger aqueles que tem fundamental importância ao processo judiciário.

Há ainda de se falar na garantia da aplicação da lei penal, como mencionado, muitos dos associados para o tráfico não tem residência fixa e vivem mudando-se continuamente, além disso, não possuem ocupação fixa, sem falar naqueles que ao saberem de eventuais acusações passem a se esconder e fugir da justiça, neste aspecto a prisão preventiva pode ser aplicada para garantir a real aplicação da lei penal no delito de associação para o tráfico.

Em outras palavras os requisitos, garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução penal e garantia da aplicação da lei penal, se traduzem na ideia do *periculum libertatis* ou perigo na demora, pressupondo a ideia que o estado de liberdade do indivíduo pode colocar em risco qualquer dos requisitos acima mencionados.

Por fim há de se destacar o *fumus commissi delicti*, este, se traduz na ideia dos indícios suficientes de autoria e da prova de materialidade, para que se possa decretar a prisão preventiva necessita-se da observância destes no curso do inquérito policial ou processo judicial.

Observa-se, primeiro, que os requisitos relativos à prova da existência do crime e indício suficiente de autoria constituem o que se poderia chamar de *fumus delicti*, ou a aparência do delito, equivalente ao *fumus boni iuris* de todo processo cautelar. A aparência do delito deve estar presente em toda e qualquer prisão provisória (ou cautelar), como verdadeiro pressuposto da decretação da medida acautelatória. (PACELLI, 2020, p. 418).

Logo, se observa o delito de associação para o tráfico apresenta os requisitos relativos ao *fumus commissi delicti* e também ao *periculum libertatis*, figurando ambos como pressupostos para aplicação da cautelar preventiva.

São sempre, no mínimo três: prova da existência do crime (materialidade) + indício suficiente de autoria + uma das situações descritas no art. 312 do CPP, a saber: a) garantia da ordem pública; b) garantia da ordem econômica; c) conveniência da instrução criminal; d) garantia de aplicação da lei penal. (NUCCI, 2020, p. 395).

Para efetividade da aplicação da prisão preventiva no delito de associação para o tráfico são necessários minimamente três requisitos, sendo um das hipóteses que constituem o *periculum libertatis*, somado a materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria.

Logo se observa que as hipóteses previstas no art. 312 do CPP, BRASIL, 1941, não são cumulativas, basta que um dos requisitos se cumule aos pressupostos de materialidade e indícios de autoria para que se possa autorizar a decretação da prisão preventiva.

Portanto, desde que seja evidenciado nos meios investigativos realizados pelas polícias judiciárias ou pelas provas angariadas no curso da persecução penal a presença de indícios de autoria e prova de materialidade, basta apenas à configuração de um dos requisitos.

Demonstrado que a associação para o tráfico pode afetar a ordem pública, a ordem econômica, a conveniência da instrução penal e também a própria aplicação da lei, não existem empecilhos que possam impedir a decretação da prisão preventiva.

Destaca-se também que ao se decretar a prisão preventiva ao delito de associação para o tráfico não existe ofensa ao art.313 do CPP, que delimita o alcance da cautelar, pressupondo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

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

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência) (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, BRASIL, 1941).

Considerando o teor do artigo acima mencionado e considerando que o delito de associação para o tráfico possui como pena a reclusão de 3 a 10 anos, verifica-se a possibilidade de aplicação com base no art.313, inc., I do CPP, BRASIL, 1941.

2.5.2 Entendimento dos tribunais acerca da prisão preventiva

O TJMG, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, possui entendimentos favoráveis à manutenção da prisão preventiva, quando presentes os requisitos e pressupostos, em consonância com os artigos 312 e 313 da Lei 11.343/06, BRASIL, 2006, dentre eles vale destacar o presente:

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - REQUISITOS DO ART. 312 E 313 DO CPP - PRESENÇA - GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL - NÃO OCORRÊNCIA. Existindo nos autos prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, bem como presentes os motivos da preventiva, consubstanciados na garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta do delito imputado, que evidencia o "periculum liberatits", não há falar em constrangimento ilegal decorrente da conversão da prisão em flagrante em preventiva. VV.: A prisão preventiva e as medidas previstas do artigo 319 do Código de Processo Penal são medidas cautelares que visam assegurar o bom andamento do processo e proteger a sociedade. A prisão preventiva é a ultima ratio e, para sua decretação, deve se analisar a sua concreta, real e efetiva necessidade para

tutelar o bem jurídico. Se outras medidas atingem a finalidade de proteção dos interesses do processo e da sociedade, elas devem ser aplicadas em substituição à medida extrema de restrição da liberdade, levando-se em consideração a proporcionalidade da medida e sua suficiência. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.191161-5/000, Relator(a): Des.(a) Valéria Rodrigues Queiroz , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 15/09/2021, publicação da súmula em 17/09/2021). Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=CONVERSAO+PRISAO+PREVENTIVA+ASSOCIACAO+TRAFICO&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar>

A respeitável decisão proferida pelo TJMG não encontrou empecilhos para manter a conversão do flagrante em prisão preventiva, eis que evidenciado nos autos a materialidade delitiva e consubstanciada na garantia da ordem pública, a considerar pela gravidade do delito a presença do *periculum libertatis*. O tribunal neste sentido considerou o crime como grave ao ponto de colocar em risco a ordem pública, se fazendo a medida cautelar necessária para efetiva proteção dos bens jurídicos, sejam eles inerentes ao processo ou a sociedade.

O STJ, Superior Tribunal de Justiça, também defende o entendimento pela manutenção da prisão preventiva quando presentes os requisitos, dentre os julgados, destacasse o seguinte:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA EM SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. RECEPÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. VIVÊNCIA DELITIVA. APLICAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO. INADEQUAÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. DELITO PRATICADO NA PRÓPRIA RESIDÊNCIA. INDEFERIMENTO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão, evidenciada na vivência delitiva do paciente, pois a gravidade dos fatos - consubstanciada na prática de crimes de tráfico, associação para o tráfico, receptação e posse ilegal de arma de fogo - aliada a sua grande repercussão - operação que resultou na apreensão de vários objetos, ao que tudo indica, de procedência ilícita, bem como o risco da reiteração criminosa - associados há certo tempo para práticas delituosas - crime meio de vida - demonstram que a liberdade de André Silveira Oliveira, Ana Rocha Belo e Paulo César Gamino

Trindade ofende a ordem pública, não há ilegalidade no decreto de prisão.

2. Havendo a indicação de fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, não se revela cabível a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes para resguardar a ordem pública.

3. Esta Sexta Turma também entende que a substituição do encarceramento preventivo pelo domiciliar não resguarda o interesse dos filhos menores de 12 anos de idade, quando o crime é praticado na própria residência da agente, onde convive com os infantes.

4. Habeas corpus denegado.

(HC 441.781/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 19/06/2018). Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22441781%22%29+ou+%28HC+adj+%22441781%22%29.suce.>>

O presente julgado do STJ, optou pela manutenção da prisão preventiva para delito de associação para o tráfico com base na vida delitiva do agente, destacando também a gravidade dos fatos, o presente caso demonstrou a ainda a possibilidade daqueles envolvido com o tráfico possuírem armas de fogo, bem como mantendo o crime como meio de vida, restando evidente o *fumus comissi delict* e o *periculum libertatis*.

O STF, Superior Tribunal de Justiça, também se manifesta favoravelmente a prisão preventiva para o crime de associação para o tráfico quando presentes a materialidade delitiva, os indícios de autoria e o *periculum libertatis*, dentre os julgados proferidos destaca-se:

Ementa

PRISÃO PREVENTIVA – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – QUANTIDADE DE DROGA – ORDEM PÚBLICA. Ante a materialidade do crime e indícios de autoria, estampados na prisão preventiva e apreensão de entorpecentes e objetos, surge viável a prisão preventiva. PRISÃO PREVENTIVA – ASSOCIAÇÃO – TRÁFICO DE DROGAS. Uma vez decorrendo a prisão preventiva do monitoramento da prática de associação para o tráfico de drogas, tem-se sinalizada a periculosidade.

