



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

TAILANE VIEIRA LOPES

**O CONCEITO DE PERICULOSIDADE NOS ACÓRDÃOS DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS ANOS DE 2021 A 2023: O
FUNDAMENTO APLICADO PARA FINS DE PRISÃO PREVENTIVA**

Salvador

2024

TAILANE VIEIRA LOPES

**O CONCEITO DE PERICULOSIDADE NOS ACÓRDÃOS DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS ANOS DE 2021 A 2023: O
FUNDAMENTO APLICADO PARA FINS DE PRISÃO PREVENTIVA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal e liberdades Públicas

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.

Salvador

2024

Dados internacionais de Catalogação na Publicação

L864 Lopes, Tailane Vieira
O conceito de periculosidade nos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça nos anos de 2021 a 2023: o fundamento aplicado para fins de prisão preventiva / por Tailane Vieira Lopes. – 2024.
163 f. : il., color.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de Direito, Salvador, 2024.

1. Periculosidade (Direito). 2. Prisão preventiva. 3. Brasil - Superior Tribunal de Justiça. 4. Garantia (Direito). 5. Legitimidade (Direito). I. Prado, Alessandra Rapacci Mascarenhas. II. Universidade Federal da Bahia - Faculdade de Direito. III. Título.

CDD – 344.0465

TAILANE VIEIRA LOPES

**O CONCEITO DE PERICULOSIDADE NOS ACÓRDÃOS DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NOS ANOS DE 2021 A 2023: O
FUNDAMENTO APLICADO PARA FINS DE PRISÃO PREVENTIVA**

Dissertação defendida e aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Salvador, 18 de setembro de 2024.

Profa. Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo,
Brasil. Universidade Federal da Bahia.

Profa. Dra. Selma Pereira de Santana

Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra. Universidade Federal da Bahia.

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila

Doutor em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do
Sul. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

AGRADECIMENTOS

Durante a graduação ocupei boa parte do meu tempo sonhando em seguir a carreira acadêmica após a conclusão do curso. Esse desejo era tão grande em mim que me imaginava, especificamente, ingressando no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia, logo após a formatura. O sonho, entretanto, não foi realizado no tempo em que eu idealizei. O universo que devora o recém-formado em Direito foi aos poucos me afastando da academia, na medida em que não me permitia a preparação adequada para as seleções. Ao mesmo tempo, algo em mim continuava a insistir para que eu ocupasse esse lugar e, por isso, apesar de ter cogitado diversas vezes, eu não consegui abrir mão desse sonho.

Assim, passado-se precisos 05 anos desde a minha formatura na graduação, posso dizer que estou próxima de alcançar aquilo que tanto almejei. Ainda que longe das metas de tempo idealizadas que estabeleci para mim, preciso registrar que a conclusão do Mestrado em Direito na UFBA é motivo de grande orgulho e emoção para o meu coração.

Por esse motivo, ao chegar no dia de hoje eu não poderia deixar de registrar a imensa gratidão que cultivo às pessoas que não deixaram esse sonho esmorecer. Muito obrigada a Alessandro, meu companheiro e incentivador maior, aos meus pais, Luzinete e Nilson, aos meus irmãos, Samara, Tiago e Alexsandro (*in memoriam*) e à minha sobrinha Ester, por me lembrarem constantemente das minhas capacidades e do meu potencial, especialmente cada vez que desacreditei daquilo que poderia alcançar. De certo, o apoio vocês é parte do motivo pelo qual eu não fui capaz de desistir disso.

Agradecer à minha orientadora, Professora Alessandra Prado, por ter aberto as portas da UFBA para mim e por ter confiado e guiado as minhas ideias ao produto que hoje apresento publicamente.

Agradecer imensamente à Vanessa Lopes, minha fiel escudeira no solitário percurso do mestrado, amiga de surtos e de equilíbrio de ânimos durante esses anos, grande inspiração profissional para um outro sonho e uma outra jornada que desejo trilhar.

Agradecer aos meus outros tantos amigos pela compreensão nas renúncias e à própria Universidade Federal da Bahia e todo o seu corpo docente e de funcionários,

por terem sido instrumento da realização e pessoal e profissional que alcanço nesta data.

Ao fim, certa de que fiz a melhor escolha em insistir no caminho acadêmico, registro o meu desejo de que este seja apenas mais um passo no desenvolvimento e na formação da pesquisadora e professora que um dia eu ainda desejo ser.

RESUMO

O presente estudo foi orientado a partir do estabelecimento de dois questionamentos orientadores gerais, que podem ser resumidos nas seguintes indagações: quais os elementos considerados pelo Superior Tribunal de Justiça ao utilizar o termo “periculosidade” para fundamentar os acórdãos em matéria penal de análise da prisão preventiva?; e o que os resultados obtidos com a resposta à primeira indagação podem nos fornecer de conclusão sobre o real funcionamento e, conseqüentemente, sobre a legitimidade do sistema punitivo brasileiro? Para obter respostas às perguntas apresentadas, se propôs o desenvolvimento de uma pesquisa empírica de caráter documental, realizada através da análise de conteúdo, tendo como objeto os acórdãos proferidos pelo STJ nos processos oriundos do Estado da Bahia, no período compreendido entre 01 de janeiro de 2021 a 31 de dezembro de 2023. Como resultado, observou-se que há um aparente consenso do STJ em definir a periculosidade a partir de três principais elementos: gravidade concreta do crime, *modus operandi* e risco de reiteração delitiva. Além disso, foi verificada a construção de uma fundamentação específica a respeito da periculosidade nos casos em que a conduta imputada se inseria no rol de crimes previstos pela Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas). No entanto, apesar da aparente uniformidade na definição dos componentes avaliadores da periculosidade, foi constatada a ausência de critérios precisos para justificar a incidência de determinado elemento em cada caso, incorrendo a posição do Tribunal, na prática, em constantes contradições e incoerências sistêmicas. Nesse cenário, a leitura crítica dos dados de pesquisa do trabalho passou a ser realizada a partir da criminologia crítica no contexto brasileiro, selecionada enquanto marco teórico questionador das diferenças existentes entre programação normativa e operacionalização do direito. Também foram realizados confrontos entre os resultados alcançados com a pesquisa e aquilo o que prescreve a teoria do garantismo penal de Ferrajoli e a doutrina processual penal brasileira sobre o tema, com análise da perspectiva de Aury Lopes Junior, Gustavo Badaró, Eugênio Pacelli, Hélio Tornaghi e Fernando da Costa Tourinho Filho. Ao fim, foi posta em questão a própria legitimidade do sistema punitivo, diante da constatação da ausência de sua racionalidade, especialmente sob o prisma das lições Zaffaroni, apresentando-se como sugestão a proposta do realismo marginal.

Palavras-chave: periculosidade; prisão preventiva; STJ; garantismo; racionalidade; legitimidade.

RESUMEN

Este estudio se guió por dos preguntas orientadoras generales, que pueden resumirse de la siguiente manera: ¿qué elementos tiene en cuenta el Superior Tribunal de Justicia al utilizar el término «peligrosidad» para fundamentar sus sentencias en materia penal que analizan la prisión preventiva; y qué pueden aportarnos los resultados obtenidos al responder a la primera pregunta como conclusión sobre el funcionamiento real y, en consecuencia, la legitimidad del sistema punitivo brasileño? Para obtener respuestas a estas preguntas, se llevó a cabo un estudio empírico de carácter documental mediante análisis de contenido, teniendo como objeto las sentencias dictadas por el STJ en casos originados en el estado de Bahía, en el período comprendido entre el 1 de enero de 2021 y el 31 de diciembre de 2023. Como resultado, se observó que existe un aparente consenso entre el STJ en definir la peligrosidad a partir de tres elementos principales: la gravedad concreta del delito, el modus operandi y el riesgo de reincidencia. Además, se verificó la construcción de un razonamiento específico sobre la peligrosidad en los casos en que la conducta imputada estaba incluida en la lista de delitos previstos en la Ley 11.343/2006 (Ley de Drogas). Sin embargo, a pesar de la aparente uniformidad en la definición de los componentes que evalúan la peligrosidad, hubo una falta de criterios precisos para justificar la incidencia de un determinado elemento en cada caso, resultando en la posición del Tribunal en la práctica en constantes contradicciones e inconsistencias sistémicas. En este escenario, la lectura crítica de los datos de la investigación se basó en la criminología crítica en el contexto brasileño, seleccionada como marco teórico para cuestionar las diferencias entre la programación normativa y la operacionalización de la ley. También se realizaron comparaciones entre los resultados de la investigación y las prescripciones de la teoría del garantismo penal de Ferrajoli y la doctrina procesal penal brasileña sobre el tema, analizando las perspectivas de Aury Lopes Junior, Gustavo Badaró, Eugênio Pacelli, Hélio Tornaghi y Fernando da Costa Tourinho Filho. Finalmente, se cuestionó la propia legitimidad del sistema punitivo, dada la falta de racionalidad, especialmente desde la perspectiva de las lecciones de Zaffaroni, y se planteó como sugerencia la propuesta del realismo marginal.

Palabras-clave: peligrosidad; prisión preventiva; STJ; garantismo; racionalidad; legitimidad.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Delimitação geral do universo de pesquisa	24
Tabela 2 – Distribuição de acórdãos por ano de pesquisa.....	43
Tabela 3 – Distribuição dos acórdãos por tipo de recurso.....	43
Tabela 4 – Distribuição dos acórdãos por turma julgadora.....	44
Tabela 5 – Distribuição dos acórdãos por representação.....	44
Tabela 6 – Distribuição dos acórdãos por proporção entre homem e mulher.....	45
Tabela 7 – Situação do sujeito após o acórdão proferido.....	46
Tabela 8 – Resultado do recurso.....	46
Tabela 9 – Distribuição da amostra por tipo de crime.....	47
Tabela 10 – Emprego do conceito de periculosidade pelo STJ.....	48
Tabela 11– Expressões associadas ao conceito de periculosidade com maior frequência.....	50
Tabela 12 – Análise do emprego do conceito de periculosidade pelo TJ/BA.....	51
Tabela 13 – Expressões associadas ao conceito de periculosidade com maior frequência TJ/BA.....	51
Tabela 14 – Autores citados nos componentes curriculares de Processo Penal dos cursos de Direito do país.....	74
Tabela 15 – Distribuição dos acórdãos do TJ/BA por tipo de recurso.....	87
Tabela 16 – Situação do sujeito após o acórdão proferido pelo TJ/BA.....	88
Tabela 17 – Expressões associadas ao conceito de periculosidade pelo TJ/BA.....	90

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJBA – Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

HC – *Habeas Corpus*

STF - Supremo Tribunal Federal

AGRRHC - Agravo Regimental em Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*

RUF - *Ranking* Universitário da Folha de São Paulo

AMAB – Associação dos Magistrados Brasileiros

MPBA – Ministério Público do Estado da Bahia

CPP – Código de Processo Penal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. METODOLOGIA DA PESQUISA E APRESENTAÇÃO INICIAL DE DADOS.....	15
2.1. DA TÉCNICA DE PESQUISA E DO CAMINHO METODOLÓGICO.....	16
2.1.1 Métodos e técnicas.....	16
2.1.2. Delimitação da amostra e sistematização de dados.....	21
2.2. O RECORTE DE PESQUISA: A PERICULOSIDADE PARA FINS DE PRISÃO PREVENTIVA.....	29
2.3. DADOS GERAIS OBTIDOS.....	43
3. DA CATEGORIZAÇÃO DOS RESULTADOS.....	53
3.1. O CONCEITO DE PERICULOSIDADE PARA O STJ: DISTANCIAMENTO DOGMÁTICO OU ESCOLHA DOGMÁTICA NÃO DECLARADA?.....	54
3.1.1. As controvérsias envolvendo o argumento da gravidade concreta da conduta e do <i>modus operandi</i>	54
3.1.2. Do risco de reiteração delitiva e de fuga e demais critérios justificadores.....	60
3.1.3. Distanciamento dogmático ou escolha dogmática não declarada?.....	67
3.2. A PERICULOSIDADE PARA O TJ/BA: PONTOS DE CONVERGÊNCIA E DIVERGÊNCIA COM O STJ.....	84
3.3. A FORMAÇÃO DO CONCEITO DE PERICULOSIDADE NOS CRIMES RELATIVOS À LEI DE DROGAS: UMA REALIDADE À PARTE.....	94
4. PROCEDENDO À ANÁLISE CRÍTICA DOS RESULTADOS.....	104
4.1. A VALIDADE DO ARGUMENTO DA PERICULOSIDADE PARA FINS DE PRISÃO PREVENTIVA FRENTE À TEORIA DO GARANTISMO PENAL.....	105
4.2. AS PROMESSAS DA PROGRAMAÇÃO NORMATIVA <i>VERSUS</i> A OPERACIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO: O DISSENSO ENTRE “SER” E “DEVER SER”.....	115
4.3. A AUSÊNCIA DE RACIONALIDADE DO SISTEMA E A CONSEQUENTE PERDA DA SUA LEGIMITIDADE: UMA PROPOSTA À LUZ DO REALISMO MARGINAL DE ZAFFARONI.....	123
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	136
REFERÊNCIAS.....	143
ANEXOS.....	149

1. INTRODUÇÃO

A prisão preventiva é tida como um dos grandes percalços na efetivação dos postulados que definem o processo penal enquanto instrumento de limitação ao exercício do poder de punir por parte do Estado. Mesmo após o advento da audiência de custódia, mecanismo de política criminal proposto, dentre outras finalidades, visando reduzir os índices de encarceramento preventivo através da análise acerca da adequação e da necessidade da imposição da medida restritiva cautelar, o sistema judiciário brasileiro que sempre indicou uma tendência de prender preventivamente parece ter sido pouco revertido.

Os dados estatísticos monitorados pelo Conselho Nacional de Justiça sobre as audiências de custódia no âmbito nacional denotam a manutenção dessa propensão à prisão preventiva pelos órgãos do sistema penal. No monitoramento realizado, cuja última atualização registrada é de 29 de junho de 2024, é possível verificar que do total de 1.671.159 (um milhão seiscentos e setenta e um mil, cento e cinquenta e nove) de audiências de custódia realizadas desde janeiro de 2015, os órgãos de justiça optaram pela decretação da prisão preventiva em 1.006.024 (um milhão, seis mil e vinte e quatro) dos casos¹.

Analisando inadvertidamente e em caráter preliminar as informações numéricas apresentadas, sobretudo em vista das previsões legais contidas no Código de Processo Penal como hipóteses de avaliação do cabimento da prisão preventiva, em geral, consistentes em cláusulas permissivas de conceitos abertos e indeterminados, é possível supor que esses critérios se revelam como margens que possibilitam a conservação dessa cultura encarceradora.

Sob a ótica do fundamento da garantia da ordem pública, por exemplo, alvo constante de embargos por pesquisas acadêmicas e escritos doutrinários, como será visto a diante, se tornou possível a inserção dos argumentos mais diversos no processo de análise do cabimento da prisão preventiva, como é o caso da prisão cautelar decretada com base na suposta periculosidade do agente.

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema de Audiência de Custódia (SISTAC)**. Audiência de Custódia. Dados Estatísticos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/dados-estatisticos/> Acesso em: 29 jun. 2024.

Segundo afirmou Prado², a infiltração do axioma da periculosidade no Direito Penal e no Processo Penal se deu sob a condescendência da dogmática penal e justamente a partir do espaço deixado pelo subjetivismo que permeia a previsão de decretação da prisão preventiva em razão do risco de abalo à ordem pública. Assim, fora das hipóteses legais do CPP, mas também em razão delas, emergem na tendência encarceradora novas categorias jurídicas que devem ser examinadas pela academia, posto que se constituem como justificações que corroboram com o aumento dos índices prisionais.

Pensando nisso, com o intuito de colaborar com as discussões que permeiam tanto o tema da prisão preventiva e sua hipóteses de incidência, como a avocação da categoria da periculosidade pela *práxis* do sistema de justiça brasileiro, questionando, ao mesmo tempo, a legitimidade dessa apropriação, é que se propõe com o presente trabalho examinar o processo de construção do conceito de periculosidade pela decisão judicial que analisa o cabimento da prisão preventiva. Pretende-se também, a partir deste objetivo inicial, realizar um diagnóstico incipiente do próprio funcionamento do sistema punitivo brasileiro, como um todo, pondo em questão a sua proclamada racionalidade, frente aos resultados que se obtém em termos de operacionalização das normas previstas.

Para tanto, considerando o propósito de se empreender uma investigação sobre a atuação judicial e o funcionamento do sistema de justiça, foi eleita como técnica de investigação a pesquisa empírica de caráter documental, realizada a partir da análise de conteúdo. Estabelecidos o objeto de análise e a técnica de pesquisa, definiu-se que o seu exame seria realizado especificamente no âmbito das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso porque, a partir da experiência prática no campo da justiça penal foi identificado que, em geral, os juízes de primeiro grau costumam fundamentar suas decisões de análise da prisão cautelar se apoiando nos elementos autorizados pelos tribunais superiores como hipóteses de incidência da medida prisional, inobstante as hipóteses legalmente previstas. Assim, para ser alcançada uma resposta mais efetiva e abrangente acerca do entendimento das instâncias judiciais sobre o conceito periculosidade para fins de justificação da prisão,

² PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. **A infiltração do axioma da periculosidade no Direito Penal e no Processo Penal sob a condescendência da Dogmática Penal**. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; PIMENTEL, Fabiano; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes (org.). Sistema penal e criminalização: periculosidade e construção probatória no discurso jurídico. Salvador: EDUNEB, 2023, p. 21-66.

concluiu-se ser adequada a realização um estudo da posição de um dos Tribunais Superiores a respeito do tema, pois, certamente, tal entendimento seria replicado pelos juízes de primeiro grau nos casos submetidos a sua apreciação, sendo escolhido o STJ, haja vista o seu papel reservado constitucionalmente de analisar violações à leis federais, como é o caso do CPP.

Diante das premissas estabelecidas, foram definidas como perguntas orientadoras da investigação as seguintes indagações: quais os elementos considerados pelo Superior Tribunal de Justiça ao utilizar o termo “periculosidade” para fundamentar os acórdãos em matéria penal de análise da prisão preventiva?; o que os resultados obtidos com a resposta à primeira indagação podem nos fornecer de conclusão sobre o real funcionamento e, conseqüentemente, sobre a legitimidade do sistema punitivo brasileiro?

Isto posto, com intuito de responder a essas indagações foi realizada uma pesquisa de jurisprudência no banco de dados público disponibilizado em sítio oficial pelo Superior Tribunal de Justiça³, efetuando-se uma busca geral pelas expressões “periculosidade e prisão preventiva”. Visando estabelecer uma amostra de pesquisa crível ao fôlego do estudo e coerente com as limitações de ordem prática da execução da investigação, foram selecionados os acórdãos proferidos no período entre 01 de janeiro de 2021 a 31 de dezembro de 2023 e ainda, aplicado o filtro da unidade da federação, limitando o estudo aos processos oriundos do Estado da Bahia. Com isso, obteve-se, assim, à título de amostra, o número de 146 acórdãos para investigação.

De posse dos documentos selecionados foi efetuado um exame do conteúdo dessas decisões, tendo como marco teórico a criminologia crítica no contexto brasileiro, que orientou o olhar da pesquisa para pensar criticamente a operacionalização do sistema punitivo frente às promessas normativas igualmente sustentadas por ele. Além disso, os resultados da investigação também foram postos em contrataste com as prescrições da doutrina processual penal brasileira sobre a prisão preventiva e sobre a periculosidade, efetivando-se, no campo da doutrina internacional, um contraponto das respostas encontradas com a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Ao fim, ainda se examinou as conclusões do estudo à luz dos

³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Pesquisa de Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 10 mar. 2024.

preceitos questionadores de Eugênio Raúl Zaffaroni quanto à legitimidade do sistema, apresentando-se a proposta do autor de um realismo marginal.

Portanto, serão expostas no presente trabalho as respostas obtidas com a observação empírica dos dados indicados, cuidando-se o segundo capítulo do estudo de oferecer informações iniciais acerca da metodologia empregada na pesquisa, das técnicas utilizadas, do processo de delimitação da amostra e de sistematização de dados, além de tecer esclarecimentos teóricos preliminares acerca da categoria jurídica examinada, qual seja, a periculosidade. Encerrando o capítulo, serão expostos os dados gerais alcançados com a investigação, apresentando-se os resultados quantitativos e um panorama inicial das respostas qualitativas detectadas.

No capítulo seguinte serão apresentadas as categorias jurídicas extraídas com a exploração dos dados, aprofundando-se na análise dos elementos identificados durante a realização da pesquisa, como fundamentos que compõem o conceito de periculosidade no contexto examinado, desnudando suas contradições e controvérsias. Posteriormente, a partir da problematização proposta no trabalho, tais categoriais serão confrontadas com as principais premissas estabelecidas pela dogmática processual penal brasileira, enquanto regras observáveis no âmbito de aplicação da prisão preventiva. Ainda, como parte adicional da pesquisa principal programada, será revelada a posição específica do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia sobre a aplicação do conceito de periculosidade no âmbito da prisão preventiva, assentado numa investigação empírica complementar realizada na justiça local.

Por fim, em conclusão aos resultados atingidos com a pesquisa empírica documental, serão efetivados questionamentos da ordem crítica no campo da validade do argumento da periculosidade para o fim examinado, frente à teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e, em termos mais amplos, considerando os achados da investigação, se questionará a própria racionalidade e, como via de consequência, a legitimidade do sistema punitivo sob a ótica do pensamento de Zaffaroni.

2. METODOLOGIA DA PESQUISA E APRESENTAÇÃO INICIAL DE DADOS

Conforme esboçado na introdução deste estudo, a fonte principal do presente ensaio é a pesquisa empírica documental realizada no banco de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, visando responder ao questionamento orientador que

deseja investigar os elementos que formam o conceito de periculosidade como argumento de avaliação da decretação ou manutenção de prisões preventivas.

Por esse motivo, antes mesmo de expor os resultados obtidos com o exame dos documentos, é necessário explanar os caminhos percorridos e as escolhas metodológicas eleitas, reconstruindo o itinerário trilhado desde a delimitação da pergunta problema, à escolha dos métodos e técnicas, do acesso ao banco de dados e seleção da amostra, à coleta, separação e codificação das informações.

Assim, o capítulo a seguir se ocupará de proceder a tais esclarecimentos, com o intuito de, sobretudo, aderir ao padrão de replicação, possibilitando ao leitor o entendimento e a melhor avaliação da pesquisa realizada, viabilizando, inclusive, eventual reprodução da pesquisa.

Além disso, será desenvolvido um estudo teórico inicial acerca do conceito de periculosidade, apresentando considerações sobre a incursão e propagação do termo no âmbito do sistema penal, que passou a invadir a esfera dos penalmente imputáveis, alcançando, até mesmo, a justificação da decretação da prisão preventiva.

Por fim, tecidos os devidos esclarecimentos teóricos com relação ao termo pesquisado, na última seção do capítulo serão apresentados os dados iniciais colhidos com o exame dos documentos, em especial, os dados quantitativos retirados da amostra e as repostas qualitativas preliminarmente obtidas, fim de que, no capítulo seguinte, sejam demonstradas as categorias extraídas do estudo efetivado.

2.1. DA TÉCNICA DE PESQUISA E DO CAMINHO METODOLÓGICO

2.1.1. Métodos e técnicas

O termo “empírico” se refere à análise de fenômenos a partir da observação e da experiência. Segundo Epstein⁴, independentemente do tipo de dado pesquisado, toda pesquisa empírica deseja atingir alguns desses três fins: a coleta de dados para uso do pesquisador; a realização de resumo dos dados observáveis para compreensão do fenômeno; ou a realização de resumo dos dados obtidos para fazer inferências descritivas ou causais acerca de determinado objeto.

⁴EPSTEIN, Lee. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 24.

No caso deste estudo, de modo geral, pode se dizer que a proposta melhor se encaixa no terceiro objetivo descrito pela autora, já que a pergunta orientadora deseja, com o apoio dos dados selecionados, descrever o modo como o Superior Tribunal de Justiça constrói a argumentação da decisão que decreta ou mantém a prisão preventiva com base no argumento da periculosidade do agente, apurando se o Tribunal lança mão de uma teorização acerca da expressão, capaz limitar os contornos da sua definição conceitual.

Com efeito, deve ser registrado que a delimitação precisa do objetivo principal da pesquisa importa, pois a eleição do método e das técnicas de investigação em muito foram impostas pela própria indagação realizada. Em verdade, a imprecisão e subjetividade da expressão periculosidade, por si só, reclamam que a sua investigação seja realizada a partir da observação e da experiência, demandando uma apuração acerca dos pormenores do conceito segundo a orientação do Tribunal, ou seja, um estudo de caráter empírico. Do mesmo modo, uma vez que desejamos saber como se comporta o STJ na construção de determinado argumento, necessariamente teremos que realizar uma análise documental na pesquisa, cujo objeto são as decisões do referido órgão de justiça a respeito do tema.

Segundo Reginato⁵, a pesquisa documental pode ser definida como aquela que “envolve o uso de textos e registros que se apresentam a partir de uma fonte material”. Apresenta a autora, com base nos estudos desenvolvidos por Scott⁶, um conjunto de critérios aptos a avaliar evidências documentais, sendo necessário que o pesquisador se certifique acerca da autenticidade (evidência que indica ser genuína e inquestionável a origem do documento), da credibilidade (evidência que demonstra que o documento está livre de erros e distorções), da representatividade (apurção capaz de indicar que aquele documento é típico da sua espécie) e do sentido (evidência que demonstra que o conteúdo registrado é claramente compreensível).

A averiguação dos critérios elencados, todavia, neste ensaio, dispensa maiores desconfianças. A garantia de autenticidade, credibilidade e representatividade das evidências documentais colhidas é facilmente provada diante da demonstração de que o banco de dados utilizado para extração das decisões analisadas é de caráter

⁵ REGINATO, Andréa Depieri de A. **Uma introdução à pesquisa documental**. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 189-224. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf> Acesso em: 10 mar. 2024.

⁶ SCOTT, 1990 *apud* REGINATO, 2017.

oficial, sendo manipulada a ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponível no próprio sítio eletrônico oficial do Tribunal⁷. Quanto à clareza de conteúdo, em tese ela pode presumida pela própria natureza do documento a ser examinado, uma vez que as decisões judiciais, igualmente, devem ser dotadas de sentido e inteligibilidade, com previsão específica no ordenamento jurídico, de recurso próprio para sanar eventuais omissões, contradições, ambiguidades e obscuridades⁸.

Nesse sentido, tendo sido delimitado que a pergunta de pesquisa direciona à investigação para um exame de natureza empírica, cuja fonte documental, dotada de autenticidade, credibilidade, representatividade e sentido, é obtida na ferramenta de pesquisa de jurisprudência do STJ, carece assinalar a técnica empregada no exame de documentos. A respeito disso, de igual sorte, também é possível dizer que a indagação da investigação aponta no sentido da técnica eleita, definida como sendo a análise de conteúdo.

Bardin⁹ esclarece, no que tange à conceituação da análise de conteúdo enquanto técnica de pesquisa, que esta seria definida como:

Um conjunto de técnicas de análise das comunicações visando obter por procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens indicadores (quantitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) dessas mensagens.

A finalidade da análise de conteúdo seria, portanto, a efetivação de deduções lógicas acerca do conhecimento investigado, justificada precisamente no conteúdo da mensagem que está por trás das palavras empregadas no texto. Assim, à vista da pesquisa proposta, somente a análise de conteúdo poderia oferecer respostas a respeito da construção do conceito investigado, seja do ponto de vista quantitativo, ao possibilitar a indicação da frequência do uso de determinadas expressões no discurso, seja qualitativamente, indicando os valores de referência e os modelos de comportamentos presentes no enunciado.

⁷SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Pesquisa de Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 10 mar. 2024.

⁸ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Título II, Capítulo VI, art. 619. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 10 mar. 2024.

⁹ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo.** Tradução: Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016, p. 48.

Por conseguinte, antecipo que o estudo realizado se ocupou tanto de uma análise quantitativa, quanto de um exame qualitativo dos documentos. De fato, utilizando-se da mesma sistemática levantada para justificar os demais meios empregados na investigação, a conclusão lógica seria de que a pergunta orientadora direciona para uma investigação de natureza meramente qualitativa, uma vez que se deseja extrair os elementos textuais considerados pelos ministros do Tribunal na formulação do conceito de periculosidade. Nessa perspectiva, conforme afirma Igreja¹⁰, o objetivo da pesquisa qualitativa seria, não alcançar dados quantificáveis, mas promover um exame das informações levantadas, suficiente à enxergar a complexidade do objeto de estudo em suas múltiplas características e relações, permitindo, assim, uma análise aprofundada sobre determinados processos ou relações sociais.

Todavia, no processo de sistematização de dados também vai importar a enumeração da frequência das expressões utilizadas, para então se alcançar uma conclusão efetiva sobre o consenso nos critérios de definição do conceito, assim como é importante para o leitor ser cientificado acerca de outros dados colhidos na amostra investigada que, por sua vez, reclamam uma identificação numérica, a exemplo da periodicidade das concessões de liberdade nos casos analisados, do percentual de reforma da decisão do Tribunal de origem, dos tipos de crime imputados aos destinatários do provimento judicial, dentre outros. Por esse motivo, em que pese possa ser o estudo designado como sendo majoritariamente qualitativo, serão também apresentados aspectos quantitativos sobre os documentos examinados.

Por fim, cabe ainda esclarecer, em termos mais amplos, o método utilizado para formulação da resposta ao segundo quesito geral da pesquisa. Se afirmei que a pergunta eleita para investigação orientou a opção pela pesquisa empírica de caráter documental, através da qual será realizada a análise de conteúdo do acórdãos proferidos pelo STJ e cujas conclusões serão apresentadas em dados quantitativos e qualitativos, qual então raciocínio metodológico que será empregado na categorização dos dados e na sua análise crítica?

¹⁰ IGREJA, Rebecca Lemos. **O Direito como objeto de estudo empírico**. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 11-38. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf> Acesso em: 10 mar. 2024.

Neste ponto, no que se refere ao método científico, afirmam Lakatos e Marconi¹¹ que ele pode ser definido como “o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista”. Em suma, as autoras em sua obra discorrem sobre conceitos, fases e técnicas das espécies dos métodos de investigação, sendo eles o indutivo, o dedutivo, o hipotético-dedutivo e o dialético.

Dito isso, depois de analisar os problemas orientadores da presente pesquisa e em, especial, os objetivos que se pretende alcançar com as respostas à estas indagações, que consistem em averiguar qual o pensamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do conceito de periculosidade enquanto justificador de prisões e, com isso, alçar reflexões sobre o real funcionamento do sistema punitivo brasileiro, conclui-se que o método indutivo é o que melhor se aplica à proposta.

Detalhando melhor, ao definir o processo indutivo de produção do conhecimento, Gustin¹² afirma ser ele um procedimento mental que parte de dados particulares, especificamente localizados, e se dirige à obtenção de constatações gerais, através das fases de observação dos fenômenos, do estabelecimento de relações entre eles e do processo de generalização dos achados. Lakatos e Marconi¹³, por sua vez, apontam que o objetivo dos argumentos dentro do processo indutivo é levar à conclusões gerais, cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

Sob tal perspectiva, observa-se que independentemente dos filtros aplicados para delimitação da amostra, é fato que a pretensão do estudo foi desenvolvida a partir da análise de determinadas decisões (dados particulares), com o intuito de inferir uma conclusão sobre o pensamento do Tribunal, como um todo, a respeito do tema e ainda, estabelecer reflexões sobre o modo de funcionamento do sistema punitivo (constatação geral).

Ainda assim, destaca-se que, muito embora indiquem Lakatos e Marconi¹⁴ que as premissas no método indutivo levam apenas à conclusões prováveis, tornando-se,

¹¹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83.

¹² GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

¹³ LAKATOS; MARCONI, *op. cit.*, p. 86.

¹⁴ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**, p. 86.

deste modo, a conclusão final extraída com este ensaio provavelmente verdadeira (e não indubitavelmente verdadeira), é segura a escolha pelo método indutivo, pois a justificação da inferência indutiva está justamente na expectativa e crença de que haja certa regularidade nas coisas e, conseqüentemente, havendo constância nas respostas obtidas com os documentos analisados, a resolução da pesquisa pode então ser considerada como válida.

Portanto, ao fim podemos caracterizar o presente ensaio como sendo uma pesquisa empírica de caráter documental em que, por meio da análise de conteúdo, serão extraídos dados de natureza quantitativa e qualitativa capazes de, através da incidência do método indutivo do conhecimento científico, elaborar constatações gerais relativamente ao conceito de periculosidade para fins de prisão preventiva na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, eventualmente, sobre o próprio funcionamento do sistema punitivo brasileiro, como um todo.

2.1.2. Delimitação da amostra e sistematização dos dados

Esclarecidas as técnicas de pesquisa empregadas e o método científico orientador do trabalho, passa-se à exposição dos processos de delimitação, pré-análise, sistematização, organização e codificação dos dados de pesquisa.

Rememorando, o objetivo geral da pesquisa é descobrir o que é periculosidade para o STJ, especificamente no concerne à aplicação do conceito para fins de prisão preventiva. Também como mencionado no tópico anterior, a investigação realizada partiu dos documentos acessados de forma pública no banco de dados de jurisprudência do Tribunal, cuja ferramenta é disponibilizada no próprio sítio eletrônico do órgão de justiça.¹⁵

Com isso, tratei de realizar uma busca inicial por julgados contendo os termos “periculosidade” e “prisão preventiva”, reunidos na mesma frase e empregados conjuntamente no item de busca denominado no *site* como “critérios de pesquisa”, sendo encontrados nessa pesquisa preliminar, cerca de 21.283 (vinte e um mil duzentos e oitenta e três) acórdãos.

¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Pesquisa de Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 10 mar. 2024.

Esclarece-se que o estabelecimento dos critérios de busca nas expressões “periculosidade” e “prisão preventiva”, reunidas na mesma frase, foi pensando a fim de que fossem excluídos dos resultados os casos em que o conceito de periculosidade era aplicado durante a dosimetria da pena, assim como minimizar as chances de que fossem filtradas decisões em que se discutia a periculosidade no campo de análise da inimputabilidade, como avaliação da medida de segurança – questão igualmente problemática - já que o interesse da presente pesquisa se situa em torno da incidência do termo no contexto de justificação da segregação cautelar dos imputáveis.

Dito isso, escolhi trabalhar com acórdãos, excluídas súmulas, decisões monocráticas, informativos de jurisprudência e jurisprudência em teses, pois presumi que o documento pudesse conter informações mais completas sobre o caso e contar com o desenvolvimento de uma argumentação mais aprofundada sobre o termo investigado, uma vez que “decisões monocráticas” é gênero do qual deriva uma série de atos do julgador que não implicam necessariamente no exame detalhado das circunstâncias do processo. Ao mesmo tempo, a delimitação da análise unicamente no âmbito dos acórdãos reúne a possibilidade de constatação do pensamento colegiado do Tribunal Superior, de agrupamento dos resultados de acordo com as turmas julgadoras e, por vezes, o acesso à informações acerca do pensamento do Tribunal de origem sobre o tema.

Ainda assim, a amostra inicialmente obtida, apontada em cerca de 21.283 (vinte e um mil duzentos e oitenta e três) acórdãos, era demasiadamente extensa para a realidade da pesquisadora e para o tempo disponível de execução do estudo. Por esse motivo, decidi estabelecer um marco temporal para as decisões analisadas, entendendo que o exame do entendimento do Tribunal nos últimos 03 anos pudesse representar tanto atualidade da posição, visto que o trabalho não possui o interesse em realizar uma análise comparativa temporal sobre a posição do STJ a respeito do objeto de estudo, como também fornecer um caráter objetivo de limitação da amostra.

Nessa perspectiva, fixei como critério de filtro dos resultados os acórdãos com data de publicação definidas no intervalo de 01 de janeiro de 2021 a 31 de dezembro de 2023. Com essa opção, foram encontrados cerca de 3.314 (três mil trezentos e quatorze) acórdãos publicados no período, o que, infelizmente, não bastou a resolver por completo a questão da quantidade demasiada de dados para exame.

Sobre isso, analisando os desafios das apurações em processos judiciais, Silva¹⁶ destaca que além dos obstáculos metodológicos e epistemológicos comuns às demais pesquisas, a pesquisa em processos judiciais é condicionada por diversas outras limitações, dentre as quais se destaca a abundância de fontes, o que exige do pesquisador um cuidado especial no recorte da amostra do objeto pesquisado.

Dessa forma, pensando em delimitação da amostra de pesquisa, pretendendo reduzir a abundância encontrada na fonte, neste momento enfrentei o desafio de identificar um critério justificado que pudesse reduzir o universo dos acórdãos examinados. Ante o dilema o apresentado, conforme orienta Epstein¹⁷, ao estabelecer regras de elaboração da pesquisa, especificamente quanto à seleção das observações, tentei imaginar um critério que pudesse definir o universo pesquisado de forma clara, a não induzir ambiguidades, como também que não contaminasse a pesquisa com qualquer viés de caráter pessoal da pesquisadora.

Segundo a Autora¹⁸, no exercício do estudo empírico, seja ele de natureza quantitativa ou qualitativa, são quatro as regras essenciais para se alcançar inferências válidas: identificar a população de interesse; coletar o máximo de dados possíveis; registrar o processo pelo qual os dados foram observados; e coletar dados de uma maneira que evite o viés de seleção.

Consoante anteriormente destacado, o universo geral da população de interesse representava, após aplicação do filtro temporal, cerca de 3.314 (três mil trezentos e quatorze) acórdãos publicados. Todavia, a ausência de recuso humano e a escassez de tempo requisitavam uma redução da amostra. Nessa conjuntura, ao observar as possibilidades de filtros de resultados apresentadas pela plataforma do Tribunal, vislumbrei a viabilidade de restringir a amostra aos acórdãos oriundos da unidade federativa do Estado da Bahia. Como resultado dessa aplicação, obtive, assim, um número final de 146 (cento e quarenta e seis) acórdãos, encontrados a partir da incidência da expressão “periculosidade e prisão preventiva”, com data de publicação entre 01 de janeiro de 2021 a 31 de dezembro de 2023, vinculados aos processos advindos do Estado da Bahia.

¹⁶ SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Pesquisa em processos judiciais**. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 275-320. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf> Acesso em: 10 mar. 2024

¹⁷ EPSTEIN, Lee. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013, p.128.

¹⁸ *Ibid.*, p. 127.

A partir dessa escolha, observei que a opção pelo critério “unidade federativa”, muito além de fornecer um parâmetro de recorte que de nenhum modo era contaminado por qualquer viés – dado que a pesquisadora não possuía qualquer conhecimento prévio sobre o conteúdo presente na amostra selecionada -, permitiu certa ampliação do objeto de estudo, uma vez que tratando-se as decisões colegiadas do STJ, do exame de recursos interpostos contra uma deliberação proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, era possível agora também analisar, por intermédio das referências feitas pelo Tribunal Superior, o posicionamento do Tribunal Estadual a respeito do conceito de periculosidade¹⁹.

Outrossim, considerando que no Brasil o ordenamento jurídico no âmbito processual penal rege-se por lei federal²⁰, não haveria maiores implicações na escolha de um recorte limitado ao Estado da Bahia, uma vez que as regras para exame do cabimento da prisão preventiva são únicas e uníssono se diz ser o sistema de justiça, não sendo a delimitação efetuada, capaz tornar a inferência final da pesquisa inválida.

Nesse sentido, chegamos ao seguinte recorte da amostragem de pesquisa:

Tabela 1 – Delimitação geral do universo de pesquisa

Crítérios de pesquisa	Filtros aplicados	Total de acórdãos filtrados	Percentual da amostra em relação ao universo geral pesquisado
Periculosidade e prisão preventiva	Nenhum	21.283	100%
Periculosidade e prisão preventiva	Acórdãos com data de publicação entre 01/01/2021 a 31/12/2023	3.314	15,57%
Periculosidade e prisão preventiva	Acórdãos com data de publicação entre 01/01/2021 a 31/12/2023 oriundos da unidade federativa do Estado da Bahia	146	0,68%

Fonte de pesquisa: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

O estabelecimento do número final de 146 (cento e quarenta e seis) acórdãos como população estudada no presente ensaio, no entanto, pode aparentar ser uma

¹⁹ Sem prejuízo da pesquisa principal realizada no ensaio, que se destina a apurar o conceito de periculosidade para o STJ, antecipo que será realizada uma investigação empírica complementar no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em que também será possível aferir a posição do Tribunal local sobre o tema, conforme será exposto no tópico 3.2 do trabalho.

²⁰ 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 Acesso em: 10 mar. 2024.

amostra um pouco reduzida para a realização de inferências válidas, quando comparado com o universo geral da população pesquisa – 21.283 acórdãos encontrados apenas com o filtro de pesquisa “periculosidade e prisão preventiva. A própria filtragem inicial, inclusive, por si só pode apresentar um problema quanto ao universo real de casos existentes, especialmente considerando a questão da “jurisprudência defensiva” no STJ.

Resumidamente, segundo afirma Vaughn²¹, a jurisprudência defensiva pode ser definida como a prática pelos Tribunais de “apego formal e rigidez excessiva em relação aos pressupostos de admissibilidade recursal, impondo a supervalorização dos requisitos formais para admissão dos recursos”. A ideia, portanto, é através de uma estratégia utilitarista, reduzir o número de casos que não de ser efetivamente analisados pelos Tribunais, consistindo em uma estratégia judiciária na tentativa de reduzir o numeroso acervo existente para sua apreciação.

Alguns exemplos dessa prática são apontados por Vaughn como sendo os entendimentos exarados em determinados casos pelo STJ quanto à necessidade de renovação do pedido de justiça gratuita por ocasião da interposição do recurso especial, o reconhecimento da deserção recursal em caso de erro no preenchimento de custas, a não indicação expressa do fundamento legal do recurso especial, dentre outros, sendo também sinalizado por artigos em colunas jurídicas na *internet*, limitações impostas para fins do exame de *Habeas Corpus*²².

Tais apontamentos, por conseguinte, podem indicar certa fragilidade nas conclusões que serão extraídas ao fim do exame empírico. Entretanto, compreendo que tal fato pode ser enxergado do ponto de vista de uma simples limitação na investigação, condição inevitável ao desenvolvimento de quaisquer pesquisas desta natureza. Uma vez obedecidos e demonstrados os critérios metodológicos eleitos, ainda diante de uma amostragem reduzida, não há de ser afastada a cientificidade do estudo, especialmente porque, de acordo com o que orienta Epstein, uma pesquisa empírica pode ser considerada confiável na medida em que “ela produz o mesmo

²¹ VAUGHN, Gustavo Fávero. **A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual**. São Paulo: Revista de Processo, v. 41, n. 254, p. 339-373, abr. 2016, p. 05.

²² MACIEL FILHO, Euro Bento. **O Habeas Corpus no alvo da “jurisprudência defensiva”**. Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/euro-filho-habeas-corpus-alvo-jurisprudencia-defensiva/> Acesso em: 30 jun. 2024.

resultado repetidamente, indiferente de quem ou do que está efetivamente realizando a medida”²³.

Igualmente, sobre a validade da dedução final de pesquisa a partir da amostra, assim assinalam Cohen e Nagell²⁴:

Se bem que nunca podemos estar completamente seguros de que um caso verificado seja uma amostra imparcial de todos os casos possíveis, em alguma circunstância a probabilidade de que isto seja verdade é muito alta. Tal acontece quando o objeto da investigação é homogêneo em certos aspectos importantes. Porém, em tais ocasiões, torna-se desnecessário repetir um grande número de vezes o experimento confirmatório de generalização, pois, se o caso verificado é representativo de todos os casos possíveis, todos eles são igualmente bons. Dois casos que não diferem em sua natureza representativa contam simplesmente como um só caso.

Ainda nesse aspecto, Maria Minayo no seu artigo intitulado “Amostragem e saturação em pesquisa qualitativa: consensos e controvérsias”²⁵, ao realizar um levantamento através do estudo bibliográfico, dos critérios quantitativos eleitos por alguns autores para abordagem metodológica, especificamente quanto à técnica de pesquisa qualitativa no âmbito da entrevista em campo, chega a conclusão de que uma quantidade consensual seria de ao menos 20 a 30 entrevistas para qualquer tipo investigação qualitativa.

Deste modo, o estabelecimento do número final de 146 acórdãos analisados para fim do presente estudo, apesar de aparentar uma parcela reduzida quando comparado com o universo geral da população pesquisa não afasta, portanto, a cientificidade da investigação, uma vez demonstrado o rigor metodológico e a repetição no resultado produzido, mormente se considerado que a pergunta orientadora direciona a uma resposta substancialmente qualitativa, pouco tendo influência a quantidade da amostra, se demonstrado que o número analisado alcançou um ponto de repetição dos fenômenos que dispensa a extensão quantitativa do objeto pesquisado.

Dito isso, esclareçamos a forma de sistematização desses dados.

²³ EPSTEIN, Lee. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013, p.105.

²⁴ COHEN; NAGELL, 1971, p. 104-106 *apud* LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 90.

²⁵ MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Amostragem e saturação em pesquisa qualitativa: consensos e controvérsias**. Revista Pesquisa Qualitativa: São Paulo, v.5, n. 7, p. 01-12, abril. 2017. Disponível em: <https://editora.sepq.org.br/rpq/article/view/82/59%20> Acesso em: 10 mar. 2024.

Segundo Bardin²⁶, a técnica de pesquisa da análise de conteúdo pressupõe a observância da seguinte cronologia: a pré-análise; a exploração do material; o tratamento dos resultados; e a interpretação. Na pré-análise o pesquisador deverá sistematizar as ideias iniciais de forma a lhe conduzir a um esquema preciso das demais fases da operação, escolhendo os documentos a serem submetidos à análise e já elaborando indicadores que possam fundamentar a interpretação final.

A partir desse roteiro, iniciei minha pré-análise fazendo o *download* dos 146 acórdãos no sítio do Superior Tribunal de Justiça e os armazenando em pastas divididas por anos – 2021, 2022 e 2023. Selecionei de forma aleatória alguns acórdãos para realizar uma leitura inicial do material, visando identificar quais informações contidas nos documentos poderiam ser úteis aos objetivos traçados no estudo, qual o padrão de estrutura das decisões, o que era possível esperar em termos de construção argumentativa no campo do tema investigado e quais as categorias que poderiam ser criadas inicialmente para o exame do material.