Decisão

A Turma, por unanimidade, indeferiu a ordem, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 22.5.2020 a 28.5.2020.

Disponível em:

<<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur426402/false>>

Conforme demonstrado no julgado acima, o STF, em se tratando do delito de associação para o tráfico, sinaliza-se a periculosidade do agente, motivo pelo qual torna-se viável a manutenção de prisão preventiva.

2.6 OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Há quem fale que a referida cautelar viole princípios constitucionais, porém o próprio ordenamento jurídico autoriza a decretação da prisão preventiva quando presente os motivos autorizadores.

A própria Constituição Federal, BRASIL, 1988, em seu art. 5º, inc. LXI prevê a possibilidade de decretação de prisão com base em ordem fundamentada elaborada pelo juiz competente.

2.6.1 Devido processo legal

A Constituição Federal, BRASIL, 1988, recepcionou o princípio do devido processo legal, pressupondo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

O referido dispositivo legal determina que ninguém poderá ser preso e nem poderá perder os seus bens sem que haja o devido processo legal, ou seja, o referido princípio não abrange somente a liberdade, mas também outros direitos, tais como a propriedade.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). (MORAES, 2020, p 154).

Destaca-se que não se trata apenas de proteção ao direito de ir e vir, mas também o direito de defesa, possibilitando condições e paridade com o Estado, responsável pela persecução.

Segundo o aspecto processual, devido processo legal consiste na somatória de direitos constitucionais aplicados ao processo:

contraditório, ampla defesa, juiz natural, proibição de provas ilícitas, imparcialidade do juiz, igualdade entre as partes etc. Segundo o Supremo Tribunal Federal, “o tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elastecendo prerrogativa constitucionalmente aceitável” (HC 83.255/SP, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 5-11-2003).(MARTINS, 2020, p. 435).

Logo se destaca que o princípio do devido processo legal resulta-se de um conjunto de garantias, tais como o contraditório, a ampla defesa, vedação a provas ilícitas, imparcialidade do juiz, dentre outros.

Desta feita, pode-se observar que o referido princípio não necessariamente deve se considerado uma limitação constitucional a prisão preventiva, uma vez que no âmbito do processo são asseguradas todas as garantias supramencionadas.

Há de se falar ainda sobre o inquérito policial, uma vez que a prisão preventiva pode ser decretada ainda durante a fase investigativa. Em se tratando que o Inquérito Policial é um procedimento meramente informativo, as garantias tais como contraditório e ampla defesa são mitigados, não se devendo falar em sua ausência durante a fase do inquérito.

2.6.2 Contraditório e a ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias fundamentais asseguradas aos litigantes em processo judicial ou administrativo que garantem ao acusado o direito de se defender e o direito de participação.

Pressupõe o art. 5º inc. LV da Constituição Federal, BRASIL, 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BRASIL, 1988).

Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão

que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (MORAES, 2020, p. 155).

Logo se observa que a ampla defesa garante ao réu direitos para que este possa fazer uso dos recursos que podem resultar ao esclarecimento da verdade e trazer a verdade real, ao passo que o contraditório possibilita ao réu o direito de participar dos atos processuais.

Considerando que o contraditório e a ampla defesa são garantias fundamentais asseguradas no curso da persecução penal, os referidos princípios, desde que presentes no processo, não são considerados impedimentos constitucionais da prisão preventiva.

Em se tratando do inquérito policial, que constitui um procedimento inquisitivo e meramente informativo, não há que se falar nesta etapa de contraditório e a ampla defesa, uma vez que são mitigados, logo a inobservância destes durante o inquérito não enseja um impedimento constitucional a prisão preventiva.

2.6.3 Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência, talvez o mais questionado como impeditivo da cautelar prisão preventiva, previsto no art. 5º da CF, BRASIL, 1988, preceitua:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BRASIL, 1988).

O referido princípio pressupõe a ideia de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença, evitando assim julgamentos desnecessários e preservando a figura das partes no processo.