Assim, a leitura inicial permitiu, então, a preparação de uma planilha no programa *excel*, a princípio individualizada por ano de pesquisa, onde foram criadas tabelas para extração das informações contidas nos acórdãos. De início, foram elaboradas colunas de seleção com os dados mais simples fornecidos pela decisão, a exemplo de: tipo do recurso manejado; crime imputado ao agente; gênero do sujeito; representação por advogado particular ou pela defensoria pública; turma de análise do recurso; resultado do recurso; se a periculosidade era constatada ou afastada no caso; gênero daqueles que tiveram a periculosidade constatada; crimes em que a periculosidade foi constatada; representação de quem teve a periculosidade constatada; e a avaliação da periculosidade por turma julgadora do órgão.

No que tange ao conceito de periculosidade em si, foi criado um item de indicação em que era sinalizado se o termo de periculosidade foi apenas citado nas decisões, sendo associado a alguma outra expressão ou se houve o desenvolvimento de uma teorização mínima a respeito do tema. Semelhantemente, foi elaborada uma sessão para análise das mesmas informações mencionadas, desta feita, do ponto de vista do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia que figurou, em regra, como Tribunal recorrido nos recursos apreciados pelo STJ.

²⁶ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2016, p. 63.

A esse respeito, cabe esclarecer que na pesquisa principal somente foi possível a análise da posição do TJ/BA acerca da periculosidade a partir das informações contidas nos próprios 146 acórdãos analisados. É de praxe que durante a construção da fundamentação dos acórdãos, sejam transcritos trechos da decisão contra a qual se recorre, o que fora realizado por vezes nos documentos analisados. Em razão disso, foram exploradas também essas informações para se obter o conhecimento relativamente àquilo que pensa o TJ/BA sobre a periculosidade.

Sem prejuízo dessa perspectiva de investigação, de todo modo, antecipa-se que em caráter secundário foi desenvolvida uma pesquisa complementar no item 3.2 do presente estudo, que tratou de analisar especificamente o entendimento do TJ/BA sobre a periculosidade como critério avaliador do cabimento da prisão, cujas conclusões, de certo, igualmente contribuirão para um diagnóstico mais bem apurado da temática.

Retomando a questão da sistematização dos dados, após o estabelecimento dos itens de investigação de natureza quantitativa, foi iniciada a exploração dos documentos sob o aspecto qualitativo. No curso dessa primeira análise, além de durante a leitura de cada acórdão terem sido preenchidas as categorias anteriormente indicadas, foi reservado um espaço específico na planilha para a extração dos termos frequentemente associados ao conceito de periculosidade. De início, foi separado o entendimento por turma de julgamento, todavia, ao longo do estudo percebeu-se a inexistência de divergências significativas entre as turmas a respeito do objeto estudado, de modo que as informações do Tribunal a respeito do tema passaram a ser reunidas conjuntamente.

Ainda, dando encerramento à primeira análise do material, também foram selecionados e extraídos trechos específicos das decisões examinadas, a fim de que na exposição dos achados pudesse ser demonstrada, de forma mais direta, a construção argumentativa do STJ a respeito do conceito e sua aplicação no âmbito da prisão preventiva, tonando possível, assim, a identificação de eventuais incongruências ou contradições.

Ocorre, entretanto, que conforme antecipara Cappi²⁷ ao estudar a teorização fundamentada nos dados, no âmbito da pesquisa empírica se impõe a releitura

²⁷ CAPPI, Riccardo. **A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em Direito.** In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito.* São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. Disponível em:

constante dos materiais, sobretudo durante o processo de categorização desses resultados. Sendo assim, se na primeira leitura dos documentos catalogados foi possível extrair as expressões e termos que o STJ e o TJ/BA utilizavam para compor o fundamento da periculosidade, no segundo exame dos dados foi possível designar categorias capazes de representar o entendimento de ambos os Tribunais sobre o objeto teórico pesquisado, inclusive, quantificando a frequência de incidência desses achados nas decisões, e sendo de igual maneira reunidos os acórdãos em que estas categorias foram desenvolvidas de modo mais detalhado, com o intuito de proceder à sua exposição em capítulo próprio do trabalho.

Nesses termos, no contexto do cenário metodológico delimitado, serão expostos os resultados obtidos com o estudo empírico, não sem antes, porém, com o propósito de possibilitar um julgamento mais fundamentado dos achados de pesquisa, tecer alguns esclarecimentos de natureza teórica acerca periculosidade enquanto categoria jurídica, sobretudo situada como possível justificadora de prisões preventivas no Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito.

2.2. O RECORTE DE PESQUISA: A PERICULOSIDADE PARA FINS DE PRISÃO PREVENTIVA

Desde as leituras iniciais de Processo Penal na graduação, as hipóteses de decretação da prisão preventiva causaram certa inquietação. Pensar que antes mesmo de um exame mais aprofundado acerca das provas de autoria e materialidade do delito seria possível segregar alguém de forma cautelar provocava certa apreensão quanto à possibilidade de se cometer ilegalidades e injustiças. Ainda assim, era certo que o direito estava posto e as hipóteses já previstas, o que não afastou, contudo, a curiosidade e o interesse no estudo da matéria, especialmente quanto à forma de atuação judicial nesses casos.

Alguns estudos têm denunciado, de modo específico, a utilização do fundamento da garantia da ordem pública para fins de decretação da prisão preventiva e as problemáticas que envolvem a conceituação aberta do termo, permitindo que os limites legais e os requisitos teóricos da prisão sejam ultrapassados. A exemplo disso,

tem-se a pesquisa empírica desenvolvida por Chaves Junior e Silva²⁸, ao realizarem uma análise do emprego da referida hipótese nos acórdãos proferidos pelas Câmaras do Tribunal de Justiça de Santana Catariana, e as críticas emplacadas pelos autores Aury Lopes Junior e Alexandre Morais da Rosa²⁹, que questionam, inclusive, a constitucionalidade do argumento como previsão legal de decretação da prisão.

Todavia, para além da problemática envolvendo a questão da garantia da ordem pública ou, até mesmo, em razão dela, haja vista que a sua indeterminação conceitual permite a utilização de outros fundamentos que não os previstos legalmente para avaliação da prisão, tem sido observada a utilização de conceitos outros, igualmente vagos e imprecisos, de forma autônoma ou associada ao argumento da garantia da ordem pública, para justificar a ordem de segregação cautelar, a exemplo da ideia de periculosidade³⁰.

Segundo afirma Soler³¹, a periculosidade é um conceito nascido por reação e oposição à doutrina clássica do Direito Penal, sendo um preceito abstrato de utilização no campo da jurisprudência. Para Barros-Brisset³², a ideia de periculosidade dentro da ciência jurídica foi orientada pela necessidade de saber por que punir o criminoso, ou seja, pelo interesse na investigação da natureza do autor do delito.

A autora, analisando as circunstâncias que deram causa à irrupção do conceito de periculosidade no âmbito criminal e à sua integralização pelo discurso jurídico, divide os marcos de surgimento e aplicação do conceito em períodos. Segundo ela, no período compreendido ente 1810 a 1835, o estudo da periculosidade foi orientado pelo pensamento de Jean-Étienne Esquirol, psiquiatra que associava a loucura à prática de crimes. Em razão de ser verificada a ocorrência de crimes bárbaros e sem motivo evidente, em que o autor do delito não demonstrava, de modo

²⁸ CHAVES JUNIOR, Ayrto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. **Análise teórico-empírica da prisão cautelar para garantia da ordem pública**. Brasília: Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, v. 2, n. 3, p. 53-77, 2020.

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva**. *Conjur.* 6 fev. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva/> Acesso em: 27 mar. 2024.

³⁰ Conferir: LEÃO, Bernardo S. C.; PRADO, Alessandra R. M. **A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 7, n. 3, p. 1713-1749, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.627>

³¹ SOLER, Sebastián. **Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso**. Buenos Aires, AR: Valerio Abeledo, 1929.

³² BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. **Genealogia do conceito de periculosidade**. Responsabilidades: Belo Horizonte: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário – PAI-PJ, v. 1, n. 1, p. 37-52, 2011.

aparente, sofrer de problemas da ordem mental, foi criada a figura da monomania homicida, uma categoria específica da psiquiatria que afirmava ser a prática criminosa, um déficit moral intrínseco, uma loucura raciocinante, o que motivou a saída dos casos criminais da esfera da justiça, passando aos cuidados da psiquiatria.

Já no período entre 1840 a 1870, devido aos índices altos de reincidência, a ideia de risco começou a ser projetada. Desaponta, por conseguinte, a necessidade de o Estado proteger a sociedade e eleger um tratamento específico àqueles indivíduos os quais não estariam respondendo ao tratamento penal. De acordo com o que assinala Branco³³, as poucas referências que se tem sobre o assunto informam que dentre esses indivíduos estavam “os miseráveis espalhados pela cidade, índios, negros degenerados, trabalhadores, camponeses, imigrantes, mendigos, desempregados, retirantes, ou seja, os considerados perigosos para a ordem pública e a sociedade de bem.”

Nesse contexto, conforme afirma Barros-Brisset³⁴, Benedict-Augustin Morel sugeriu que a pesquisa no âmbito da psiquiatria estava apta a oferecer ao Estado essa solução, propondo então um plano de higiene física e mental, no qual os degenerados seriam classificados de acordo com seu grau de perigo, antes mesmo da prática de qualquer delito. Assim, os que portavam um “estado doentio”, como o da alienação mental, seriam perigosos para a segurança pública, necessitando, portanto, serem segregados.

Por último, aponta a autora como marco final, a fase em que definiu como “período lombrosiano”, compreendida entre 1876 a 1910. Nela, como antecipado em sua nomenclatura, a partir dos estudos de Cesare Lombroso foi defendida a ideia de que havia no criminoso uma patologia intrínseca, sendo o delinquente um doente indiscutivelmente perigoso.

Sobre as contribuições lombrosianas, não é possível deixar de destacar os contornos eminentemente racistas dos seus postulados. O médico e filósofo, responsável pelo estabelecimento da antropologia criminal, desenvolveu seus estudos a partir da etiologia, buscando identificar as causas do crime. Para tanto, conduziu uma pesquisa de natureza médica, analisando as características físicas e

³³ BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

³⁴ BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. **Genealogia do conceito de periculosidade**.

genéticas daqueles que eram levados ao cárcere, com o intuito de estabelecer um padrão criminógeno³⁵.

Com seu estudo empírico realizado com base em autópsias criminais, chegou à conclusão de que sendo as características de um criminoso oriundas do seu caráter físico e genético, existiria, portanto, uma predisposição dos indivíduos ao crime que era transmitida de geração em geração. Logo, considerados a partir das suas características físicas e fisiológicas, como o tamanho da mandíbula, a conformação do cérebro e a estrutura óssea, o criminoso era geneticamente determinado ao crime e, portanto, em razão da sua inevitável incorreção, deveria ser segregado por representar um perigo social, sendo estas algumas das conclusões alcançadas pelo autor no seu ensaio:

Os homicidas, os arrombadores, têm cabelos crespos, são deformados no crânio, tem possantes maxilares, zigomas enormes e frequentes tatuagens; são cobertos de cicatrizes na cabeça e no tronco.

Os homicidas habituais têm o olhar vidrado, frio, imóvel, algumas vezes sanguíneo e injetado; o nariz, frequentemente aquilino ou adunco como o das aves de rapina, sempre volumoso; os maxilares são robustos; as orelhas, longas; os zigomas largos; os cabelos crespos são abundantes e escuros.

(...)

Em geral, muitos criminosos têm orelhas de abano, cabelo abundantes, barba escassa, sinos frontais e maxilares enormes, queixo quadrado e saliente, zigomas largos, os gestos frequentes, em suma, um tipo aproximado de mongol, às vezes, do negro.

O costume, assaz frequente entre os bandidos, de usar tranças e, dentre esses, os bravos, de portar *cuiffo*, como insígnia de seu feroz *métier*, dar-se, provavelmente, em razão da sua esplêndida cabeleira crespa e rebelde a qualquer penteado.

No entanto, como pôde ser visto, a grande problemática da pesquisa de Lombroso, não obstante o seu esforço em buscar respostas para a ocorrência do fenômeno criminoso, foi ter se apoiado em achados obtidos tanto na efervescência da escravidão e como após a sua abolição. Conseqüentemente, uma análise que partisse dos sujeitos já encarcerados, pouco poderia apresentar conclusões sobre os fatores criminógenos em si, mas, sobretudo, sobre os perfis dos encarcerados à época. Ou seja, ainda que a sua investigação tenha sido produzida com rigor metodológico, analisar o perfil genético e físico de pessoas já sentenciadas como criminosas e então encarceradas, não necessariamente seria desvendar quem efetivamente praticava crimes, mas sim indicar quais eram as pessoas que à época são conduzidas pelo

³⁵ LOMBROSO, César. **O homem delinquente**. Tradução: Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

Estado ao cárcere e que tipo de condutas eram selecionadas para tanto. Nessa lógica, uma vez que utilizando-se dos meios de repressão penal reprimiam-se os negros e todas as suas práticas, seriam, evidentemente, as suas características físicas e biológicas majoritariamente encontradas no estudo.

Seus resultados, porém, não escaparam à adesão de outros estudiosos filiados à escola positiva, alcançando o Brasil, especialmente por intermédio dos estudos de Nina Rodrigues. Em sua obra “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil” Nina Rodrigues reforça a vinculação existente entre a ideia de contenção de indivíduos perigosos, em nome da defesa social, à questão racial, sobretudo defendendo a ausência de civilização e a inferioridade intelectual de negros e indígenas, a ponto de questionar a sua capacidade de discernimento quanto à prática delituosa e sustentar sua inimizabilidade³⁶.

Ainda, de acordo com o que afirma Branco³⁷:

Nina Rodrigues conseguiu então um novo feito para a escola positiva brasileira: identificar de forma mais precisa utilizando a teoria da degenerescência – diferenciando-se, nesse aspecto, totalmente das pesquisas lombrosianas e aproximando-se de Morel – as origens do potencial de periculosidade social (indevidamente associada pelos positivistas ao conceito de anormalidade), indicando assim, a pena privativa de liberdade e as medidas de segurança como meios ideais de defesa social.

E então, no contexto em que a noção de defesa social representava necessariamente a contenção de pessoas perigosas, assim definidas como sendo os mentalmente inferiores, seja em razão de uma condição biológica, seja devido a um déficit intelectual decorrente da raça, é que foi difundida a ideia de periculosidade. A partir disso, nos termos em que descreve Barros-Brisset³⁸, “o nó entre defesa social e periculosidade criminal normatiza a parceria direito-psiquiatria, criando uma nova

³⁶ “O negro não tem máo character, mas somente character instavel como a creança, e como na creança — mas com esta differença que elle já attingiu a maturidade do seu desenvolvimento physio- logico — , a sua instabilidade é a consequencia de uma cerebração incompleta. Num meio de civilização adiantada, onde possui inteira liberdade de proceder, elle destoa..., como era nossos paizes d'Europa, essas naturezas abru-ptas, retardatarias, que formam o grosso con-tingente do delicto e do crime. As suas impu-sividades são tanto melhor e mais frequente-mente frequentadas para o acto anti-social, quanto as obrigações da collectividade lhes apparecem mais vagas, quanto ellas são, em uma palavra, menos adaptaveis ás condições de sua moralidade e do seu psychico. O negro crioulo conservou vivaz os instinctos brutaes do africano: é rixoso, violento nas suas im-pulsões sexuaes, muito dado á embriaguez e esse fundo de character imprime o seu cunho na criminalidade colonial actual”. RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1894, p; 123-124.

³⁷ BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**, p. 77.

³⁸ BARROS-BRISSE, Fernanda Otoni. **Genealogia do conceito de periculosidade**, p. 47.

tecnologia de controle desses casos: a medida de segurança - uma precaução ao estado perigoso do indivíduo portador do déficit moral”.

Em consonância com o que descreve Barros-Brisset, aponta Soler ao dizer que o princípio prévio que preparou o caminho para a ideia da periculosidade foi o da defesa social³⁹, afirmando que este não completa seu valor enquanto não perfectibilizado o princípio da periculosidade. A sociedade, pois, necessitava da intervenção do Estado para sua defesa, ao passo que o entendimento doutrinário da época no âmbito da Escola Positiva, apontava a periculosidade como pressuposto e medida de intervenção penal nesse sentido⁴⁰.

No campo do positivismo penal, pontua Bogéa⁴¹ que Garófalo foi o primeiro que defendeu que a aplicação da sanção penal fosse graduada pelo critério da periculosidade. Em seus escritos, estabeleceu Garófalo a indissociável relação entre a anomalia psíquica e a delinquência⁴², concluindo então que aos loucos delinquentes deveriam ser aplicados os meios de repressão penal. O positivista, consoante acrescentou Andrade, formou o conceito de “temibilidade do delinquente”, que significava “a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade de mal previsto que há que se temer por parte dele”⁴³, sendo a expressão posteriormente substituída pela ideia de periculosidade.

Leão e Prado⁴⁴, por sua vez, indicam que a ideia de periculosidade, perigosidade ou temibilidade, se desenvolveu inicialmente pelos estudos de Ferri, sendo, em seguida, aprofundada por Garófalo. No caso do estudo a partir de Ferri, consigna-se que o autor atraiu à Justiça Criminal o estudo do criminoso, sob o

³⁹ SOLER, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*.

⁴⁰ LEÃO, Bernardo Sodré Carneiro; PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. **Onde está o perigo no crime de furto: raça e classe na não substituição da pena em face do estereótipo da periculosidade do sujeito**. IN: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; PIMENTEL, Fabiano; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes (org.). Sistema penal e criminalização: periculosidade e construção probatória no discurso jurídico. Salvador: EDUNEB, 2023, p. 83-128.

⁴¹ BOGÉA, Antenor. **Periculosidade: sua aferição e consequências penais**. Revista de informação legislativa, v. 13, n. 51, p. 115-150, jul./set. 1976.

⁴² “(...) estou convencido de que a anomalia psychica existe sempre, em maior ou menor grau, em todos os que, segundo minha definição, merecem o nome de delinquentes, mesmo quando se trata de crimes habitualmente atribuídos a certas condições locais e a certos hábitos, como o clima, a temperatura, as bebidas, mesmo quando se trata de delictos entretidos por certos prejuízos de raça, de classe ou da casta e que formam a criminalidade endêmica”. GAROFALO, Raffaele Barone. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal**. 3. ed. Lisboa [Portugal]: Classica Ed., 1916.

⁴³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 76.

⁴⁴ LEÃO, Bernardo Sodré Carneiro; PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. **A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 7, n. 3, p. 1713-2021.

argumento de que ele deve ser o protagonista da Justiça Penal. Com base nisso, concluiu que a prática criminosa seria então um sintoma revelador da personalidade mais ou menos perigosa do sujeito, motivação que orientou sua seguinte conclusão sobre a aplicação da pena:

(...) a pena, como última 'ratio' de defesa social repressiva não se deve proporcionar – e em medida fixa – somente à gravidade objetiva e jurídica do crime, mas deve adaptar-se também e sobretudo à personalidade, mais ou menos perigosa, do delinquente, com o sequestro por tempo indeterminado, quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, da mesma maneira que o doente entra no hospital não por um lapso prefixo de tempo – o que seria absurdo – mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida cotidiana. Daqui resulta que a insuprimível exigência para a hodierna Justiça Penal é esta: assegurar uma defesa social mais eficaz contra os criminosos mais perigosos e uma defesa mais humana para os criminosos menos perigosos, que são o maior número⁴⁵.

Deste modo, constatou-se a existência de um consenso nas leituras realizadas em apontar Ferri e Garófalo como sendo os principais percussores do termo periculosidade, conclusão esta também retirada através dos estudos de Soler⁴⁶ e Pérez⁴⁷. Assim, destacaram Leão e Prado⁴⁸ que tanto Ferri como Garófalo pregavam que a periculosidade representava a quantidade de mal que sociedade poderia temer por parte do delinquente e da sua conduta, devendo a pena ser graduada de acordo com as características biopsicológicas, físicas e sociais do sujeito, além das particularidades do delito cometido, elementos reveladores desta periculosidade.

Grispini⁴⁹, também positivista e defensor da teoria do estado de perigo, proclamava a periculosidade como um modo de ser, uma condição psíquica que representa a probabilidade da ocorrência de um delito futuro. Essa possibilidade, quando decorrente do caráter de uma pessoa, poderia então ser definida como a capacidade muito relevante alguém cometer um delito. Dessa forma, o delito não seria, portanto, a única coisa que antecederia a sanção penal, sendo intrínseca à ideia de defesa social, a constatação da existência da periculosidade para a aplicação da pena.

⁴⁵ FERRI, 1931, p. 47 *apud* ANDRADE, 2003, p. 76.

⁴⁶ SOLER, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*.

⁴⁷ PÉREZ, Luis Carlos. *Teoría del estado peligroso*. Colombia: Revista da Universidad Nacional (1944 - 1992); número. 7 (1946): Revista Trimestral de Cultura Moderna (julho-agosto-setembro); p. 233-257.

⁴⁸ LEÃO, Bernardo Sodré Carneiro; PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. **A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe**.

⁴⁹ SOLER, 1929, p. 14, *apud* Grispigni, 1920, p. 103.

No contexto do desenvolvimento da ideia de periculosidade, Sebastian Soler⁵⁰ registrou que Ferri, devido às críticas sofridas em razão de sua defesa pelos positivistas da perspectiva de que o criminoso assim o era quase exclusivamente devido às suas características biológicas, agregou à formação do conceito de periculosidade, outros elementos como a personalidade do delinquente - formada por aspectos antropológicos, psíquicos e morais -, o fato criminoso em si - analisado a partir da forma e do modo de ação, da qualidade do bem jurídico e do resultado do dano ou perigo -, e os motivos determinantes do crime, eleito por ele como sendo a pedra angular dessa qualificação.

Em igual sentido, o autor destaca o pensamento de Jiménez de Asúa, que coadunando com os acréscimos feitos por Ferri no que tange à inclusão de fatores socioantropológicos e morais no aspecto da periculosidade, afirma que o conceito de periculosidade deve ser composto pela personalidade do homem no seu triplo aspecto (antropológico, psíquico e moral), pela vida anterior ao crime ou ao ato de perigo, pela conduta do agente após a ação, pela qualidade dos motivos e pelo ato em si, que manifesta perigo.

Pérez⁵¹ também indica que para formar um juízo sobre o estado de perigo é necessário começar por investigar a tendência do indivíduo ao cometimento de crimes. Contudo, só isso não seria suficiente, sendo indispensável investigar, juntamente com as características anteriores da personalidade do agente, outros aspectos da sua vida, assim como o comportamento dele, observado após o delito, a sua influência no mundo, dentre outros fatores. Além disso, uma vez estabelecido todo o complexo referente às condições do sujeito, deveria ainda ser considerada a gravidade do delito e os motivos determinantes.

Essa periculosidade, ademais, segundo Ferri - muito embora não concorde Soler com essa divisão⁵² -, pode ser dividida entre periculosidade criminal e periculosidade social, sintetizando o autor que *“para la defensa preventiva hay una genérica peligrosidad social; para la defensa represiva hay una específica*

⁵⁰ SOLER, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*.