Consoante a Súmula 9 do STJ, a prisão provisória não ofende o princípio constitucional do estado de inocência (CF, art. 5º, LVII), mesmo porque a própria Constituição admite a prisão provisória nos casos de flagrante (CF, art. 5º, LXI) e crimes inafiançáveis (CF, art. 5º, XLIII). Pode, assim, ser prevista e disciplinada pelo legislador

infraconstitucional, sem ofensa à presunção de inocência. (CAPEZ,2020, p. 130).

O próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou através de súmula, ao determinar que a prisão provisória não conflite o princípio da presunção de inocência.

O princípio da inocência, ou da não culpabilidade, cuja origem mais significativa pode ser referida à Revolução Francesa e à queda do Absolutismo, sob a rubrica da *presunção* de inocência, recebeu tratamento distinto por parte de nosso constituinte de 1988. A nossa Constituição, com efeito, não fala em nenhuma presunção de inocência, mas da afirmação dela, como valor normativo a ser considerado em todas as fases do processo penal ou da persecução penal, abrangendo, assim, tanto a fase investigatória (fase pré-processual) quanto a fase processual propriamente dita (ação penal).(PACELLI, 2020, p. 373).

Portanto, pode-se observar que a presunção de inocência esta prevista em todas as fases da persecução penal, tanto na fase investigativa, quanto na fase processual, garantindo que ninguém seja considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A prisão preventiva não afronta a presunção de inocência, uma vez que esta não tem a finalidade de antecipar a pena, mas sim de garantir segurança a sociedade e a persecução penal devido ao perigo na liberdade do agente e aos indícios de autoria e prova de materialidade.

2.6.4 Legalidade

O princípio da legalidade, constitucionalmente previsto no art. 5º, inc. II determina:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Desta feita, observa-se que a legalidade constitucional esta ligada a obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, a partir do momento que a lei determina o a decretação da prisão preventiva, está deverá ser decretada e a pessoa recolhida ao cárcere.

O princípio da legalidade é de abrangência mais ampla do que o princípio da reserva legal. Por ele fica certo que qualquer comando jurídico impondo comportamentos forçados há de provir de uma das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional. Por outro lado, encontramos o princípio da reserva legal. Este opera de maneira mais restrita e diversa. Ele não é genérico e abstrato, mas concreto. Ele incide tão somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição. Se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao princípio da legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei. Este é, portanto, de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo, visto exigir o tratamento de matéria exclusivamente pelo Legislativo, sem participação normativa do Executivo. (MORAES, 2020, p. 75).

A abrangência da legalidade diz respeito à previsão legal de fazer ou não fazer algo em conformidade com a lei, desta forma a partir do momento que uma ordem judicial impor uma prisão preventiva, que será deferida com base na lei, o indivíduo deverá ser recolhido ao cárcere.

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS

A prisão preventiva é uma prisão cautelar que consiste no recolhimento do agente ao cárcere quando presentes os requisitos e pressupostos autorizadores, sendo eles minimamente três, seja um daqueles relacionados ao *periculum libertatis*, quais sejam, a garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução penal ou para garantir a aplicação da lei penal, cominados ao *fumus comissi delicti* que se traduz na ideia dos indícios suficientes de autoria e prova de materialidade.

A referida cautelar pode ser decretada em qualquer fase da persecução penal, ou seja, fase investigativa e fase processual. Ocorre que durante a fase investigativa (inquérito policial) o procedimento visa colher elementos de informação, não havendo partes, sendo este um procedimento meramente inquisitório e informativo, logo o contraditório e ampla defesa são mitigados, portanto a inobservância destes no curso do inquérito policial não enseja impeditivos a decretação da prisão preventiva. Por outro lado, o processo judicial já garante ao acusado todos os direitos e garantias, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, imparcialidade, dentre outros, a observância destes no curso do processo judicial faz com que os princípios não sejam impeditivos da decretação da prisão preventiva.