⁵¹ PÉREZ, PÉREZ, Luis Carlos. *Teoría del estado peligroso*.

⁵² O autor entende que não há qualquer diferença entre periculosidade criminal e periculosidade social, pois, em resumo, ambas se condensam na possibilidade de uma futura delinquência. Para ele, a periculosidade está não está no fato de se ter cometido um delito, mas sim na possibilidade de sejam cometidos outros crimes e isso sim é que interessa à prevenção. (SOLER, *op. cit.*, p. 112)

*peligrosidad criminal*⁵³, sendo que “*la peligrosidad social trae consigo el peligro de delito: la peligrosidad criminal trae consigo el peligro de reincidencia*”⁵⁴.

Portanto, sintetizando as ideias até aqui apresentadas, segundo sistematizou Bogéa⁵⁵, a periculosidade pode ser representada a partir dos seguintes caracteres:

1. A periculosidade é um *status* que independe da vontade do criminoso e que se opera por si;
2. A periculosidade é uma qualidade do homem e não da infração e inclusive, conforme Ferri, ela pode ser constatada antes da ocorrência do delito;
3. A periculosidade é uma prognose acerca de um fato delituoso (futuro), tendo como missão uma função preventiva;
4. A periculosidade é gradual, sendo sua intensidade indicada em menor ou maior grau, não raras vezes pelas leis penais.

Acerca da gradação da periculosidade, Bogéa destaca que não é pacífica a circunstância responsável pela maior ou menor indicação da periculosidade do delinquente, podendo “ter a sua raiz aprofundada na estrutura viciosa da capacidade de entendimento do indivíduo”.⁵⁶ Segundo ele, “distúrbios mentais, cuja origem mergulha na progênie do perigoso, poderão responder pela exacerbação do estado antissocial. Mas essa origem pode vincular-se a disfunções orgânicas adquiridas, ou relacionar-se com fatores exógenos”⁵⁷.

Tudo isso exposto, registra-se que conquanto não tenham os positivistas poupado esforços em atribuir um sentido mais palpável ao critério da periculosidade, não foram poupados, igualmente, das críticas dirigidas à defesa da categoria, justamente em razão da indeterminação do termo, consignando Soler, desde já, a sua posição⁵⁸:

Tócanos considerarlo como critério jurídico, y desde este punto de vista, su imprecisión, sua indeterminación, las dificultades que sua aplicación plantea, la trama de contradicciones teóricas que envolve, a la par de su tendencia invasora que falsamente simplifica todos los tópicos del Derecho Penal, nos parecen aconsejar que a su respecto es necesaria mucha prudencia, aún para su funcionamiento post-delitual.

⁵³ SOLER, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, p. 111 *apud* Ferri, 1881, p. 295.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ BOGÉA, Antenor. **Periculosidade: sua aferição e consequências penais**, p. 133-134.

⁵⁶ BOGÉA, *op. cit.*, p. 140.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ SOLER, *op. cit.*, p. 189-190.

Pensando nisso foi que, Segundo Pérez⁵⁹, os governos passaram a aprovar leis que de modo específico abordavam a repressão do Estado contra figuras perigosas, muitas vezes estabelecendo hipóteses taxativas de reconhecimento da periculosidade. Como exemplo, cita o autor a mendicância e a vagabundagem, reprimidas pela Lei Espanhola de 1933. Pérez ainda dá destaque especial ao Código de Defesa Social Cubano de 1936, indicando ser a legislação mais avançada da época no âmbito da especificidade das condições que indiquem periculosidade. Nele restou previsto o conceito de periculosidade, dispondo no artigo 48 que “si entiendes por estado peligroso cierta predisposición morbosa, congénita o adquirida mediante el hábito que, destruyendo o envenenando los motivos de inhibición, favorece la inclinación a delinquir de un sujeto”⁶⁰. O mesmo artigo ainda previu, como critérios de gradação da periculosidade, a perturbação mental, o uso habitual ou a dependência de drogas, o jogo ou a mendicância habituais, o acometimento por doenças venéreas de contágio, os vícios moralmente repreensíveis, dentre outros.

Em contrapartida, afirmou Pérez em seu estudo que as leis penais da Colômbia, à época, não previam qualquer hipótese de reconhecimento da responsabilidade penal com base na periculosidade. A periculosidade, contudo, segundo a legislação colombiana, servia à gradação da pena nos limites legais, como uma espécie de agravante, não se admitindo nesse sistema, o reconhecimento da periculosidade pré-criminal⁶¹.

Quanto ao Brasil, enquanto vigente a redação original do Código Penal de 1940⁶², era previsto no capítulo destinado às medidas de segurança, o reconhecimento da periculosidade tanto taxativamente, como na hipótese de atuação discricionária do julgador. No artigo 78 da norma foi elencado o rol daqueles presumivelmente perigosos, assim considerados os inimputáveis, os sem-imputáveis, os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou por substância de efeitos análogos (se habitual a embriaguez), os condenados por crime que hajam cometido como filiados à associação de bando ou quadrilha de malfeitores, além dos reincidentes em crime doloso.

⁵⁹ PÉREZ, Luis Carlos. *Teoría del estado peligroso*.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 244.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² BRASIL. **Decreto Lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (publicação original)**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 30 mar. 2024.

A presunção de periculosidade no referido Código, todavia, era afastada quando a sentença tivesse sido proferida dez anos depois do fato nos casos de inimputabilidade, e ou cinco anos depois do ocorrido nos outros casos. Além disso, era disposto no artigo 77 do diploma normativo, o procedimento de verificação da periculosidade nas hipóteses não presumidas legalmente, sendo reconhecido perigoso o indivíduo se a sua personalidade, os antecedentes, os motivos e circunstâncias do crime fossem suficientes a supor que ele iria voltar a delinquir.

Ocorre, no entanto, que igualmente às disposições teóricas a respeito do tema, as previsões normativas não foram suficientes a resolver a problemática da indeterminação e subjetividade do conceito da periculosidade. Observa-se nos exemplos apresentados que, quando a margem para o exercício da discricionariedade de indicar quais eram as pessoas definidas como perigosas não era possibilitada de modo expreso pela própria legislação, como era o caso do Brasil no seu artigo 77, as próprias hipóteses taxativamente previstas permitiam ser enquadradas nelas quaisquer pessoas que o poder dominante assim entendesse como conveniente segregar, como por exemplo no Código Cubano, que indicava a possibilidade de maior gradação da periculosidade nos casos em que se constatavam na pessoa “vícios moralmente repreensíveis”.

Reconhecendo isso foi que o próprio Luiz Carlos Pérez⁶³ apresentou como principais objeções à teoria da periculosidade, tanto a impossibilidade de se realizar um juízo efetivo acerca da sua constatação, uma vez considerada a sua definição como um exame da probabilidade futura do cometimento de um crime, quanto o problema da grande margem de discricionariedade judicial nesses casos. Para ele, um julgamento sobre a periculosidade de alguém só poderia ser completamente estabelecido através de uma investigação psicológica da personalidade o que, por sua vez, seria impossível, dado que os transtornos mentais são de extraordinariamente complexos e amplos. Por isso, afirma que *“la aceptación incondicional de las tesis sobre peligrosidad conduce al establecimiento de normas reglamentarias elásticas, instrumentos perjudiciales en las manos del juez”*⁶⁴.

Sebastián Soler, inclusive, vai muito da crítica feita por Pérez, chegando a assinalar que a adoção do sistema da periculosidade infringe os pilares do direito

⁶³ PÉREZ, Luis Carlos. *Teoría del estado peligroso*.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 246.

penal clássico, quanto à impossibilidade do estabelecimento de um crime ou de uma pena sem lei e também de uma pena sem crime:

Ahora bien; si los delitos em particular tienden a borrarse para confundirse em general com todos los hechos reveladores de peligrosidad, es indudable que la matéria sobre que versa el juicio de peligrosidad se amplifica tanto que no puede contenerse em enumeraciones legales. Se tratade um juicio sobre la personalidad entera de um hombre, um juicio sobre su vida pasada y sobre sus posibilidades. Para ese juicio son importantes los datos traídos por lo delitos cometidos, pero también lo son los simples contravenciones o inmoralidades; incluso los actos inocentes, en los que se dibuja el carácter del sujeto, son de importância suma porque pueden descubrirnos, mejor aún que el delito, la falta de sentimientos de piedad, solidaridad y justicia. Ante el juicio de peligrosidad, el reo responde por los que es; por todos los actos pasados y em vista de los futuros. Claro es em consecuencia que la ley no puede fijar um carácter al hecho particular. La adopción del sistema de la peligrosidad echa al suelo las três columnas del derecho penal clásico: nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege; nulla poena sine crimen⁶⁵.

Soler ainda vai sustentar como não aceitável a noção de estado de perigo que esteja situada entre o juízo sobre a normalidade ou a anormalidade do sujeito. Isto porque, defende o autor que mesmo no caso das anomalias não patológicas, com um olhar mais apurado do caso será possível identificar que ela é, sobretudo, um reflexo dos males humanos coletivos, que acabam por construir a personalidade do sujeito. De acordo com ele, os fatores sociais atuam de forma imediata não somente sobre o crime, mas através do sujeito, sendo muitas dessas indicações nomeadas como doências, em verdade, comportamentos oriundos do processo de aprendizagem.

Há ainda que se dizer, que apesar de na concepção o conceito de periculosidade ter sido entendido como uma condição reconhecida inicialmente aos reincidentes e aos inimputáveis em consequência da doença mental, sendo estes considerados presumidamente perigosos, conforme exposto por Soler⁶⁶, na medida em que a defesa social reclamava a atuação do Estado, os positivistas avançavam cada vez mais no sentido de dar extensão ao conceito, ampliando a fórmula de maneira a alcançar, por exemplo, os alcoólicos, as pessoas em situação de rua e em situação de vulnerabilidade social e, do mesmo modo, em nítido alargamento da categoria, a periculosidade que inicialmente funcionou apenas como medida de gradação da pena, passou a ser entendida como condição legal da responsabilidade penal, especialmente a partir da defesa de Florián e Grispigni.

⁶⁵ SOLER, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, p. 49.

⁶⁶ *Ibid.*

Atualmente no Brasil, sob o efeito persistente do originário Código Penal de 1940, a periculosidade segue como fundamento da medida de segurança aplicada aos inimputáveis e semi-imputáveis, permanecendo o conceito, dotado dos problemas que orientaram as críticas expostas até aqui. Em conformidade com o que destaca Juarez Cirino dos Santos⁶⁷, a crise das medidas de segurança decorre justamente do fato de que a nenhum método científico é possível prever o comportamento futuro, bem como da ausência de demonstração que tal instrumento seja capaz de transformar as condutas praticadas por inimputáveis ou semi-imputáveis, em atos ajustados conforme a lei.

Na mesma perspectiva, segundo alerta Branco, “a periculosidade social não corresponde a nenhum dos critérios que constroem o diagnóstico psiquiátrico sobre os quais se funda o método científico e não se reveste de qualquer valor terapêutico, cumprindo, tão somente, a função de defesa social.”⁶⁸ Acresce, ademais, que a indissociação feita entre sofrimento mental e perigo é o fundamento de um sistema penal psiquiatrizado, que atua de forma institucionalizada, estabelecendo estigmas patológicos para a demarcação de pessoas com o rótulo de perigosas.

Do ponto de vista das pessoas penalmente imputáveis, muito embora as disposições originárias do Código de 1940 tenham sido revogadas e a periculosidade no Código Penal atual se encontre restrita à medida de segurança (vide artigo 97, §º e §3º), e no Código de Processo Penal, por sua vez, igualmente limitada à aplicação e execução da medida de segurança (artigo 549 e seguintes do Título II, Capítulo VII, e artigo 751 e seguintes do Título V), à apuração para gradação do arbitramento da fiança (artigo 326) e às condições do livramento condicional, ambos regramentos aplicáveis aos que tiveram em seu desfavor aplicada tal medida (artigo 710), são reconhecidas pesquisas que apontam a utilização do conceito de periculosidade para avaliação acerca da prisão preventiva, sob a roupagem do famigerado fundamento da garantia da ordem pública⁶⁹.

Nesse caso, a controvérsia não se resume unicamente à indeterminação da expressão, questão já problematizada pelos críticos da teoria do estado de perigo. Em termos do ordenamento jurídico brasileiro atual, além de inexistir qualquer hipótese

⁶⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

⁶⁸ BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**, p. 198.

⁶⁹ PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; PIMENTEL, Fabiano; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes (org.). **Sistema penal e criminalização: periculosidade e construção probatória no discurso jurídico**.

legal que autorize a averiguação da periculosidade para fins de prisão preventiva a sujeitos penalmente imputáveis, a própria sistemática eleita pela Constituição Federal e pela norma processual penal, reclama ao sistema punitivo brasileiro a ideia de limitação do poder punitivo, de contenção ao arbítrio do Estado, de defesa da legalidade e da excepcionalidade da prisão cautelar, assegurando, assim, todos os princípios e garantias inerentes a essa condição.

De certo, conforme destacado por Prado, com base no estudo então realizado, foi possível observar que a infiltração do axioma da periculosidade no Direito Penal e no Processo Penal se deu sob a condescendência da dogmática penal, que através da escola positiva defendeu a aplicação da referida categoria jurídica, responsável pela exclusão dos sujeitos tidos como inadequados para o convívio social, considerados como social, psicológica e biologicamente inferiores⁷⁰.

Em meio a esse contexto, ainda é possível verificar, consoante alertam Leão e Prado⁷¹, que a opção pela adoção do discurso da periculosidade pelo controle penal torna possível que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, mantenha sua aparência de neutralidade racial, enquanto se apoia em termos indeterminados e subjetivos, ao tempo em que continua segregando socialmente os indesejados, eleitos pelo sistema como os homens jovens, negros e pobres. Por isso, destacam os autores o refinamento da máquina punitiva, advertindo que:

O sistema vigente é mais sofisticado do que a racionalidade da criminologia positivista, pois permite a manutenção do papel funcional do sistema punitivo no extermínio da população negra, sem precisar ser abertamente racista, uma vez que há outros elementos da estrutura social e do sistema penal que reproduzem as hierarquias sociais e raciais⁷².

Assim sendo, conhecidos todos esses pressupostos, tendo em conta a imprecisão conceitual do termo “periculosidade”, a amplitude dada à teoria do estado perigoso pela escola positiva, assim como cientes das suas críticas e das restrições que problematizam a adoção do conceito pelo sistema punitivo atual do Brasil, que sob a promessa de racionalidade proclama-se garantista e respeitador dos princípios inerentes a esse modelo de justiça, é que serão examinados os achados documentais

⁷⁰ PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. **A infiltração do axioma da periculosidade no Direito Penal e no Processo Penal sob a condescendência da Dogmática Penal.**

⁷¹ LEÃO, Bernardo S. C.; PRADO, Alessandra R. M. **A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe.**

⁷² *Ibid.*, p. 1740.

que investigam a forma de construção do conceito de periculosidade pelo Superior Tribunal de Justiça.

2.3. DADOS GERAIS OBTIDOS

Oferecido o suporte teórico a respeito do termo investigado, bem como ofertadas as suas críticas e contextualizadas as condições da sua aplicação no sistema penal brasileiro, já é possível proceder à apresentação dos resultados obtidos com a pesquisa documental realizada.

Conforme antecipado no item 2.1.2 do capítulo, a partir das delimitações de natureza temporal e geográfica da população de pesquisa, foi obtida como amostra final do exame documental, o número de 146 acórdãos, assim distribuídos por ano de pesquisa:

Tabela 2 – Distribuição de acórdãos por ano de pesquisa

Ano de pesquisa	Quantidade de acórdãos	Percentual em relação ao total da amostra
2021	68	46,58%
2022	39	26,71%
2023	39	26,71%

Em tais acórdãos foi identificado, no que concerne ao tipo de recurso direcionado ao STJ, o emprego do Agravo Regimental em *Habeas Corpus*, do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*, do *Habeas Corpus* e dos Embargos de Declaração em Agravo Regimental em HC, então detectados nas seguintes proporções:

Tabela 3 – Distribuição dos acórdãos por tipo de recurso (continua)

Tipo de recurso	Quantidade apreciada	Percentual em relação ao total da amostra
Agravo Regimental em <i>Habeas Corpus</i>	124	84,93%
	14	9,59%

Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>		
<i>Habeas Corpus</i>	7	4,80%
Embargos de declaração em Agravo Regimental em HC	1	0,68%
(conclusão)		

Analisou-se também a quantificação da distribuição dos acórdãos por turma julgadora. De acordo com a forma de organização interna da composição do STJ⁷³, o colegiado do Tribunal, para julgamento das ações e recursos, se divide em Corte Especial e Seções. No que tange às seções, estas são divididas em três, sendo a Primeira Seção referente ao Direito Público, a Segunda Seção referente ao Direito Privado e a Terceira Seção de Direito Penal. Por sua vez, cuidam dos julgamentos da Terceira Seção (Direito Penal), a Quinta e Sexta Turma do STJ, obtendo-se, no exame das amostras, os resultados abaixo acerca da distribuição por órgão julgador:

Tabela 4 – Distribuição dos acórdãos por turma julgadora

Turma	Quantidade	Percentual em relação ao total da amostra
Quinta Turma	92	63,01%
Sexta Turma	54	36,99%

Em termos de representação, observou-se uma divisão relativamente equilibrada entre a atuação de advogados particulares e da Defensoria Pública do Estado da Bahia nos acórdãos analisados:

Tabela 5 – Distribuição dos acórdãos por representação (continua)

Patrocínio do(a) representado(a)	Quantidade	Percentual em relação ao total da amostra
Advogado particular	75	51,37%

⁷³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Composição. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Composicao> Acesso em: 16 mar. 2024

Defensoria Pública	71	48,63%
(conclusão)		

Já no que diz respeito ao sujeito destinatário da tutela judicial, este foi avaliado através da subdivisão entre homem e mulher, sendo utilizado como parâmetro de definição o emprego do artigo “o” e “a”, pelo Tribunal, antes das expressões que nomeavam as partes no acórdão, quando a decisão fazia menção à Recorrente/Recorrido ou Agravante/Agravado e suas variações. Assim, foi obtida a seguinte proporção na reunião dos dados:

Tabela 6 – Distribuição dos acórdãos na proporção entre homem e mulher

Sujeito	Quantidade	Percentual em relação ao total da amostra
Homem	136	90,67%
Mulher	14	9,33%

Esclarece-se que a quantidade total referida na tabela acima (coluna 2) supera o número delimitado dos documentos analisados (146 acórdãos). Tal fato se deve em razão de que existiram acórdãos em que figuravam, tanto no polo ativo como no polo passivo, mais de um sujeito, de modo que estes foram individualmente considerados no cômputo da quantidade de homens e mulheres, destinatários da decisão. Por esse motivo, igualmente, o percentual de incidência foi calculado em referência à soma total da quantidade de sujeitos os quais tiveram sua situação jurídica analisada pelo Tribunal.

Especificamente sobre os resultados percentuais expostos na Tabela 6, se observa que a desproporção entre o percentual de homens e mulheres destinatários das decisões judiciais analisadas apenas reproduz o quadro sistêmico da população carcerária brasileira, em que já se revela uma maior aprisionamento de homens. Segundo dados do relatório de informações penais coletados pela Secretaria Nacional

de Políticas Penais (SENAPPEN) no segundo semestre de 2023⁷⁴, da população prisional total de 642.491 (seiscentos e quarenta e dois mil quatrocentos e noventa e um) presos, as mulheres representam apenas 26.876 (vinte e seis mil oitocentos e setenta e seis) detentas, o que constitui o percentual de 4,18 % da população prisional total brasileira.

Em relação às alterações produzidas pelo acórdão na situação desses indivíduos observou-se uma baixa incidência, tanto de reforma da decisão recorrida, como de concessão de liberdade, havendo também um número reduzido de casos em que o recurso analisado fora interposto pelo órgão de acusação visando à decretação da prisão preventiva do agente, ocasiões em que, entretanto, unanimemente se manteve a liberdade do agente. Todavia, de modo invariável e majoritário, no cenário analisado imperou a manutenção das prisões.

Tabela 7 – Situação do sujeito após o acórdão proferido

Situação	Quantidade	Percentual em relação ao total da amostra
Prisão mantida	139	95,21%
Liberdade concedida ou mantida	7	4,79%

Tabela 8 – Resultado do recurso

Situação	Quantidade	Percentual em relação ao total da amostra
Decisão do Tribunal mantida	141	95,21%
Decisão do Tribunal reformada	5	4,79%

Uma curiosidade, inclusive, é que todos os 05 (cinco) casos em que houve reforma do acórdão do Tribunal local para concessão de liberdade ao agente, foram patrocinados por advogado particular, assim como tais decisões, igualmente de modo unânime, foram proferidas pela Sexta Turma do STJ. Alguns desses casos, outrossim,

⁷⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. SISDEPEN: Estatísticas Penitenciárias. **Relatório de Informações Penais – RELIPEN**, junho de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-2-semester-de-2023.pdf> Acesso em: 25 ago. 2024.

foram fundamentados sob a alegação de que não estava constatada a periculosidade do indivíduo, episódios estes que serão narrados de forma mais detalhada no estudo ao longo do capítulo seguinte.

Durante o exame dos documentos também foram quantificados os tipos de crime de maior incidência na amostra. Todavia, considerando a numerosa variedade de tipos penais existentes no ordenamento brasileiro, optou-se por expor no estudo, de modo específico, somente as espécies de crime que representaram mais de 1% do total de acórdãos examinados, sendo as demais incluídas na categoria “outros crimes”. Conseqüentemente, todo o crime que tenha tido incidência na amostra mais de uma vez foi elencado. Além disso, registra-se que nos casos em que o acórdão indicou que é imputado ao sujeito mais de um crime, cada um dos tipos penais foram contabilizados individualmente. Entretanto, nos casos em que o sujeito foi acusado da prática de três ou mais crimes, apenas o delito com maior pena em abstrato foi contabilizado, e apenas uma vez

Elucida-se ainda que nos casos em que dois crimes foram imputados a alguém conjuntamente e cuja combinação tenha aparecido, de forma recorrente, em mais de 05 (cinco) acórdãos, esse concurso de crimes foi considerado como uma categoria única para a contabilização, tendo-se como exemplo mais visto, a incidência conjunta dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, assim como tráfico de drogas e associação para o tráfico.