Muito se fala em conflitos entre a prisão preventiva e o princípio da presunção de inocência constitucionalmente previsto. Ocorre que tal princípio determina que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Há quem critique a prisão preventiva pelo recolhimento do agente ao cárcere anteriormente a condenação, porém frisa-se que a doutrina e a jurisprudência, tais como TJMG, STJ e STF são pacíficos ao retratarem que a prisão preventiva não se destina antecipar a pena do agente, mas sim para garantir a segurança da própria sociedade e da persecução penal.

A lei 11.343, BRASIL, 2006, trouxe penalidades para diversas condutas que englobam o tráfico de drogas, criminalizando uma diversidade de ações. O delito de associação para o tráfico, previsto no art. 35 do referido dispositivo legal define como associado ao tráfico aquele que pratica as condutas

previstas no art. 33, caput e § 1º, art.34 e art. 36 quando cometido de forma reiterada, basta que se associem duas ou mais pessoas.

Frisa-se que o delito tipificado no art.35 da lei 11.343/06 possui como pena a reclusão de 3 a 10 anos, equiparando-se ao rol de crimes previstos no art.313 do Código de Processo Penal, que possibilita a aplicação da prisão preventiva nos crimes com pena máxima superior a 04 anos.

Conforme demonstrado no decorrer deste trabalho o indivíduo associado ao tráfico de drogas apresenta certa periculosidade, uma vez que muitos possuem acesso a armas de fogo, cometem outros delitos e colocam em risco a segurança pública. Devido à mencionada periculosidade resta evidente que as ações destes indivíduos podem colocar em risco a ordem pública, a ordem econômica, a instrução penal e a própria garantia da aplicação da lei. Logo eis que comprovados os indícios suficientes de autoria e a prova de materialidade opta-se pela manutenção da prisão preventiva.

A considerar a presença do *fumus comissi delict* e do *periculum in mora* no delito de associação para o tráfico não há de se falar em impedimentos, uma vez que os próprios tribunais brasileiros têm defendido o entendimento de que a decretação da prisão preventiva visa proteger a própria sociedade e toda a persecução penal.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bem como o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, possuem entendimentos semelhantes ao demonstrar em suas respeitáveis decisões a necessidade de aplicar-se a prisão preventiva ao agente associado ao tráfico, considerando que tais criminosos apresentam altos índices de periculosidade, preservando desta forma a sociedade, a investigação e o processo.

Por fim frisa-se que durante a persecução penal há observância dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que a ausência destes poderia acarretar na própria nulidade do processo. Desta feita, vale destacar dentre os presentes o devido processo legal garantindo paridade de condições com Estado acusador, bem como a presença do contraditório e a ampla defesa, com o direito de ser informado e participar dos atos processuais na fase processual, bem como a observância a legalidade e a presunção de inocência, que não é ofendida pela prisão, considerando que a cautelar não se caracteriza uma antecipação da pena.

4 CONCLUSÃO

Em face do exposto no presente projeto de monografia, realizada a análise da prisão preventiva, do delito de associação para o tráfico previsto no art.35 da Lei 11.343/06, dos entendimentos jurisprudenciais acerca da aplicabilidade da cautelar no delito em questão e dos princípios constitucionais, verifica-se a possibilidade de aplicação da prisão preventiva no delito de associação para o tráfico.

O delito de associação para o tráfico, abrange uma diversidade de condutas, as quais estão previstas no art. 33 caput (relacionadas ao tráfico) e § 1º(equiparadas ao tráfico), art.34 (relacionadas aos maquinários) e por fim art.36 (financiamento e custeio) quando praticado de forma reiterada, logo observa-se que o legislador buscou penalizar os mais diversos tipos de ações de forma a evitar-se a impunidade das mais diversas condutas que caracterizam o tráfico de entorpecentes.

Resta evidente conforme elucidado no decorrer deste trabalho que o delito em questão engloba um alto nível de periculosidade, demonstrando risco para a sociedade e para a persecução penal. Desta feita, enquadram-se os requisitos relacionados ao *periculum libertatis* (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução penal e garantia da aplicação da lei penal). Logo, desde que evidenciado os indícios suficientes de autoria e prova de materialidade aplica-se a prisão preventiva ao delito de associação para o tráfico, uma vez que este comina pena máxima equivalente a 10 anos de reclusão.