Dessa maneira, no cenário delimitado, foi realizado o seguinte levantamento na amostra:

Tabela 9 – Distribuição da amostra por tipo de crime (continua)

Tipo de crime	Incidência	Percentual em relação ao total de crimes identificados
Homicídio qualificado	41	26,80%
Tráfico de drogas	36	23,53%
Roubo	19	12,42%
Associação criminosa e crimes conexos	8	5,23%
Tráfico de drogas + Porte ilegal de arma de fogo	7	4,58%

Tráfico de drogas + Associação para o tráfico	7	4,58%
Estupro e Estupro de vulnerável	6	3,92%
Lesão corporal em contexto de violência doméstica	4	2,61%
Furto	3	1,96%
Homicídio simples	3	1,96%
Porte ilegal de arma de fogo	3	1,96%
Descumprimento de medida protetiva de urgência	3	1,96%
Corrupção de menores	3	1,96%
Outros crimes	10	6,53%
(conclusão)		

Expostas tais informações de caráter geral, precisamente em relação ao objeto de pesquisa, qual seja, o conceito de periculosidade, o exame da sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça foi subdividido entre as seguintes categoriais:

Tabela 10 – Emprego do conceito de periculosidade pelo STJ

Conceito de periculosidade	Quantidade de acórdãos	Percentual em relação ao total da amostra
Periculosidade constatada	140	96%
Periculosidade afastada	3	2%
Periculosidade não mencionada diretamente	3	2%

Registra-se que os casos classificados como os acórdãos em que a periculosidade não foi mencionada diretamente referem-se àqueles em que o conceito não foi empregado de forma direta pela Turma na construção argumentativa do recurso, sendo identificado uso do termo, contudo, apenas nos precedentes que foram transcritos na decisão. Muito embora seja possível dizer que ao citar um precedente estaria a Turma aderindo integralmente à sua aplicação, somente a transcrição de um julgado, sem que o conceito de periculosidade tenha sido, de qualquer forma,

associado às peculiaridades do caso concreto daquele acórdão, não nos permite extrair conclusões precisas sobre a conceituação do termo, sobre as hipóteses de sua aplicação e em relação ao desenvolvimento ou não, pelo STJ, de uma teorização a respeito do tema.

Em relação aos três casos em que a periculosidade foi afastada pelas Turmas, pontua-se que todos eles se tratavam de imputações de crimes relacionados à Lei nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas) e dirigidas à pessoas do gênero masculino, informando-se que a sua fundamentação específica será objeto de dissertação em item próprio do próximo capítulo.

Em contrapartida, tratando-se do maior percentual da amostra, dos 140 casos em que se constatou a aplicação direta do conceito de periculosidade pelo STJ, em termos de gênero, foram identificados 14 casos do gênero feminino e 130 casos do gênero masculino. No que tange ao patrocínio da causa, 68 casos eram acompanhados pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, enquanto 72 destes eram patrocinados por advogado particular. Já em relação à divisão por Turma julgadora, a periculosidade foi fundamentada em 91 processos analisados pela Quinta Turma e em 49 casos pela Sexta Turma.

Relativamente ao emprego da expressão propriamente dita, em todos os casos em que a periculosidade foi constatada não houve o desenvolvimento de uma teorização acerca do tema. Em 100% dos casos não houve qualquer citação doutrinária para conceituar o termo, conquanto, por outro lado, também em 100% dos casos foi detectada a utilização de precedentes próprios do STJ e, por vezes, do Supremo Tribunal Federal, para justificar o emprego da expressão.

Assim, no exame dos 140 acórdãos, se revelou que o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar sobre a questão da periculosidade do agente, associou o termo às seguintes expressões:

1. **Gravidade concreta do crime:** associada ao próprio grau de gravidade do crime, seja em termos de pena em abstrato, seja em relação ao bem jurídico violado;
2. **Modus operandi ou circunstâncias do delito:** revelada através da descrição do modo em que se deu a conduta delituosa em suas particularidades, sendo considerados para esse balizamento, elementos

como do local do crime, a quantidade de vítimas, a presença ou não qualificadoras na conduta e até mesmo a repercussão social do delito;

3. **Risco de reiteração delitiva ou contumácia delitiva:** associadas frequentemente à existência de maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos e ações penais em curso;
4. **Quantidade, variedade e natureza da droga apreendida:** nos casos relativos à lei de drogas observou-se uma fundamentação própria da periculosidade baseada em tais critérios, sempre se justificando uma periculosidade mais acentuada a depender da quantidade maior de droga apreendida e de sua variedade;
5. **Fuga e pertencimento à organização criminosa:** de modo menos frequente, porém, foi considerado como perigoso pelo Tribunal indivíduos identificados como membros de organizações criminosas ou foragidos da justiça, não localizados para citação do processo ou para efetivação da ordem de prisão.

No que se refere à frequência do emprego de tais expressões, restou quantificada a sua menção nos casos concretos. Considerando a excecionalidade dos casos em que a periculosidade foi fundamentada na fuga ou no pertencimento à organização criminosa, observou-se à frequência de incidência em relação aos quatro demais fundamentos citados. Nesse aspecto, há ainda que se destacar que nos casos em que mais de uma dessas expressões eram invocadas para fundamentar um mesmo acórdão, foi computada a sua contagem em cada um dos fundamentos utilizados, culminando no seguinte panorama:

Tabela 11– Expressões associadas ao conceito de periculosidade com maior frequência

Expressões	Frequência da incidência	Percentual em relação à soma total da frequência da incidência
Gravidade concreta do crime	48	31,58%
Risco de reiteração delitiva	44	28,95%
<i>Modus operandi</i> do crime	34	22,37%

Quantidade, variedade e natureza da droga apreendida	26	17,10%
(conclusão)		

Por fim, também foi examinada a aplicação do conceito de periculosidade pelo Tribunal de origem do recurso, em especial, pelo TJ/BA. Dos casos analisados, apenas um acórdão foi oriundo do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sendo os demais advindos da análise do caso pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Inclusive, conforme advertido no item 2.1.2 do trabalho, a análise da posição do TJ/BA a respeito do tema restou limitada à menção da ementa ou de trechos da decisão da corte local no próprio acórdão do STJ, de modo que há um número significativo da amostra em que não foi possível extrair as conclusões do Tribunal Estadual sobre o assunto, conforme indicado no levantamento quantitativo abaixo:

Tabela 12 – Análise do emprego do conceito de periculosidade pelo TJ/BA

Conceito de periculosidade	Quantidade de acórdãos	Percentual em relação ao total de acórdãos oriundos do TJ/BA
Periculosidade constatada	49	33,80%
Periculosidade afastada	1	0,69%
Periculosidade não mencionada	47	32,41%
Não foi possível analisar se houve ou não o emprego da expressão pelo Tribunal	48	33,10%

As expressões associadas ao conceito de periculosidade pelo TJ/BA se assemelham quase que unanimemente àquelas empregadas pelo STJ, assim como em alguns acórdãos pôde ser observado o emprego de mais de um desses termos para fundamentar o julgamento. Dessa forma, constatou-se o seguinte cenário:

Tabela 13 – Expressões associadas ao conceito de periculosidade com maior frequência TJ/BA

Expressões	Frequência da incidência	Percentual em relação à soma total da frequência da incidência
------------	--------------------------	--

Gravidade concreta do crime	14	36,84%
Risco de reiteração delitiva	11	28,95%
<i>Modus operandi</i> do crime	12	31,58%
Quantidade, variedade e natureza da droga apreendida	1	2,63%

(conclusão)

Exposto isso, tem-se apresentado, em caráter geral, os resultados obtidos com a pesquisa de natureza empírica documental produzida. Resumidamente, foi depreendido do exame do material de pesquisa que o conceito de periculosidade, tanto para o STJ como para o TJ/BA, pode representar, a depender das circunstâncias, fundamentos de naturezas mais diversas e que sua aplicação não é precedida de qualquer demonstração da realização de um estudo dogmático sobre a referida categoria jurídica, representando, de forma unânime, uma reprodução sistemática de precedentes invocados pela própria instituição em outros casos.

Todavia, não obstante as informações ora apresentadas demonstrem certa clareza na conclusão geral extraída da pesquisa, considerando as diversas categorias invocadas pelos Tribunais que puderam ser destacadas do estudo, ainda há certos aprofundamentos da ordem teórica e prática que devem ser feitos, frente às conclusões incipientes retiradas.

3. DA CATEGORIZAÇÃO DOS RESULTADOS

As respostas gerais alcançadas com a exploração dos dados foram expostas. Periculosidade para o STJ, de acordo com o estudo desenvolvido, se apresenta como um juízo de apuração sobre a gravidade concreta do crime, sobre o *modus operandi* da ação e a respeito do risco de reiteração delitiva, podendo também, nos casos específicos de crimes tipificados na Lei de Drogas, ser ponderada de acordo com a quantidade, variedade ou natureza da substância apreendida. Porém, isso por si só não esgota o potencial que pode ser extraído dos dados.

Sendo assim, o presente capítulo irá expor, de forma mais detalhada, como a periculosidade é fundamentada nos acórdãos analisados, qual a forma de construção argumentativa dos seus critérios de gradação e, ao mesmo tempo, introduzir uma leitura crítica desses achados a partir da posição da doutrina processual penal brasileira sobre o tema.

No primeiro momento será apresentado o conceito de periculosidade propriamente dito, sendo exploradas as categorias extraídas do estudo, eleitas pelo STJ como critério de gradação do argumento. Na exposição, serão também pontuadas as questões problemáticas que envolvem cada um desses critérios, com destaque especial para a não utilização do saber produzido pela dogmática para fundamentar a opção pela decretação da prisão preventiva com base na periculosidade, sobretudo, considerando o que fora apontado no que diz respeito ao seu caráter subjetivo e abstrato, posto em confronto com os limites da legalidade para exercício do poder punitivo.

No tópico seguinte, a proposta será de aprofundar o estudo da periculosidade, desta feita, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, sendo agora apresentada a construção argumentativa do tema pelo TJBA, em contraponto com a posição do STJ, oportunidade em que se apurará eventuais divergências ou consonâncias entre os pensamentos de cada um dos órgãos de justiça.

Por fim, será discutida uma outra questão controversa extraída da pesquisa, que é a aplicação do conceito de periculosidade nos casos relativos à Lei de Drogas. Para além da questionada margem de discricionariedade existente no juízo de decretação da prisão preventiva e da contestável utilização da periculosidade como seu fundamento, os acórdãos examinados apontaram haver uma mudança de posição e de critérios de aferição da categoria pelo STJ, quando examinados casos em que

são imputados crimes tipificados na Lei nº. 11.343/06. Por esse motivo, essa categoria e seus respectivos contornos serão apresentados em apartado no tópico final do capítulo.

3.1. O CONCEITO DE PERICULOSIDADE PARA O STJ: DISTANCIAMENTO DOGMÁTICO OU ESCOLHA DOGMÁTICA NÃO DECLARADA?

3.1.1. As controvérsias envolvendo o argumento da gravidade concreta da conduta e do *modus operandi*

Como antecipado, o estudo dos 140 acórdãos demonstrou que a imprecisão conceitual do termo periculosidade permite ao STJ integrá-lo dos mais diversos elementos. Da gravidade concreta da conduta à natureza e quantidade da droga apreendida, apesar de encontrar certa regularidade nos argumentos, a periculosidade tem o potencial de ser justificada para fins de decretação da prisão preventiva nas mais diversas situações fáticas.

Por vezes, a periculosidade foi associada ao desenvolvimento da conduta criminosa, então considerada a partir do binômio gravidade concreta da ação e modo de execução do crime. A utilização desses dois elementos foi identificada em muitos dos acórdãos analisados, sendo o trecho abaixo, repetido de forma frequente em julgados que se apoiavam em tais critérios para justificar a manutenção da prisão:

Ou seja, "se a conduta do agente – seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime – revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despiciendo qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade" (HC n. 296.381/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014)⁷⁵.

Há de se dizer que na discussão sobre a gravidade concreta da conduta e/ou sobre o seu modo de execução, após fazer referência ou citar julgados que consideram esses critérios como avaliadores da periculosidade, o Tribunal costuma

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 151502/BA**. Homicídio duplamente qualificado. Direito ao silêncio. Suposta violação não demonstrada. Prisão preventiva. Fundamentação. Gravidade concreta da conduta. Periculosidade do agente [...] Agravante: Eduardo Azevedo da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em: 12 nov. 2021.

apresentar o contexto fático em que se deu o delito do caso específico, com o fim de justificar o reconhecimento do agente como sendo perigoso.

Ocorre que essa sistemática, muito embora represente um ponto positivo no que tange à consistência da fundamentação da decisão judicial, uma vez que esta não seria considerada fundamentada, caso se amparasse unicamente nos precedentes invocados⁷⁶, por si só não implica dizer que tribunal fornece elementos mais precisos sobre o juízo de periculosidade para fins de prisão preventiva. Isso porque, foi percebido que essa contextualização fática se limita a descrever o passo a passo da conduta praticada, tal qual constante nas peças de acusação ou na narrativa policial, pouco revelando parâmetros específicos capazes de orientar a avaliação periculosidade em outros casos.

Sobre esse ponto, é possível tornar mais clara essa afirmação a partir da leitura de alguns trechos retirados dos acórdãos analisados, que revelam argumentações mais diversas no contexto do mesmo critério balizado:

Como visto, as instâncias ordinárias afirmaram que, em liberdade, o agente representava risco concreto ao meio social em razão da gravidade dos delitos e da periculosidade do agravante, evidenciadas pelo *modus operandi* dos delitos, uma vez que invadiu a residência dos ofendidos, os quais foram rendidos mediante grave ameaça exercida pelo emprego de um facão, após o que o réu ordenou que o casal fosse ao banheiro, onde ficaram presos enquanto objetos eram subtraídos. Após uma das vítimas tentar pedir socorro, o recorrente a perseguiu, tendo, então, entrado em luta corporal com o outro ofendido, circunstâncias que demonstram o maior envolvimento com a criminalidade e o risco ao meio social.⁷⁷

Na hipótese, entendo que a decretação da prisão preventiva está suficientemente fundamentada, nos termos no art. 312 do Código de Processo Penal, pois foi amparada na gravidade concreta da conduta e na periculosidade do Agente, evidenciadas pelo *modus operandi* do delito. Foi ressaltado que o Acusado agrediu sua companheira com um soco nas costas, além de que, em momento anterior, o Recorrente a agrediu com uma faca (fl. 130).⁷⁸

⁷⁶ Vide art. 315, §2º, V do Código de Processo Penal. BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.** Título II, Capítulo VI, art. 619. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 10 mar. 2024.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 154604/BA.** Roubo majorado. Invasão de domicílio. Sentença condenatória superveniente. Segregação mantida pelos mesmos fundamentos [...] Agravante: Leomar Santos Silva Borges. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Publicado em: 06 maio 2022.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 165485/BA.** Processual penal. Lesão corporal em âmbito de violência doméstica. Ameaça. Prisão preventiva. Gravidade da conduta. Garantia da ordem pública. Agravo desprovido. Agravante: Adenilson de Jesus Silva. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Laurita Vaz. Publicado em: 02 dez. 2022.

No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstradas com base em elementos concretos, a gravidade da conduta e a maior periculosidade do recorrente, ante o modus operandi do delito, uma vez que o acusado atingiu a vítima com golpes de facas, que ocasionaram sua morte, tão somente em razão de o ofendido ter bebido a sua vodka. Tais circunstâncias, demonstram risco ao meio social e a imprescindibilidade da custódia cautelar.⁷⁹

No caso, a custódia preventiva está adequadamente motivada em elementos concretos extraídos dos autos, que indicam a necessidade de se resguardar a ordem pública, pois a periculosidade social do recorrente está evidenciada no modus operandi do ato criminoso. Segundo consta dos autos, o recorrente, com animus necandi e a mando da corrê, teria ido ao encontro da vítima em uma motocicleta e, ao avistá-la, teria efetuado disparos de arma de fogo contra seu corpo e sua cabeça, causando-lhe a morte.⁸⁰

Das passagens transcritas verifica-se que os exemplos apresentados se referem aos mais diversos tipos crimes, que vão desde roubo majorado ao homicídio qualificado, abrangendo também situações de lesão corporal em contexto de violência doméstica e familiar. Em contrapartida, em termos de construção argumentativa, pelo tribunal há apenas a mera transcrição das circunstâncias do crime, sem que seja possível identificar o parâmetro eleito para essa determinação.

Dizer puramente que o agente representa risco ao meio social porque “agrediu sua companheira com um soco nas costas, além de que, em momento anterior, o Recorrente a agrediu com uma faca” ou, pois, “teria ido ao encontro da vítima em uma motocicleta e, ao avistá-la, teria efetuado disparos de arma de fogo contra seu corpo e sua cabeça, causando-lhe a morte”, nada mais é do que simplesmente descrever o tipo penal no contexto da dinâmica em que se deram os fatos.

Nesse sentido, o que ora se se pretende afirmar é que a forma eleita pelo STJ para construir a fundamentação da decretação da prisão preventiva baseada na periculosidade do agente, avaliada a partir da gravidade concreta da conduta e do *modus operandi* da ação, assim como a própria expressão “periculosidade”, é circundada do mais puro subjetivismo. Como se pode observar, qualquer que seja o crime ou qualquer dinâmica dos fatos é passível de tornar o indivíduo

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 137202/BA**. Homicídio qualificado por motivo fútil. Prisão preventiva. Decretação de ofício. Nulidade não configurada. [...] Recorrente: Janderson dos Santos Gomes. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Publicado em: 16 jun. 2021.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 125170/BA**. Homicídio qualificado. Reconhecimento da ilegalidade do decreto preventivo diante da soltura da corrê. Matéria já analisada em pedido de extensão formulado no RHC. 119.926-BA [...] Agravante: Leandro Ferreira Rocha. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Publicado: 20 set. 2021.

reconhecidamente perigoso, desde que o julgador assim o queira, fazendo com que a eleição sobre quem representa um perigoso social a ser segregado, esteja à serviço do arbítrio judicial, sem que seja permitido ao alvo do poder punitivo, conhecer dos fatores que determinam essa posição.

Assim, apesar de a pesquisa documental evidenciar que a gravidade da conduta e o *modus operandi* são critérios de aferição da periculosidade pelo STJ, não é possível informar qual a medida de avaliação ou gradação desses elementos. Do exame da composição do discurso, não foi possível extrair qual critério que o STJ considera para definir uma conduta como grave ou um modo de execução do crime como reprovável a ponto de taxar o outrem como perigoso. Por isso, pairam indagações como: qual o critério para estabelecer que a conduta grave é perigosa? Qual então é o *modus operandi* do sujeito perigoso?

Todas essas dúvidas oriundas da flexibilidade do argumento se tornam ainda mais notáveis quando confrontada a premissa de que é considerado perigoso o agente que comete uma conduta grave, em um contexto crítico de execução do crime, ao caso observado na pesquisa, em que determinado sujeito teve a periculosidade reconhecida diante da prática da contravenção penal de vias de fato e do crime de injúria.

A situação mencionada foi identificada no Agravo Regimental em Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 167.233-BA⁸¹, em que o STJ analisou um pedido de revogação da prisão preventiva de um sujeito acusado de praticar a contravenção prevista no artigo 21 da Lei nº 3688/41 e o delito do artigo 140 do Código Penal, no contexto da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Segundo narrado, o agente, supostamente sob o efeito de álcool e drogas, chegou ao portão da casa da sua genitora dizendo que queria ser preso e no momento em que a vítima foi lhe aconselhar para cessar a conduta, teria ele a agredido com socos no braço direito e nas costas, além de insultá-la chamando de “peste”, “desgraça” e “cabrongo”.

Por ocasião da análise do pedido de revogação da prisão, o STJ utilizou-se do fundamento da periculosidade com base na gravidade concreta da conduta, assim mencionado:

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 167233/BA**. Vias de fato e injúria em face de sua genitora. Prisão preventiva. Periculosidade. Gravidade concreta. Risco de reiteração delitiva. Situação de violência doméstica [...]Agravante: Leonardo Sousa dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em: 04 out. 2022.

No caso, como se viu das transcrições, a segregação cautelar foi decretada pelo juízo processante e mantida pelo Tribunal de origem em razão da gravidade da conduta, o que evidencia a periculosidade do paciente e na imprescindibilidade de resguardar a integridade física da vítima, diante do risco concreto de reiteração delitiva, consignando as instâncias primevas que no caso dos autos, o paciente foi acusado de ter agredido sua genitora, Sra. Joana de Sousa, em 16 de outubro de 2021, com socos que a atingiram nos ombros e nas costas (e-STJ fl. 156)

Sobre esta posição, primeiramente, cumpre destacar que o juízo aqui realizado não se enverada no exame do mérito do cabimento da prisão, uma vez que sua necessidade pode ser eventualmente constatada por outros fundamentos previstos na lei para a segregação cautelar, análise esta a qual não se pretende realizar. O que importa para o presente estudo é pôr em discussão a categoria gravidade concreta da ação-*modus operandi*, como balizadora da periculosidade, segundo definiu o STJ. E nesse contexto, o caso apresentado revela certa incongruência no raciocínio construído pelo Tribunal.

Sabe-se que as contravenções penais representam espécies injustos penais mais brandos, as quais são puníveis apenas com prisão simples, a ser cumprida em regime semiaberto ou aberto, ou com multa⁸². Assim, no rol da Lei de Contravenções Penais, encontram-se tipificadas infrações de potencial ofensivo reduzido, que por opção do legislador não foi tipificada como crime, recebendo tratamento jurídico mais brando do ordenamento.

Do mesmo modo, situa-se o crime de injúria no Código Penal no rol de crimes contra a honra, também com previsão de intervenção mais moderada na sua repressão, sendo previstas possibilidades de isenção de pena caso provocada ou feita em retorsão imediata, e somente procedendo a ação penal mediante queixa.

Neste cenário, há de se observar que as opções de política criminal demonstradas dão tratamento mais brando aos delitos imputados ao recorrente do AGRRHC 167.233-BA, indo de encontro à linha argumentativa do STJ, que atribuiu a condição de perigoso ao agente com base na gravidade concreta da sua ação.

É certo que não se perde de vista que a conduta do indivíduo também tem enquadramento nos delitos previstos pela sistemática da Lei Maria da Penha, uma vez que praticados contra a sua genitora, motivo pelo qual não causa estranhamento

⁸² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. **Lei de Contravenções Penais**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm Acesso em: 28 abr. 2024.

uma postura de repressão penal mais severa no caso, haja vista que esse tipo de violência tem sido alvo de uma postura mais combativa pelo ordenamento jurídico do país, encampada, inclusive, pelo Conselho Nacional de Justiça⁸³. Entretanto, ainda nesse contexto, não se amenizam as controvérsias envolvendo o uso do argumento pelo STJ.

Como dito anteriormente, a categoria gravidade concreta da *ação-modus operandi*, como justificadora do reconhecimento da periculosidade do agente, já era questionável por não ter sido possível identificar o parâmetro exato definido pelo Tribunal para classificar uma conduta como grave ou um modo de execução como altamente reprovável. Ainda assim, se vislumbrava minimamente o intuito do STJ em indicar como perigoso aquele contra o qual eram imputadas condutas mais gravosas, que atingiram bem jurídicos relevantes, a exemplo dos crimes contra a vida com qualificadoras que indicavam meio cruel ou motivo fútil.

Todavia, o exemplo narrado serviu para nos reconectar à visão apurada e crítica dos achados. Ao longo da pesquisa, a medida em que se examina a construção argumentativa do STJ em cada caso, é comum deixar-se seduzir pelo discurso de repressão penal, especialmente quando apresentados casos socialmente mais sensíveis, a exemplo dos crimes de estupro de vulnerável e homicídios qualificados. Não sem um propósito, pois, a narrativa é feita para internalizar a sensação de que há sim um perigo a ser neutralizado.

Porém, pode se dizer que o caso do AGRRHC 167.233 evidencia, de modo definitivo, a fragilidade do argumento da periculosidade associado à gravidade concreta da conduta ou ao *modus operandi* do delito. Conforme anunciado, o agente teria desferido socos no braço direito e nas costas da vítima e a insultado, chamando-a de “peste”, “desgraça” e “cabrunço”. Destarte, uma vez classificada a ação como contravenção penal de vias de fato, significa dizer que das agressões perpetradas sequer resultaram lesões, o que efetivamente torna menos gravosa a conduta. De igual forma, não foram narradas circunstâncias qualificadoras quanto à injúria, levando a crer que ela foi enquadrada na sua forma simples e, por isso, pode ser destacado o seu menor potencial ofensivo. Deste modo, questiona-se: qual então o critério do Superior Tribunal de Justiça para considerar constatada a periculosidade neste caso?

⁸³ Ver programas e ações institucionais do CNJ em <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/>

Por assim ser, diante das considerações apresentadas e da pergunta que fica em aberto, pode se dizer que as lacunas denunciadas pelos problemas de pesquisa não foram preenchidas. Ainda sem considerar os demais elementos que o STJ associa ao termo periculosidade, nota-se que dentro da própria categoria examinada neste item, não há clareza quanto ao método eleito para definir alguém como sendo perigoso.

Comprova-se, então, que dentro de uma margem de subjetividade já existente pelo próprio termo periculosidade, igualmente são subjetivos os parâmetros eleitos para essa determinação, os quais sequer são factíveis em um exame mais detalhado do conteúdo da argumentação, inferindo-se que a taxaço de um indivíduo como perigoso sob a justificativa de que sua conduta é grave, nada nos diz à respeito do que efetivamente é a periculosidade.

3.1.2. Do risco de reiteração delitiva e de fuga e demais critérios justificadores

Outro elemento balizador da periculosidade frequentemente utilizado pelo STJ é o risco de reiteração delitiva. Com uma presença que representa cerca de 28,95% de incidência nos achados, o risco de reiteração delitiva é avaliado pelo tribunal a partir da apuração da existência de maus antecedentes, de inquéritos policiais ou ações penais em curso e de registros de ocorrência policial em geral, compondo o que se intitula de “contumácia delitiva”.

Nos acórdãos analisados essa máxima é assim fixada:

Assim, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a periculosidade do acusado, evidenciada na reiteração delitiva, constitui motivação idônea para o decreto da custódia cautelar, como garantia da ordem pública. Nesse sentido: HC n. 286854/RS – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Felix Fischer – DJe. 1º-10-2014; RHC n. 48002/MG – 6ª T. – unânime – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura – DJe 4/8/2014; RHC n. 44677/MG – 5ª T. – unânime – Rel. Min. Laurita Vaz – DJe 24/6/2014.

Ademais, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade (RHC n. 107.238/GO, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 12/3/2019).⁸⁴

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 766549/BA**. Súmula n. 691 do STF. Tráfico de drogas e porte de arma de fogo. Indeferimento liminar do writ. Prisão preventiva. Fundamentação concreta. Reiteração delitiva. Excesso de prazo. Constrangimento ilegal não evidenciado. Agravante: Uilian de Jesus Ferreira. Agravado: Ministério

Em termos de fundamentação e construção argumentativa, de fato, foi constatado que o Superior Tribunal de Justiça valora a reiteração delitiva como elemento representante da periculosidade do sujeito, seja por intermédio da indicação de ações penais em curso, pelo apontamento da existência de passagens criminais ou referenciando o histórico de atos infracionais pretéritos, análogos à crimes, ocorridos durante a inimputabilidade:

In casu, a manutenção da prisão cautelar do ora Agravante JUNIO CESAR GOMES FERREIRA encontra-se devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de garantia da ordem pública, eis que; para além da gravidade concreta da conduta, notadamente levando em consideração a quantidade de armas de fogo e munições, em situação irregular; existe o risco de reiteração criminosa, na medida em que ele ostenta outras passagens criminais, circunstância que indica a periculosidade concreta do agente, além da probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas e revelam a indispensabilidade da imposição da segregação cautelar, a fim de inibir a reiteração criminosa.⁸⁵

No caso do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº. 166.198/BA⁸⁶, foram valoradas como indicadoras da periculosidade do agente, representações pela prática de atos infracionais análogos a crimes contra o patrimônio, sendo o Agravante expressamente indicado como pessoa perigosa:

No caso dos autos, como visto, a segregação cautelar foi preservada pelo Tribunal a quo em razão da periculosidade social do agente e do risco de reiteração delitiva, evidenciados não apenas pela gravidade concreta do delito patrimonial imputado (perpetrado mediante escalada e rompimento de obstáculo, e, ainda, durante o repouso noturno), mas, sobretudo, pelo fato de que o acusado possui um robusto histórico delitivo, tendo respondido a diversas representações pela prática de atos infracionais análogos a crimes contra o patrimônio, durante a menoridade, inclusive relato de que foi-lhe aplicada uma medida socioeducativa que não chegou a ser cumprida.
(...)

Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF). Publicado em: 27 abr. 2023

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 724320/BA**. Agravo regimental. Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Associação criminosa. Violação ao estatuto do desarmamento. Irregularidade da prisão. Não ocorrência [...] Agravante: Junio Cesar Gomes Ferreira. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF). Publicado em: 22 dez. 2022.

⁸⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 166198/BA**. Furto qualificado e receptação. Prisão preventiva. Fundamentação. Gravidade concreta da conduta. Atos infracionais pretéritos. Periculosidade do agente [...] Agravante: Israel Dias Teixeira. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em 16 ago. 2022.

Não é demais lembrar que, quanto aos atos infracionais, embora não possam ser utilizados para fins de reincidência ou maus antecedentes, por não serem considerados crimes, podem ser sopesados na análise da personalidade do acusado, reforçando os elementos já suficientes dos autos que o apontam como pessoa perigosa e cuja segregação é necessária.

Nesse aspecto é possível notar que a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no contexto de aplicação do conceito de periculosidade para fins de prisão preventiva se faz mais gravosa até mesmo do que o seu entendimento quando do estabelecimento da pena no caso de condenação. Isso porque há previsão contida na Súmula 444 do Tribunal que veda o uso de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base, justamente porque não seria possível presumir que a suspeita ou a acusação seria futuramente confirmada. Por outro lado, conforme demonstrado, o mesmo tribunal admite a possibilidade de valorar esses mesmos critérios (investigações em andamento e ações penais em curso) como aptos à justificar uma personalidade perigosa e, portanto, o cabimento da prisão, aparentando certo juízo de conveniência quanto à assunção de uma postura garantista em relação a uma matéria e uma posição pouco garantidora no que diz respeito à prisão.

No que se refere a essa categoria, observou-se também que o juízo a respeito do risco de reiteração delitiva se baseia na mesma premissa proposta pelos positivistas quanto ao conceito de periculosidade, então consubstanciada na probabilidade da ocorrência de um delito futuro. Ou seja, ao apontar o sujeito como sendo perigoso a partir da existência de ações penais em curso, atos infracionais pretéritos, inquéritos penais em apuração e registros de ocorrência em delegacia, o STJ pressupõe que esses informes são aptos indicar que aquela pessoa tem propensão a praticar um novo crime. Assim, a “contumácia delitiva”, então assinalada por esses registros, se resume à hipótese de presunção de que este sujeito cometerá um novo crime no futuro e por esse motivo ele é tido como um perigo social a ser segregado.

Ocorre que tal premissa é muito criticada pela doutrina, pelo fato de que não é possível a ninguém prever o futuro, ao menos no que concerne ao âmbito jurídico, fora de previsões astrológicas ou videntes. Aury Lopes Junior, ao apresentar críticas ao fundamento da garantia ordem pública, previsto legalmente enquanto hipótese de decretação da prisão preventiva, aduz que o argumento do risco de reiteração delitiva, de modo frequente associado à referida hipótese legal, é flagrantemente

inconstitucional, pois viola a presunção constitucional de inocência, além de ser um diagnóstico impossível de ser feito. Por esse motivo, assim assinala o autor:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal...⁸⁷

Em vista disso, além de ser um diagnóstico aquém das possibilidades reais de estimação da sua realização futura, a pesquisa também apontou que há casos nos quais, muito embora tenham sido constatados registros criminais que, em relação a outros tantos achados poderiam ser facilmente considerados como risco de reiteração delitiva e, conseqüentemente, como indicativo de periculosidade, o STJ, por outro argumento, afastou o reconhecimento de periculosidade do agente.

Um exemplo disso é o caso do *Habeas Corpus* 687.945/BA. Nele o tribunal conheceu da ordem e substituiu a prisão de um sujeito contra o qual era imputada a prática do delito tipificado no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, pela imposição de medidas cautelares diversas à prisão. Mais uma vez, antes de adentrar ao ponto alvo da questão, cabe salientar que sem realizar um juízo acerca do cabimento da revogação prisional no caso, nos concentraremos na construção argumentativa do STJ que, em que pese existentes registros criminais, opta por dizer que inexistente a periculosidade do agente nesse processo em particular.

Sobre isso, inclusive, antecipo que os casos em que a periculosidade é expressamente dita pelo STJ como inexistente ou reduzida, serão devidamente tratados em tópico próprio e de logo anuncio que todos eles se inserem na discussão sobre a fundamentação específica nos casos relacionados à lei de drogas. Entretanto, para fins de avaliação do argumento do risco de reiteração delitiva, é possível destacar os seguintes apontamentos feitos no acórdão do HC 687.945/BA:

Assim, depreende-se da leitura do *decisum* combatido que a prisão do paciente foi decretada como forma de evitar a reiteração delitiva, uma vez

⁸⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

que ele já responde a outra ação penal pela prática de delito da mesma espécie, bem como "apresenta 'registros infracionais', consubstanciados nos Boletins de Ocorrências Circunstanciadas: n. 0500803-11.2018.8.05.0088 e n. 0502461-07.2017.8.05.0088 (15834962; fls. 17 e 34)" (e-STJ fl. 141). Em relação a esses registros infracionais, cabe ressaltar que foram consignados exclusivamente pelo Tribunal de origem no acórdão impugnado, o que, conforme pacífica jurisprudência desta Corte, não se admite no julgamento de *habeas corpus*.

(...)

Contudo, de qualquer forma, **não obstante haja menção a uma suposta contumácia delitiva do paciente**, entendo que a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas – cerca de 4 cocadas de maconha, pesando 0,04g (quatro centigramas), e três trouxinhas também de maconha – não justifica a imposição da medida cautelar mais severa.

Outrossim, quanto à existência de risco de reiteração delitiva em relação ao agente, destacada no decreto prisional, observo que seria configurado por outro procedimento criminal ainda não transitado em julgado, referente à prática do delito de tráfico de drogas, ou seja, crime não dotado de violência ou grave ameaça à pessoa.

(...)

"Ademais, em razão da atual pandemia de Covid-19 e ante os reiterados esforços do Poder Público para conter a disseminação do novo coronavírus, inclusive nas unidades prisionais, esta Casa vem olhando com menor rigor para casos como o presente, flexibilizando, pontualmente, sua jurisprudência na hipótese de crimes praticados sem violência ou grave ameaça **e/ou que não revelem, ao menos num primeiro momento, uma maior gravidade da conduta e uma periculosidade acentuada do agente, como é o caso dos autos**" (AgRg no RHC n. 127.250/PR, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 8/9/2020, DJe 14/9/2020).⁸⁸

(grifos nossos)

Nota-se, que malgrado tenha sido registrada ação penal em curso por delito de mesma espécie em desfavor do recorrente, apesar de também serem consignadas ocorrências policiais em face dele, o desenvolvimento da posição que pretende afastar o indicativo de periculosidade nomeia esses achados, desta feita, de "suposta contumácia delitiva", conquanto em outros casos, inclusive no assinalado anteriormente, em que foram sinalizados registros de representações pela prática de atos infracionais análogos à crimes, a contumácia delitiva além de não ser uma suposição, era uma certeza que indicava a probabilidade do cometimento de novo crime pelo agente.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Aggravamento Regimental no Recurso em Habeas Corpus 687945/BA**. Processo Penal. *Habeas Corpus*. Tráfico de drogas. Prisão Preventiva. Fundamentação. Garantia de ordem pública. Risco de reiteração delitiva. Decreto devidamente motivado. Medidas cautelares alternativas à prisão. Suficiência. Impetrante: Lucio Jose Alves Junior. Impetrado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Antonio Saldanha Palheiro. Publicado em 26 nov. 2021.

Se verifica também, em comparativo a outros casos, que a ausência de trânsito em julgado da ação penal identificada como em curso contra o acusado é circunstância valorada favoravelmente ao agente, posição que não se vê em diversos outros achados nos quais, ainda que os registros criminais refiram-se à fatos que sequer tornaram-se objetos de ação penal, a posição do STJ é que a periculosidade do agente foi constatada.

Essa inconstância no argumento reafirma uma das constatações já apontadas quando discutida a categoria jurídica da gravidade concreta-*modus operandi*: o fundamento da periculosidade do agente para fins de prisão preventiva está a serviço do tribunal para adequá-lo ao caso de sua escolha, sem que sejam conhecidos os parâmetros específicos de sua eleição.

Em paralelo a isso, igualmente é possível observar a periculosidade sendo associada a outras tantas categorias, a exemplo do indício de envolvimento em organização criminosa⁸⁹, ao próprio risco de reiteração delitiva, especificamente agravado em razão de o agente não ter sido localizado para citação no único processo que foi constatado em trâmite contra ele⁹⁰, sendo até mesmo identificada uma correlação entre periculosidade e fuga do acusado, como é o caso do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* nº. 169815/BA, em que foi encontrada a seguinte fundamentação:

No caso, a custódia preventiva está adequadamente motivada em elementos concretos extraídos dos autos, que indicam a necessidade de se resguardar a ordem pública e aplicação da lei penal, pois a periculosidade social do agravante está evidenciada na fuga do acusado e no risco de reiteração delitiva. Segundo delineado pelas instâncias ordinárias, o ora agravante

⁸⁹ “O suposto envolvimento do agente com organização criminosa revela sua periculosidade, o que justifica a prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 144810/BA**. Inovação recursal. Não conhecimento. Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Revogação. Impossibilidade. Preenchimento dos requisitos legais. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Organização criminosa [...] Agravante: Rodrigo de Jesus Passos. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Publicado em: 17 jun. 2021.

⁹⁰ No caso dos autos, verifico que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo as instâncias ordinárias demonstrado, com base em elementos concretos, a periculosidade do agente, evidenciada pelo risco de reiteração na prática delitiva, haja vista que o agravante responde a processo pelo mesmo crime patrimonial, sendo ressaltado que o referido processo encontra-se suspenso pois o acusado não foi encontrado para fins de citação, demonstrando que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 150876/BA**. Penal e Processo Penal. Agravo regimental no recurso em habeas corpus. Inexistência de flagrante ilegalidade. Decisão mantida. Roubo. Prisão preventiva [...] Agravante: Cleomaricles de Jesus Souza. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Publicado em: 24 mar. 2022.

empreendeu fuga do distrito da culpa, após o cometimento do delito e, ainda, teria a intenção de permanecer em local incerto e não sabido.⁹¹

De forma mais surpreende, ainda foi possível detectar que em alguns casos (e não poucos), há uma certa desorganização na construção argumentativa do STJ ao tentar definir o conceito de periculosidade. Como destacado neste item e no item anterior, a periculosidade pode ser representada pela gravidade concreta do crime e pelo seu *modus operandi*, pelo risco de reiteração delitiva, ora certificado pela contumácia delitiva, ou mesmo pelo risco de fuga, pela suposta vinculação à associação criminosas e dentre outros fundamentos. Todavia, deparamo-nos com acórdãos em que todas essas expressões se encontravam emaranhadas, por vezes tratando a periculosidade como conceito à parte das categorias apontadas, dando a impressão de que se tenta justificar a manutenção da prisão por quaisquer que sejam os argumentos:

No caso dos autos, como visto, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstradas pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta das condutas criminosas imputadas ao paciente, bem como a periculosidade do mesmo, fundamentadas na garantia da ordem pública, para assegurar a instrução criminal e para evitar a reiteração delitiva.⁹²

Com efeito, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a constrição cautelar impõe-se pela gravidade concreta da prática criminosa, causadora de grande intranquilidade social, revelada no *modus operandi* do delito, e diante da acentuada periculosidade do acusado, evidenciada na propensão à prática delitiva e conduta violenta.⁹³

Nesses termos, deve ser pontuado que não foi percebido na fundamentação dos acórdãos pelo Superior Tribunal de Justiça, um compromisso com a definição teórica e com a apresentação de critérios que possam servir para delimitar o que seria

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 169.815/BA**. Latrocínio e ocultação do cadáver. Alegação de excesso de prazo para formação da culpa. Feito complexo. Pluralidade de crimes e de réus [...] Agravante: H. S. G. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Publicado em: 15 dez. 2022.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 809811/BA**. Penal e Processo Penal. Agravo regimental *no habeas corpus*. Organização criminosa voltada para suposta prática de roubos de veículos e peças automotivas [...] Agravante: R.S.M. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Publicado em: 29 jun. 2023.

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 136989/BA**. Homicídio qualificado. Prisão preventiva devidamente fundamentada. Fuga do réu do distrito de culpa. Riscos de reiteração [...] Agravante: Rianderson Souza Nazario dos Santos. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Publicado em: 05 mar. 2021.

a periculosidade, e com base em quais critérios ela deve ser averiguada nos casos concretos. Pode-se pressupor que ela se relaciona ao conceito de reiteração delitiva, entretanto, do mesmo modo, os parâmetros utilizados para compor essa reiteração são extremamente variáveis a cada caso, sem ainda mencionar as situações em que a periculosidade é associada a outras tantas categorias, igualmente sem precisa definição.

Não há de se perder de vista que o estudo do conceito está situado dentro das hipóteses de decretação de uma prisão de natureza precária e excepcional, sem que tenha havido a conclusão do devido processo penal, com todas as garantias constitucionais a ele inerentes. E mesmo nesse cenário, o que se observa no teor dos acórdãos é que não há uma construção argumentativa propriamente dita para composição da expressão. Quase sempre, a decisão pela constatação da periculosidade perpassa a citação de outros precedentes judiciais, seja do próprio STJ, seja do STF, que costumam indicar critérios de avaliação eleitos convenientemente pelo Poder Judiciário para indicar a hipótese em que o indivíduo é considerado perigoso.

Observou-se com frequência a transcrição de ementas ou de citações de trechos de outras decisões que antes já tinha fixado entendimento ali defendido, não sendo notada a presença de qualquer apoio doutrinário para subsidiar a demonstração dos elementos que compunham o conceito de periculosidade. Tudo isso leva a crer que ainda diante de conceitos abertos, como é o caso do objeto estudado, a atuação judicial se faz aparentemente à margem do conhecimento produzido pela dogmática a esse respeito.

Pensando nesse aspecto, continuaremos à exploração dos dados, dessa vez refletindo sobre a opção do STJ em não utilizar nos acórdãos analisados, do conhecimento produzido pela dogmática para justificar a sua posição.

3.1.3. Distanciamento dogmático ou escolha dogmática não declarada?

A dogmática penal pode ser entendida como a “sistematização de conceitos que viabilizam a conformação, a interpretação e a aplicação do direito positivado”⁹⁴.

⁹⁴ PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; PIMENTEL, Fabiano; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes (org.). **Sistema penal e criminalização: periculosidade e construção probatória no discurso jurídico**. Salvador: EDUNEB, 2023, p. 23/24.

Seu papel é de ser fonte do conhecimento jurídico penal, contribuindo para a formação teórica e orientação da atuação dos atores do sistema de justiça criminal, cujas atividades perpassam desde a construção normativa à exegese e aplicação da lei.

Segundo Vera Regina Pereira de Andrade⁹⁵, a dogmática penal é o modelo de ciência que se consolidou a partir do saber produzido pela Europa Ocidental, especialmente na Alemanha e na Itália, desde o final do século XIX.

Analisando, de forma crítica, a sua autoimagem transnacionalizada, cujas premissas estabeleceram paradigmas que são conclamados até os dias atuais, Vera Regina Pereira de Andrade reuniu o posicionamento dos principais precursores da dogmática penal a respeito do conceito e da função desenvolvida pela referida ciência, e concluiu que esse saber situa-se na perspectiva do “dever ser”, tendo como objeto o Direito Penal positivo e vigente, e possuindo como tarefa a construção de um sistema elaborado com base na interpretação do material normativo, visando a aplicação do próprio Direito.

Resumiu, assim, que o discurso dogmático penal tem como função declarada a racionalização do Direito Penal⁹⁶ e que essa autoimagem de ciência racionalizadora se proclama a partir do que declaram os estudiosos da área como sendo a missão maior dessa ciência, cuja ideia é sintetizada no que afirmou Welzel⁹⁷:

Missão da Ciência Penal é desenvolver e explicar o conteúdo das regras jurídicas sem sua conexão interna, ou seja, ‘sistematicamente’. Como ciência sistemática estabelece a base para uma administração de justiça igualitária e justa, já que só a compreensão das conexões internas do Direito liberam a sua ação do acaso e a arbitrariedade.

Nesses termos, em poucas palavras, teoricamente se propõe a dogmática a estabelecer os fundamentos racionais e os limites da intervenção penal, apresentando-se como instrumento de interpretação da norma, de controle e de previsibilidade da aplicação do sistema normativo, frente ao poder punitivo.

⁹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro**. Florianópolis: Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, 2010, v. 29, n. 57, p. 237–260. DOI: 10.5007/2177-7055.2008v29n57p237. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p237>. Acesso em: 05 maio 2024.

⁹⁶ “Podemos identificar, pois, no discurso dogmático, uma função declarada e oficialmente perseguida pelo paradigma e que denominamos ‘função instrumental racionalizadora/garantidora (ou função racionalizadora de lege ferenda)’”. *Ibid.*

⁹⁷ WELZEL, 1987, p. 11 *apud* ANDRADE, 2010, p. 246.

No caso do presente estudo, considerando o objeto geral pesquisado, qual seja, a periculosidade enquanto fundamento da prisão preventiva, necessitamos, pois, de uma verificação acerca dos preceitos gerais da dogmática processual penal para uma melhor compreensão das conclusões de investigação apresentadas nos itens anteriores.

Em certa medida, no exercício a ser feito do ponto de vista da dogmática processual penal, não nos distanciaremos muito da visão apresentada sobre a dogmática penal, já que há uma relação inegável entre Direito Penal e Processo Penal. Aury Lopes Junior vai dizer que essa relação é de complementariedade, sendo o processo um caminho necessário para a pena⁹⁸. Já Alberto Binder vai discutir essa ligação através de um ponto de encontro existente entre as ciências, que afirma o autor ser a Política Criminal. Para ele, o Direito Penal e o Processo Penal são corresponsáveis pela configuração da política criminal e, conjuntamente, estruturam o sistema de justiça penal, então definido como “el conjunto de instituciones vinculadas com el ejercicio de la coerción penal y el castigo estatal”⁹⁹.

Sendo assim, muito embora cada ciência tenha seus postulados próprios e, conforme também afirmou Binder, não tenha o processo penal desenvolvido uma sistematização de conhecimento tão aprofundada como a teoria do delito¹⁰⁰, podemos ainda traçar um paralelo entre o papel desenvolvido pela dogmática penal e a função da dogmática processual penal.

Por esse motivo, é possível nos apossarmos da concepção geral de dogmática enquanto ciência de sistematização de conhecimentos, estabelecida através da perspectiva do dever ser, que tem como marco a norma jurídica vigente e como missão maior a imposição de limites ao arbítrio do Estado. Só que, desta feita, todos esses atribuídos serão observados no campo do processo penal.