Neste quesito, ressalta-se que aplica-se a cautelar preventiva nos delitos com pena de reclusão superior a quatro anos conforme dispõe o art.313, inc. I, desde que presente os requisitos autorizadores previstos no art.312, ambos do Código de Processo Penal.

Não há que se falar em violação de princípios constitucionais, uma vez que no âmbito processual são assegurados a legítima defesa, contraditório, devido processo legal, presunção de inocência, dentre outros, garantindo ao acusado uma paridade de condições com o Estado.

No âmbito do inquérito policial também não há que se falar em violação dos referido princípios, pois constitui este, um procedimento informativo e

inquisitório que visa colher elementos de informação, não havendo partes, logo princípios tais como contraditório e ampla defesa são mitigados neste procedimento.

Os tribunais brasileiros são pacíficos pela decretação da prisão preventiva no delito de associação para o tráfico quando presentes os requisitos, uma vez que defendem que não se trata de mera antecipação da pena e sim uma medida necessária para estabelecer a segurança social e a segurança da persecução penal. Demostram ainda que a figura do associado para o tráfico possui um alto índice de periculosidade, se fazendo tal medida por vezes necessária para a garantia da segurança pública.

Logo se observa a presença dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal no delito em tela uma vez que presentes os indícios suficientes de autoria e prova de materialidade configurando o *fumus bounis iuris* e a ameaça da garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, a conveniência da instrução penal e a garantia da aplicação da lei penal, caracterizando o perigo na demora.

Desta feita, uma vez configurados os indícios de autoria e a prova de materialidade, somado há uma das hipóteses presentes no art.312 do Código de Processo Penal brasileiro, não há de se falar em impedimentos para prisão preventiva no delito de associação para o tráfico, desde que sejam asseguradas durante a persecução penal todas as garantias constitucionais previstas.

Cabe ainda salientar que a decretação da prisão preventiva para o delito de associação para o tráfico se faz por vezes necessária, pois uma vez posto em liberdade, o agente pode continuar a delinquir, perturbando a paz e convívio social, bem como pode prejudicar a fase investigativa ou policial tentando destruir provas, ameaçar testemunhas, intimidar profissionais que trabalham na persecução penal, tais como, peritos, assistentes, dentre outros, destacando ainda que muitos dos criminosos não possuem ocupação fixa, moradia fixa, de forma que a justiça possa encontrar dificuldades para localiza-los colocando-se em risco a própria aplicação da lei penal.

Sem mais, considerando a presença dos requisitos, considerando as garantias constitucionais asseguradas, considerando os atuais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais aplica-se a cautelar preventiva ao delito em tela.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788530992767. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 05 set. 2021.

_____. **Decreto-Lei N°3689, de 03 de Outubro de 1941**. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em: 08 set. 2021.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de Agosto, 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em: 04 set. 2021.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Hc 182682 / Sc - Santa Catarina. Habeas corpus. Relator (a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 29/05/2020. Primeira turma, sessão virtual de 22.5.2020 a 28.5.2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur426402/false>>

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Hc 441.781/Sc, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em 12/06/2018, Dje 19/06/2018). Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28HC.clas.+e+%40num%3D%22441781%22%29+ou+%28HC+adj+%22441781%22%29.suce.>>>

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal v 4 - legislação penal especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 9788553619245. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619245/>. Acesso em: 06 out. 2021.

_____. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555595895. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595895/>. Acesso em: 06 out. 2021.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. 9786555595314. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595314/>. Acesso em: 06 out. 2021.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.191161-5/000, Relator(a): Des.(a) Valéria Rodrigues Queiroz , 4ª Câmara Criminal, julgamento em 15/09/2021, publicação da súmula em 17/09/2021). Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=CONVERSAO+PRISAO+PREVENTIVA+ASSOCIACAO+TRAFICO&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&classe=&codigoAssunto=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. Acesso em: 06 out. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. 9786559640119. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640119/>. Acesso em: 06 out. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788597023763. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597023763/>. Acesso em: 06 out. 2021.