Dito isso, admitindo que possui a dogmática a tarefa de limitar o poder punitivo, seja no estudo, na interpretação ou na sistematização do conhecimento extraído através do exame das normas e princípios processuais vigentes, é indispensável analisarmos em que medida o conhecimento da dogmática processual penal aparece nos nossos achados de pesquisa.

⁹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17^a. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁹⁹ BINDER, Alberto M. **Introducción al derecho procesal penal**. 2^a ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

¹⁰⁰ *Ibid.*

Sobretudo porque, o Direito, como um todo, não se enquadrando nas disciplinas científicas de caráter exato, é envolto a conceitos e princípios abstratos que carecem de delimitação conceitual, se incumbindo a dogmática de fornecer o saber necessário a preencher tais lacunas, à luz da legislação, tudo isso com o fim de garantir a segurança jurídica e a igualdade de tratamento pelo sistema de justiça.

Em relação ao objeto de estudo deste trabalho, em especial, já fora anteriormente problematizado como o conceito de periculosidade se situa nesse âmbito de vagueza e imprecisão teórica, razão pela qual compreende-se ainda mais indispensável o apoio da dogmática processual para que seja alcançado um entendimento da expressão e dos limites de sua aplicação.

Recapitulando a discussão realizada no item 2.2 deste ensaio, tem-se que a ideia de periculosidade ganhou força de aplicação pelo sistema penal através da importação de preceitos médicos-científicos, em especial, advindos da psiquiatria, que se apresentou como apta a oferecer ao Estado, soluções de organização social que, em verdade, estabeleciam políticas higienistas. Segundo afirma Branco, “antes de ser uma especialidade médica, a psiquiatria institucionalizou-se como domínio particular da proteção social contra todos os perigos que a doença pudesse acarretar à sociedade, ou seja, como higiene do corpo social por inteiro”¹⁰¹.

A partir de então, a doença da ordem mental passou a ser tratada como loucura e a ser percebida como perigo social. Estabeleceu-se a necessidade de classificar e segregar normais de anormais, também sendo incluídos na categoria de perigo social, os miseráveis, os negros, os índios, os mendigos e os desempregados, definidos como perigosos para ordem pública, no processo que nomeou Branco de “patologização dos incivilizados”¹⁰².

No curso desse contexto, mormente orientada pelo princípio da defesa social, eclode a ideia de periculosidade, definida e defendida pelos autores da escola positivista como sendo pressuposto e medida de intervenção penal, que, em suma, representava quantidade de mal que sociedade poderia temer por parte do delinquente, em razão da probabilidade muito relevante dele cometer um novo delito no futuro.

¹⁰¹ BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 46.

¹⁰² *Ibid.*

Contudo, como também assinalado anteriormente, essa concepção não passou imune a críticas, sendo registradas as importantes contribuições feitas por Soler e Pérez¹⁰³, que apresentaram oposição ao conceito, principalmente em razão da sua imprecisão teórica e dos obstáculos inerentes à sua efetiva constatação. Certamente também por essas razões foi que a defesa da periculosidade enquanto medida de justificação da pena tenha sido posteriormente abandonada, sendo substituída pela noção de culpabilidade, que tornou-se fundamento da sanção penal.

Assim, em termos de previsão legal expressa, a periculosidade é retirada do ordenamento, ao menos da esfera de avaliação penal dos imputáveis, tanto para fins penais como para fins processuais penais, permanecendo prevista no Código de Processo Penal vigente de modo restrito ao procedimento de aplicação e execução da medida de segurança¹⁰⁴.

¹⁰³ SOLER, Sebastián. *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso* e PÉREZ, Luis Carlos. *Teoría del estado peligroso*.

¹⁰⁴ Apesar de as disposições legislativas oficiais que previam a periculosidade enquanto fundamento de justificação da pena terem sido afastadas em relação aos imputáveis, não pode deixar de ser registrada a grande problemática envolvendo o referido conceito no contexto de aplicação das medidas de segurança. Diversos são os estudos que denunciam não apenas o uso da categoria da periculosidade em si, mas a própria legitimidade da medida de segurança enquanto hipótese de sanção penal (cita-se como exemplo os estudos e obras de Thaynara Castelo Branco, Fernanda Otoni de Barros-Brisset, Débora Diniz). É sabido que o Código Penal de 1940 inaugura o sistema duplo binário e implementa as medidas de segurança, culminando na reunião entre prisões e manicômios. Mesmo após o afastamento do sistema duplo binário e eleição do sistema vicariante, a periculosidade permanece a ser presumida para aqueles que no momento do crime são acometidos de alguma patologia da ordem mental, que prejudiquem o seu entendimento e o seu comportamento em relação ao ilícito. Nesse cenário, presumida é a periculosidade, e a medida de segurança passa a ter prazo indeterminado, a ser cumprida na forma de internação ou tratamento ambulatorial. Na sua execução, especialmente nos casos de internação, diversas são as violações de direitos e da própria dignidade da pessoa humana, constatadas nos hospitais de custódia e tratamento. Tais instituições hospitalares, no fim das contas, nasceram e nunca deixaram de ser instituições de degradação e tortura, das quais o indivíduo somente pode se libertar caso comprove, mediante um exame de cessão de periculosidade, que deixou de ser um risco social. Ocorre que essa verificação é amplamente questionada, justamente em razão da dificuldade em compreender o que seria a periculosidade e em prever, ainda que em termos médicos-psiquiátricos, quando alguém deixou de ser um perigo à sociedade. Em meio a tantas violações, emerge o Movimento antimanicomial, culminando na aprovação da Lei nº 10.216 de 06 de abril de 2001, que propõe a extinção progressiva dos manicômios judiciais. Nesse ínterim, somente passado cerca de 22 anos desde sua aprovação, é que propõe o Conselho Nacional de Justiça a Resolução nº. 487 de 15 de fevereiro de 2023, prevendo de forma expressa a impossibilidade de cumprimento da medida de segurança de internação em hospitais de custódia e tratamento, fixando que esta deve ser cumprida em leito de saúde mental em Hospital Geral ou outro em equipamento de saúde referenciado pelos Centros de Atenção Psicossocial ou pela Rede de Atenção Psicossocial, estabelecendo ainda o prazo de 12 (doze) meses para a elaboração, pelo juízo da execução, de um plano para alta planejada de todos aqueles que estiverem internados em hospitais de custódia e tratamento em cumprimento da medida de segurança. Logo, com a adoção dessas medidas, o que se espera é que se dê por encerrado o contexto de desumanidade e violação de direitos em que se situava a aplicação das medidas de segurança, torcendo também para que as reflexões acerca da problemática envolvendo a rotulação e a constatação da periculosidade alcancem também a aplicação do conceito aos penalmente imputáveis, como se tem discutido no presente estudo.

Por conseguinte, se observa que a controvérsia da utilização da periculosidade enquanto fundamento da prisão preventiva pelo STJ perpassa não somente à indeterminação do termo, como também se situa na ausência de previsão legal autorizativa tal hipótese, uma que ela não consta na lei processual penal como medida de avaliação do cabimento da prisão cautelar, sendo declaradamente fruto de uma construção jurisprudencial do Direito brasileiro.

Justamente em razão disso é que uma discussão importante a ser apresentada e confrontada aos achados de pesquisa é em que medida o STJ, na formulação dos elementos de constatação da periculosidade, busca apoio da construção dogmática para justificar essa posição. Uma vez sendo a periculosidade um conceito indeterminado e carente de qualquer previsão legal, cujo juízo exato da sua constatação se constitui como uma tarefa praticamente irreal de ser alcançada, e sendo a dogmática, fonte do conhecimento jurídico processual penal, construído com o fim de subsidiar o exercício de interpretação e aplicação do Direito, visando à limitação do poder punitivo, era esperado que o Superior Tribunal de Justiça buscasse justificar as suas conclusões no entendimento doutrinário a respeito do tema.

Ocorre, entretanto, que essa previsão não foi constatada na pesquisa. O que se observou nos acórdãos analisados é que o tribunal fundamenta a averiguação da periculosidade do agente tão somente na posição do próprio STJ ou do STF, referente àquilo que já fora previamente considerado como componente integrante da referida expressão, exclusivamente, pelo entendimento jurisprudencial. Não foi encontrada uma só citação doutrinária ou discussão teórica nos achados, tratando da construção do conceito ou mesmo respaldando os motivos pelos quais um termo tão impreciso e fora das hipóteses legais pode ser considerado como critério de averiguação do cabimento de uma medida prisional. O que se viu foram recorrentes menções a outros precedentes judiciais e que no fim serviram tão somente para selecionar os mais diversos elementos como meios de apuração da periculosidade, sem qualquer aprofundamento sobre a adoção, em si, desta categoria na decisão.

Não é demais dizer, como tratado nos itens 3.1.1 e 3.1.2, que esses critérios eleitos sequer apresentam uma unicidade teórica de aplicação e quando postos em confronto, denotam frequentes contradições, pois ora aplicáveis em determinado caso, ora afastados em outros, revelando certa fragilidade do argumento ou, no mínimo, uma ausência de clareza quanto aos seus parâmetros de eleição.

Diante desse quadro, um questionamento que se apresenta é, se não há, pelo STJ, a utilização do saber dogmático construído sobre tema, o que poderíamos encontrar na doutrina processual penal brasileira sobre o conceito de periculosidade enquanto critério de avaliação do cabimento da prisão preventiva?

Para apresentar esse debate e responder a essa questão, iniciei o percurso de seleção doutrinária a partir do levantamento de avaliação anual realizado pelo Jornal Folha de São Paulo, conhecido como RUF – Ranking Universitário da Folha de São Paulo. O RUF apresenta um relatório anual escalonado contendo as instituições educacionais de ensino superior com cursos de graduação mais bem avaliados no país¹⁰⁵.

Me utilizando do RUF 2023, triei a instituição de ensino superior do curso de Direito melhor pontuada em cada uma das 05 regiões do Brasil, obtendo as seguintes indicações: USP (Universidade de São Paulo); UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul); UnB (Universidade de Brasília); UFPE (Universidade Federal de Pernambuco); e UFPA (Universidade Federal do Pará)¹⁰⁶. Além disso, apesar de não estar liderando a pesquisa na região Nordeste, considerei também a UFBA (Universidade Federal da Bahia) para essa investigação, por se tratar da instituição de ensino vinculada ao Programa de Pesquisa desta pesquisadora e ao próprio ensaio ora desenvolvido.

Filtradas as instituições de ensino, realizei uma pesquisa dos componentes curriculares da disciplina de Direito Processual Penal, ou de outra nomeação, de cada das Universidades selecionadas, cujo conteúdo programático trabalhava o tema da

¹⁰⁵ O RUF é uma avaliação anual do ensino superior do Brasil realizada pelo Jornal Folha de São Paulo desde o ano de 2012. Com base em 05 indicadores, sendo eles pesquisa científica, qualidade de ensino, internacionalização, mercado de trabalho e inovação, as universidades brasileiras são avaliadas segundo dados coletados em bases como INEP – MEC (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira vinculado ao Ministério da Educação), *Web of Science*, SciELO (*Scientific Eletronic Library Online*), Inpi (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), FAPs (Fundações Estaduais de Amparo à Pesquisa), CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico), Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) e Pesquisas Datafolha. Durante a avaliação de cada indicador são examinados determinados critérios e distribuídas pontuações, sendo ordenada a posição da instituição de ensino no *ranking* segundo a soma dos pontos obtidos com esses critérios. Fonte: <https://arte.folha.uol.com.br/especiais/ruf/como-e-feito.html>

¹⁰⁶ Em relação ao curso de Direito, no levantamento realizado no ano de 2023 os seguintes critérios foram ponderados: avaliação no mercado de trabalho, qualidade de ensino, instrução dos professores, nota dos concluintes, números de desistências, tempo de dedicação dos professores, nota do MEC e da OAB. Fonte: <https://ruf.folha.uol.com.br/2023/ranking-de-cursos/direito/>

prisão preventiva e suas hipóteses de aplicação¹⁰⁷, e, com isso, extraí desses documentos os autores mais vezes indicados à título de bibliografia da matéria, culminando nas seguintes indicações doutrinárias:

Tabela 14 – Autores citados nos componentes curriculares de Processo Penal dos cursos de Direito do país

Autor	Obra	Presença nas Universidades
Aury Lopes Junior	Direito Processual Penal	UFRGS, UFPA, USP
Eugenio Pacelli de Oliveira	Curso de Processo Penal	UFPE, UFPA, USP
Fernando da Costa Tourinho Filho	Processo Penal	UNB, UFPE, UFBA, USP
Gustavo Badaró	Processo Penal	USP, UFRGS, UFPA
Hélio Tornaghi	Curso de Processo Penal ou Instituições do Processo Penal	UNB, UFBA, UFPE, USP

Isto feito, pode se dizer que são essas as indagações que buscamos responder com essa pequena investigação teórica: qual a posição dos autores a respeito da utilização do argumento da periculosidade para fins de decretação da prisão preventiva? Em que medida as proposições dogmáticas extraídas se coadunam com a posição do STJ?

Primeiramente, advirto que não foi encontrado nas doutrinas analisadas um estudo específico a respeito da construção do conceito da periculosidade como hipótese de decretação da prisão preventiva. Os autores que chegavam a tratar do assunto, o faziam de modo breve e se referiam a essa hipótese como mais um dos fundamentos invocados pelos juízes para compor o conceito de violação da ordem pública, previsto pelo artigo 312 do CPP.

Ou seja, é possível dizer não há uma iniciativa da dogmática em afirmar a periculosidade enquanto critério autônomo viável de averiguação da necessidade de decretação da prisão cautelar. Apesar de constarem menções ao entendimento que

¹⁰⁷ Os componentes curriculares selecionados encontram-se elencados nos anexos do presente trabalho.

vem sendo praticado pelos Tribunais Superiores do país a esse respeito, fica evidente do estudo realizado que essa prática é encampada de modo pioneiro pela atuação judicial, de modo que podemos concluir que o uso do referido conceito parte da jurisprudência para a doutrina e não de um apoio fornecido pelo conhecimento da dogmática processual penal para a sua aplicação.

Por esse motivo, sendo verificado que não há propriamente um permissivo dogmático que sustente a utilização de tal axioma, necessariamente a posição dos autores sobre o tema será apresentada dentro da perspectiva crítica do instituto da prisão preventiva, e dos princípios e regras que a norteiam dentro do ordenamento jurídico.

Sobre isso, o primeiro ponto que merece ser discutido é a questão da característica da instrumentalidade da prisão preventiva. Lopes Junior¹⁰⁸ e Gustavo Badaró¹⁰⁹ trabalham como ponto de partida para entendimento sobre as medidas cautelares no processo penal, em especial, no exame das medidas cautelares pessoais, o caráter instrumental de tais providências. Em suma, a instrumentalidade vai dizer que as medidas cautelares no processo penal surgem unicamente visando assegurar o provimento final do processo, entendido como a aplicação do poder de punir¹¹⁰.

Baseado nessa ideia, Lopes Junior vai chamar atenção ao fato de que as medidas cautelares e, portanto, a prisão preventiva, devem almejar unicamente à tutela do processo e não da sociedade, deixando claro que elas não devem ser entendidas como medidas de segurança pública:

Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado¹¹¹.

De modo igualmente importante, Gustavo Badaró, além de negar a existência de um poder geral de cautela do juiz, argumentando que não existem medidas cautelares atípicas no processo penal, vai destacar a importância do princípio da

¹⁰⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

¹¹⁰ “As medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir”. LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 19.

¹¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1011.

legalidade no estudo das cautelares, defendendo que do exame das normativas constitucionais acerca do direito à liberdade, bem como dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, é possível concluir pela existência de um princípio da taxatividade das medidas cautelares de natureza pessoal, implicando dizer que as prisões cautelares se restringem àquelas previstas pela lei e nas hipóteses estritas que ela autoriza¹¹².

Sob esses dois principais prismas é que se questiona o argumento da periculosidade como hipótese de avaliação da prisão preventiva. Como dito anteriormente, o principal caminho que abre margem para aplicação da expressão é a hipótese de decretação da medida cautelar como forma de garantia da ordem pública (artigo 312 do Código de Processo Penal). Em vista disso, é que Aury Lopes Junior assinala que as prisões para garantia da ordem pública ou da ordem econômica, de modo evidente, não são cautelares, sendo, portanto, substancialmente inconstitucionais¹¹³. O autor sustenta que esse tipo de prisão em nada se relaciona com os fins puramente cautelares que legitimam a adoção de tais medidas, tratando a sua utilização de uma flagrante transformação de uma medida processual, em atividade tipicamente de polícia e, portanto, em providência de segurança pública.

Além disso, o processualista também vai enfrentar aquela que é a principal crítica da hipótese de decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, que é a problemática em torno da imprecisão teórica do conceito. Lopes Junior rememora que a expressão “ordem pública” tem origem na Alemanha, na década de 30, período em que o nazifascismo buscava justamente uma autorização aberta para prender, encontrando nesse fundamento um substrato ideal para o exercício de condutas autoritárias e utilitaristas. E cumprindo o termo justamente a função pela qual foi programada a sua existência, é que se reforça sua inconstitucionalidade, seja em razão de a previsão não se coadunar com a ideia de instrumentalidade do processo, seja por violar o princípio da legalidade e da taxatividade:

Obviamente que a prisão preventiva para garantia da ordem pública não é cautelar, pois não tutela o processo, sendo, portanto, flagrantemente inconstitucional, até porque, nessa matéria, é imprescindível a estrita observância ao princípio da legalidade e da taxatividade. Considerando a natureza dos direitos limitados (liberdade e presunção de inocência), é

¹¹² BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**.

¹¹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**.

absolutamente inadmissível uma interpretação extensiva (*in malam partem*) que amplie o conceito de cautelar até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública¹¹⁴.

Na mesma linha, Gustavo Badaró censura a utilização do fundamento da ordem pública como hipótese de decretação da prisão, fazendo referência expressa à periculosidade como um dos elementos integrantes dessa expressão:

A expressão “ordem pública” é vaga e de conteúdo indeterminado. A ausência de um referencial semântico seguro para a “garantia da ordem pública” coloca em risco a liberdade individual. A jurisprudência tem se valido das mais diversas situações reconduzíveis à garantia da ordem pública: “comoção social”, “periculosidade do réu”, “perversão do crime”, “insensibilidade moral do acusado”, “credibilidade da justiça”, “clamor público”, “repercussão na mídia”, “preservação da integridade física do indiciado”. Tudo cabe na prisão para garantia da ordem pública¹¹⁵.

Ainda, foi possível encontrar críticas ao fundamento da garantia da ordem pública, igualmente citando expressões como “comoção social”, “perigosidade do réu”, “crime perverso”, “insensibilidade moral”, dentre outras, na obra de Fernando da Costa Tourinho Filho, que, de igual modo, considera o conceito demasiadamente fluído e indeterminado, também ressaltando que tal hipótese se distancia do caráter cautelar da medida:

Diga-se, contudo, uma prisão por esse motivo não tem a menor intimidade com o processo penal, não apresentando caráter cautelar, como exigido. Ademais, a medida extrema fica ao sabor da maior ou menor sensibilidade do Magistrado, de ideias preconcebidas a respeito de suas concepções religiosas, sociais, morais, políticas que o fazer guardar tendências que o orientam inconscientemente em suas decisões¹¹⁶.

Citando Binder, Tourinho Filho ainda vai acrescentar que a utilização de fórmulas, como a garantia da ordem pública e o fundamento baseado na periculosidade do réu, para justificar a prisão preventiva, “além de serem critérios puramente subjetivos, porque toda apreciação sobre o futuro é, em última instância, indemonstrável, implicam o uso da prisão preventiva como medida de segurança predelitual”¹¹⁷.

¹¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1015.

¹¹⁵ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**, p. 1014.

¹¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 687-688.

¹¹⁷ BINDER, 1999, p. 200 *apud* TOURINHO FILHO, 2013, p. 684.

Já Eugênio Pacelli vai lamentar que as expressões da garantia da ordem pública e da ordem econômica tenham sido mantidas no Código de Processo Penal mesmo após tantas alterações legislativas da matéria. O autor, identicamente aos demais processualistas, expressa a sua preocupação com a difícil definição do conceito de “ordem pública”, assim como vai criticar a fundamentação acautelatória calcada no argumento do risco de reiteração criminosa. Entretanto, ainda que timidamente, vai admitir a possibilidade de decretação da prisão preventiva nessas hipóteses, em casos excepcionais, quando diante de crimes gravíssimos seja constatado o “o risco de novas investidas criminosas”, se demonstrada “situação de comprovada intranquilidade coletiva no seio da comunidade”¹¹⁸.

A sua posição, outrossim, em certa medida se aproxima da construção argumentativa trazida pelo STJ para justificar o reconhecimento da periculosidade do sujeito, consoante expressou o autor no seguintes trechos:

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, reclame uma providência imediata do Poder Público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal. Muitas vezes, ou melhor, na maioria destes crimes, o seu autor assume a autoria do crime e nem sempre em situação que se possa identificar, de pronto, o risco de tortura ou de qualquer outra ilegalidade na obtenção da confissão.¹¹⁹

Nesse campo, a existência de outros inquéritos policiais e de ações penais propostas contra o réu (ou indiciado) pela prática de delito da mesma natureza poderá, junto com os demais elementos concretos, autorizar um juízo de necessidade da cautela provisória.¹²⁰

Inclusive, dentre os acórdãos examinados na pesquisa empírica realizada, foi identificado que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, na análise de um *Habeas Corpus* posteriormente submetido à apreciação do STJ, chegou a citar uma das obras de Eugênio Pacelli, conforme se vê:

Conforme preceitua a doutrina hodierna, a prisão preventiva pode ser ordenada "para fins externos à instrumentalidade, associada à proteção imediata, não do processo em curso, mas do conjunto de pessoas que se há de entender como sociedade. [...] A modalidade de prisão, para cumprimento desta última finalidade, seria a prisão para garantia da ordem pública", "quando se tutelar, não o processo, mas o risco de novas lesões ou reiteração criminosa", deduzidos, a princípio, da natureza e gravidade do

¹¹⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 694.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 693.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 694-695.

crime cometido e da personalidade do agente. (Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência, Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017)¹²¹

Juízo semelhante exerce Hélio Tornaghi. Desde já ressalvado o contexto de publicação da sua obra, datada de 1963, o autor, ao analisar as hipóteses de prisão discricionária, apesar de deixar claro que não seria suficiente à fundamentação da decisão judicial que decreta a prisão preventiva, a mera menção à necessidade da garantia da ordem pública, sob pena de representar expressão de arbitrariedade e opressão, ainda assim entende que o perigo que o acusado pode oferecer para ordem pública depende mais da sua personalidade, do seu caráter e da sua formação, do que do crime propriamente dito. Por isso sentencia que “as condições subjetivas do agente e não a importância objetiva do crime é que permitem verificar ou até presumir a perigosidade do agente e a necessidade de prendê-lo”¹²².

Nesse contexto, observa-se que o autor, muito embora ressalte, logo em seguida, o caráter excepcional da prisão cautelar, registrando que “a lei do processo penal nada mais é do que a fórmula salvadora, milagrosa até, que concilia a necessidade de segurança com o ideal de justiça”¹²³, a despeito disso, admite a possibilidade de uma presunção de periculosidade em certos casos, do mesmo que atribui ao puro subjetivismo do exame da personalidade do sujeito, a possibilidade justificar sua prisão com base no mesmo aspecto.

Continuando nossa investigação, no que se refere aos elementos considerados pelo STJ no diagnóstico sobre a periculosidade do agente – gravidade concreta da conduta, *modus operandi*, risco de reiteração delitiva - foram identificadas críticas específicas nas obras de Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró, em relação à reiteração delitiva.

Lopes Junior, mais uma vez, afirma que argumentos como esse não atendem ao processo penal, mas sim a uma função de polícia de Estado, declarando que “além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 159042/BA**. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Prisão preventiva. Fundamentação. Gravidade Concreta. Apreensão de 502,80g [...] Agravante: Orlando de Andrade Costa Filho. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em: 21 fev. 2022.

¹²² TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963, p. 622.

¹²³ *Ibid.*

vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros”¹²⁴. Ademais, ainda acrescenta:

A prisão para garantia da ordem pública sob o argumento de “perigo de reiteração” bem reflete o anseio mítico por um direito penal do futuro, que nos proteja do que pode (ou não) vir a ocorrer. Nem o direito penal, menos ainda o processo, está legitimado à pseudotutela do futuro (que é aberto, indeterminado, imprevisível). Além de inexistir um periculosômetro (tomando emprestada a expressão de ZAFFARONI), é um argumento inquisitório, pois irrefutável. Como provar que amanhã, se permanecer solto, não cometerei um crime? Uma prova impossível de ser feita, tão impossível como a afirmação de que amanhã eu o praticarei. Trata-se de recusar o papel de juízes videntes, pois ainda não equiparam os foros brasileiros com bolas de cristal...¹²⁵

Sobre a prisão preventiva para evitar a reiteração criminosa, Badaró novamente direciona as suas objeções ao fato de que tal hipótese não se revela propriamente cautelar, representando uma nítida antecipação parcial da intenção de prevenção especial da prisão, como um dos efeitos da condenação, criticando, pelo mesmo motivo, a previsão do artigo 282, I, do Código de Processo Penal:

Não é possível, porém, concordar com tais posicionamentos, nem aceitar a constitucionalidade da parte final do inciso I do caput art. 282 do CPP, quando permite a prisão preventiva para evitar a reiteração criminosa. Tal dispositivo tenta, por meio de uma troca de etiquetas, chamar de cautelar o que, substancialmente é uma medida de segurança preventiva que, com base em uma pretensa periculosidade do agente, busca cumprir uma finalidade de prevenção especial. Isso, contudo, não é suficiente para mascarar sua patente incompatibilidade com a presunção de inocência¹²⁶.

Tudo isso exposto, é possível apontar um panorama inicial do confronto entre os achados dogmáticos sobre o tema e a posição prática assumida pelo STJ na operacionalização do Direito. Notou-se que dentre os 05 autores filtrados das indicações presentes nos componentes curriculares dos cursos de Direito do país, conforme seleção anteriormente detalhada, 03 deles demonstram ser contrários à eleição de critérios, como o argumento da periculosidade, enquanto avaliadores do cabimento da prisão preventiva.

Como antecipado, a maior parte dessas críticas não são direcionadas ao fundamento da periculosidade propriamente dito. São, em verdade, juízos realizados

¹²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 142.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 143.

¹²⁶ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**, p. 990.

acerca da expressão “garantia da ordem pública”, hipótese legal a que geralmente se vincula à periculosidade por ocasião da análise da prisão cautelar¹²⁷. Contudo, ainda assim, em alguns estudos o termo a periculosidade foi citado diretamente e em outros, os elementos eleitos pelo Tribunal como parâmetros balizadores da categoria, a exemplo do risco de reiteração delitiva, foram rechaçados pela doutrina processualista.

Em suma, Aury Lopes Junior foi enfático ao considerar inconstitucional o fundamento da garantia da ordem pública para fins de prisão e todas as demais expressões que costumam o compor. Gustavo Badaró e Fernando da Costa Tourinho Filho, apesar de não defenderem de modo expresso a inconstitucionalidade do argumento, se posicionaram firmemente contrários à hipótese de tamanha abertura semântica no ordenamento, atacando os termos “perigosidade do réu” e “risco de reiteração delitiva”. Hélio Tornaghi, a despeito de citar brevemente a possibilidade de um exame da periculosidade ou de sua presunção, conduz a sua obra em uma vertente crítica à decretação da prisão preventiva fora das hipóteses seriamente excepcionais, reforçando a necessidade de impor limites ao arbítrio do Estado e de fazer da liberdade um direito firmemente protegido. Por último, Eugênio Pacelli é o que parece verdadeiramente se aproximar, mesmo que de modo tímido, da posição encampada pelo STJ, defendendo a possibilidade de se realizar um juízo da necessidade da cautela provisória a partir de critérios como a gravidade do crime praticado, a apuração dos meios de execução e a certificação da existência de outros inquéritos policiais e de ações penais propostas contra o acusado pela prática de delito da mesma natureza.

Nesse sentido, pode-se concluir que o entendimento majoritário da dogmática processual penal - ao menos de uma dogmática calcada na premissa do sistema processual enquanto limitador do poder punitivo - rechaça a ideia da periculosidade como critério avaliador do cabimento da prisão preventiva, de modo que também podemos afirmar que a atuação do STJ sobre o tema se faz em descompasso com os preceitos eleitos pelo conhecimento dogmático preponderante.

¹²⁷ Sobre esses aspectos deve ser alertado que, muito embora, de fato, o fundamento da garantia da ordem pública seja o principal autorizativo que abre margem ao conceito de periculosidade como critério avaliador do cabimento da prisão preventiva, constatou-se em muitos dos acórdãos analisados a utilização do argumento da periculosidade de forma isolada, não necessariamente vinculado ao conceito de garantia da ordem pública, dando a entender tal categoria pode ter começado a ganhar certa autonomia na justificação da segregação cautelar, sem que exista qualquer dependência do permissivo legal previsto no artigo 312 do CPP, ao menos expressamente.

Havíamos conjecturado anteriormente, a hipótese de que ocorria um certo afastamento dogmático do Tribunal durante o exercício da atividade jurisdicional, ao menos no universo particular estudado, dado que a construção argumentativa do conceito não contava com qualquer amparo do conhecimento doutrinário sobre o tema. Contudo, o tópico também propõe à reflexão se esse afastamento dogmático na verdade não pode, em certa medida, se tratar de uma escolha dogmática que não é declarada. Isso porque, o fato de não ter sido eleito um seguimento doutrinário para subsidiar o posicionamento judicial sobre a matéria, não significa dizer que ele não esteja implicitamente presente nas convicções argumentadas. Que não houve a utilização expressa do conhecimento dogmático para definir os elementos que compõe o conceito de periculosidade, isso já fora afirmado. Mas ainda no silêncio dos julgadores sobre esse ponto, é possível definir a que linha dogmática a posição do STJ se filia?

Para aguçar ainda mais essa provocação, façamos uma análise sob outra perspectiva. Através de uma pesquisa realizada no ano de 2018 pela PUC-Rio, sob encomenda da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), intitulada “Quem somos. A magistratura que queremos”, foram reunidas cerca de 3851 respostas apresentadas por juízes ativos e inativos no Brasil, em relação aos mais diversos aspectos da atuação jurisdicional, bem como de questões pessoais referentes ao perfil dos magistrados. Dentre eles, foi questionado na pesquisa qual a doutrina mais citada nas decisões dos juízes brasileiros, sendo como resposta apontado o estudo de Guilherme Nucci.¹²⁸ No questionamento foram citados outros tantos autores dos mais diversos ramos do Direito, todavia, no âmbito do Direito Penal e do Processo Penal, apenas Nucci foi referenciado.

Pensando nisso, decidi investigar o que o autor mais citado pelos magistrados brasileiros, segundo a pesquisa realizada, diz sobre a periculosidade enquanto fundamento da prisão preventiva. Sobre essa apuração, de logo, antecipo que dentre os processualistas que já estudamos até aqui, Nucci é o que mais teoriza sobre a periculosidade e sua relação com o cabimento da segregação cautelar.

¹²⁸ VIANA, Luiz Werneck; DE CARVALHO, Maria Alice Rezende; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos. A magistratura que queremos.** Rio de Janeiro: AMB, 2018. Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2018-Quem-somos-a-Magistratura-que-queremos.pdf> Acesso em: 17 maio 2024.

No seu livro “Código de Processo Penal Comentado”, Nucci inicialmente esclarece que essa periculosidade analisada no âmbito da prisão preventiva em nada tem relação com a periculosidade avaliada no campo das enfermidades mentais, sendo que “o termo periculosidade é utilizado neste campo de maneira a expor a maior antissociabilidade do acusado, logo, o potencial risco de ferir semelhantes”¹²⁹.

Caminhando nesse sentido, o Autor vai associar diretamente a periculosidade como um dos critérios de avaliação do abalo à ordem pública, aduzindo que a periculosidade é um dos fatores responsáveis por apurar a repercussão social do crime, sendo ela a “probabilidade de tornar a cometer delitos”¹³⁰, que seria então demonstrada e apurada através do exame dos antecedentes criminais do acusado, “associando-se a isso a crueldade particular com que executou o crime”¹³¹.

Continuando sua exposição, o processualista lista os critérios utilizados pelo Poder Judiciário para valorar a periculosidade do sujeito:

Outros fatores demonstrativos de periculosidade: ainda no contexto da garantia da ordem pública, outros elementos podem ser apontados, em variados julgados, analisando casos concretos, para dar base à periculosidade do agente. São eles: o modo de execução do delito, que pode evidenciar extrema crueldade, a quantidade de coautores e partícipes, mesmo não figurando associação criminosa; o número e a potencialidade lesiva das armas; a quantidade exorbitante de drogas ou a sua manifesta variedade; a lida com explosivos e outros meios capazes de gerar perigo comum; a minuciosa premeditação para diminuir, consideravelmente, as chances de defesa da vítima, a visível disparidade de forças entre o agente e a fraqueza da vítima, dentre outros¹³².

Diante do que foi exposto, se nos voltarmos mais uma vez aos achados de pesquisa podemos identificar uma nítida consonância entre a posição do STJ sobre o argumento da periculosidade na prisão preventiva e a abordagem de Guilherme Nucci sobre o tema. Ressalto que, considerando que a obra analisada se trata do código de processo penal comentado, é difícil dizer em que medida o STJ se filia à concepção de Nucci ou se a obra do autor se resume a uma mera leitura do que é praticado pelos tribunais a esse respeito. Entretanto, de todo modo, o fato é que no escrito analisado não há registro de impugnação ou crítica do autor a essa prática pelo judiciário, induzindo o leitor a concluir que há certa concordância com esse entendimento.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2018, p. 827.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 826.

¹³¹ *Ibid.*, p. 826.

¹³² *Ibid.*, p. 328-329.

Outrossim, podemos também dizer, após os estudos desenvolvidos no item 2.2 desta pesquisa, que apesar de não anunciado de forma expressa, fica claro nos resultados encontrados que o STJ adota os postulados propostos pela Escola Positiva no que diz respeito ao conceito de periculosidade, especialmente quando reforça a associação entre o termo e o risco de reiteração delitiva, entendido como o risco de o agente vir a cometer um novo delito no futuro, exato conceito desenvolvido por autores como Ferri, Garófalo, Grispi, Jiménez de Asúa, dentre outros.

Somando isso à consonância encontrada nos estudos desenvolvidos por Nucci, não necessariamente podemos falar que há um efetivo distanciamento dogmático do STJ quando da aplicação da periculosidade na qualidade de critério balizador da prisão preventiva, haja vista que ainda não expresso explicitamente, é perfeitamente possível identificar a qual seguimento dogmático se amparam os julgadores para construir suas concepções do tema, podendo defini-lo como sendo um viés não garantista, haja vista não ser limitador do poder punitivo e sim complacente com a ideia de defesa social, ao custo da redução da liberdade dos cidadãos.

Ao fim, se é que cresce em algo, a opinião desta pesquisadora particularmente se filia às críticas propostas por Aury Lopes Junior, seja sob o prisma da ilegalidade ou da inconstitucionalidade do argumento, por violação do caráter instrumental das medidas cautelares, do princípio da legalidade e da presunção de inocência, ou mesmo sob a ótica da própria função limitadora do processo penal e dos direitos e garantias individuais, que definitivamente não se servem aos fins de segurança pública.

3.2. A PERICULOSIDADE PARA O TJ/BA: PONTOS DE CONVERGÊNCIA E DIVERGÊNCIA COM O STJ

Durante a pesquisa empírica desenvolvida, conforme tratado no item 2.3 do estudo, também foi analisado o modo de construção do conceito de periculosidade pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. A investigação inicialmente foi feita a partir das ementas ou trechos das decisões proferidas pelo órgão colegiado de origem que eram extraídos pelo STJ e colacionados para compor, tanto o relatório, como a fundamentação dos acórdãos da amostra.

Os resultados obtidos com essa primeira seleção apontaram que as expressões associadas ao conceito de periculosidade pelo TJ/BA se assemelham, quase que unanimemente, às aquelas empregadas pelo STJ. Nos casos em que foi possível examinar a posição do TJ/BA sobre o tema, por intermédio do acórdão do STJ, foi observado que as 04 categorias eleitas pelo tribunal superior foram igualmente citadas pelo tribunal local, sendo elas, a gravidade concreta do crime, o risco de reiteração delitiva, o *modus operandi* do delito e a existência de uma fundamentação específica nos crimes envoltos à lei de drogas, cuja avaliação variava de acordo com a quantidade, a variedade e a natureza da droga apreendida.

O que de mais particular que se destacou nessa análise inicial da construção argumentativa do TJ/BA, para além das previsões em comum com o STJ já abordadas no tópico anterior, foi a demonstração de uma certa passionalidade do colegiado estadual ao tratar da periculosidade. Ao examinar alguns casos, especialmente as imputações de homicídio qualificado, o TJ/BA incluiu na sua argumentação, expressões adjetivas ao sujeito, a exemplo de “cruel”, “índole violenta” e “desprezo à vida”, adotando um discurso, de certo modo, mais sentimental a respeito dos fatos, e enxertando o termo de elementos mais ligados a uma leitura sobre a personalidade do agente, como pode ser visto nos exemplos abaixo:

(...) O crime teria sido executado por outros dois indivíduos, estes de identidade ignorada, que perseguiram a vítima de carro em via pública, tendo um dos criminosos efetuado diversos disparos de arma de fogo contra ela, atingindo-a pelas costas três vezes.

Tal fato certamente revela o alto grau de periculosidade do Paciente, marcado pelo cunho extremamente cruel da conduta a ele imputada, bem como o seu absoluto desprezo pelo ser humano, o que acarreta inegável inquietação social e reclama a medida extrema para garantia da ordem pública¹³³.

(...) Em relação ao *periculum libertatis* da coacta, o mesmo restou evidenciado através da prática do delito de homicídio qualificado, perpetrado contra a vítima, através do uso de arma de fogo, em via pública, por motivo torpe, além de mediante emboscada, quando não possibilitou a defesa da vítima, surpreendida ao sair do seu trabalho, supostamente ocasionado pelo fato de uma decisão judicial que assegurava o direito da vítima visitar a sua filha menor. Revelando, assim, a gravidade concreta do delito e o risco à ordem pública decorrente da periculosidade do agente, evidenciada pela

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 786426/BA**. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Fundamentação. Agravante considerando um dos mandantes do crime. Periculosidade do agente [...] Agravante: Alvaro Sergio da Fonseca Neto. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em: 14 dez. 2022.

índole violenta e desprezo à vida, de modo que reforçar a necessidade de se manter a segregação cautelar¹³⁴.

À exceção do aspecto destacado, se observou uma unicidade no entendimento daquilo que é considerado como elemento de avaliação da periculosidade pelo TJ/BA e pelo STJ, ao menos nos termos da investigação que fora inicialmente proposta.

Porém, justamente considerando que a verificação do juízo feito pelo TJ/BA sobre a periculosidade ficou limitada àquilo que era, ou não, selecionado pelo STJ para compor o acórdão, poderia ser apontada certa fragilidade nas conclusões alcançadas, especialmente tendo em vista que, conforme disposto na tabela 12 do presente trabalho, houve um alto percentual de casos em que não foi possível analisar o emprego da expressão pelo tribunal *a quo*, uma vez que nenhum trecho da decisão do TJ/BA foi exposto pelo STJ.

Em razão disso, tendo em conta também a expressiva redução do universo examinado após a aplicação dos filtros para especificação da amostra (vide tabela 1 do estudo), e visando, ademais, auxiliar no aprofundamento, na verificação e na validade das conclusões extraídas com a pesquisa, entendeu-se por necessária uma investigação complementar do objeto, desta feita, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Sendo assim, utilizando dos mesmos filtros aplicados para obtenção da amostra principal da pesquisa no âmbito STJ, busquei pelos termos “periculosidade e prisão preventiva”, selecionando os acórdãos publicados entre 01 de janeiro de 2021 a 31 de dezembro de 2023 no site de consulta de jurisprudência do TJ/BA¹³⁵.

Nesse primeiro levantamento foram encontrados cerca de 156 acórdãos para investigação, contudo, o sistema de busca, de forma reiterada, filtrou mais de uma vez a mesma decisão, de modo que após retirados os documentos duplicados, a amostra foi reduzida ao total de 75 acórdãos, assim distribuídos por tipo de recurso:

¹³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 170186/BA**. Homicídio qualificado. Ofensa ao princípio da colegialidade não configurada. Prisão preventiva. Fundamentação idônea. Necessidade de garantia da ordem pública. Periculosidade do agente [...] Agravante: Elane Oliveira Santos. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Publicado em: 18 out. 2022.

¹³⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Jurisprudência. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjba.jus.br/> Acesso em: 20 maio 2024.

Tabela 15 – Distribuição dos acórdãos do TJ/BA por tipo de recurso

Tipo de recurso	Quantidade apreciada	Percentual em relação ao total da amostra
Recurso em Sentido Estrito	38	50,67%
Recurso de Apelação	35	46,67%
Embargos de Declaração	2	2,66%

Estranhamente, observou-se que na busca efetuada não foram encontrados registros de acórdãos proferidos em sede de *habeas corpus*, muito embora não tenha sido aplicado qualquer filtro de seleção nesse sentido e conquanto na pesquisa realizada perante o STJ tenham sido contabilizados cerca de 14 Recursos Ordinários em *Habeas Corpus*.

A esse respeito, pontua-se que não foi identificada ressalva ou aviso no local de consulta dos dados que justifique tal ausência, o que talvez possa indicar que a ferramenta utilizada não abranja todas as decisões proferidas pelo tribunal, podendo existir algum limitador de desconhecimento desta pesquisadora que tenha impedido de serem alcançados todos os acórdãos efetivamente publicados no período.

De todo modo, é certo que não há qualquer invalidade quanto à base de dados utilizada, que é de caráter oficial do tribunal, nem mesmo podem ser impugnados os critérios de pesquisa eleitos, que foram os mesmos empregados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cuja justificativa metodológica já fora apresentada.

Isso registrado, no que diz respeito ao resultado de cada um dos recursos manejados, observou-se a preservação da tendência encarceradora quando da aplicação do axioma da periculosidade, com um único registro de concessão de liberdade provisória com a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, para além dos 05 casos em que se manteve a liberdade provisória anteriormente concedida, então objeto de recurso pelo Ministério Público:

Tabela 16 – Situação do sujeito após o acórdão proferido pelo TJ/BA (continua)

Situação	Quantidade	Percentual
Prisão mantida	47	62,67%

Decretada prisão preventiva	19	25,33%
Liberdade provisória concedida	1	1,33%
Liberdade provisória mantida	5	6,67%
Casos em que o termo periculosidade não estava associado à prisão preventiva	3	4%

(conclusão)

Esclarece-se, no que se refere à última categoria indicada na tabela acima, que apesar de o filtro aplicado ter pretendido associar o conceito de periculosidade unicamente ao exame da prisão preventiva, excluindo da amostra a incidência do termo nas hipóteses de exame da medida de segurança ou de dosimetria da pena, na busca efetivada ainda assim foram abrangidas 03 situações em que a periculosidade não estava relacionada à prisão, sendo duas delas referentes à apuração da presença dos requisitos de configuração do princípio da insignificância e um dos casos em que se discutia a retirada do termo periculosidade da decisão de pronúncia o acusado.

De igual sorte, inclusive dentre os casos em que a periculosidade foi efetivamente associada à prisão preventiva, foram registrados 03 casos em que o TJ/BA não desenvolveu o conceito diretamente, estando ele apenas presente nos precedentes incluídos no acórdão. Consequentemente, da amostra obtida de 75 acórdãos, a periculosidade enquanto elemento avaliador da prisão preventiva somente pode ser observada em 69 dos achados, sendo que em 03 deles ela foi afastada, o que representa um percentual de 4,35%, e nos outros 66 processos ela foi constatada, equivalendo a 95,65% dos documentos analisados.

Destaca-se que nesta nova amostra perquirida, os casos em que houve o afastamento da periculosidade pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia apresentaram certa distinção em relação àqueles em que o STJ adotou a mesma posição. Como outrora antecipado, as situações em que expressamente foi mencionada a pouca, ou a inexistente periculosidade do sujeito no âmbito do STJ, se circunscreveram às hipóteses de fundamentação específica dos crimes relativos à lei de drogas, cuja análise será feita de forma mais detalhada no tópico seguinte do

trabalho. Do mesmo modo, coincidentemente, na primeira investigação feita sobre a posição do TJ/BA, por intermédio dos acórdãos do STJ, também foi observada essa mesma tendência, sendo a periculosidade afastada apenas em circunstâncias em que a quantidade e a variedade da droga apreendida era reduzida. Entretanto, nessa nova investigação realizada, foram observados dois casos com argumentação diversa.

O primeiro deles, o Recurso em Sentido Estrito nº 0500435-46.2021.8.05.0201, foi interposto pelo Ministério Público do Estado da Bahia visando a reforma da decisão de primeiro grau que tinha concedido liberdade provisória ao acusado. Apesar de contra ele também ter sido imputado o crime de tráfico de drogas, a declaração de que aquele sujeito não poderia ser considerado perigoso não decorreu desse aspecto. Na ocasião, o MPBA sustentava a existência de periculosidade do agente com base na alegação de contumácia delitiva, associada ao risco de reiteração criminosa. Contudo, o TJ/BA afastou tal argumento, invocando um entendimento do STF sobre o tema, a saber:

Relativamente à alegação de contumácia delitiva, fundamentada no registro de ato infracional análogo a tráfico de drogas pelo Recorrido, não merece guarida, uma vez que, consoante precedente do Supremo Tribunal federal, tal circunstância não é apta a comprovar a periculosidade do agente e, conseqüentemente, não importa em risco à ordem pública a justificar a segregação cautelar (STF, HC 194728 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 28/06/2021)¹³⁶.

O segundo caso, igualmente, tratou de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado da Bahia, também se insurgindo contra decisão que concedeu liberdade provisória ao acusado. Contra ele foram imputados os crimes previstos no artigo 157, §2º, II, do Código Penal (roubo com aumento de pena do concurso de pessoas) e artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (corrupção de menores para a prática de crime), de modo que um dos principais argumentos invocados pelo MPBA para reforma da decisão foi a suposta periculosidade do recorrido, em tese, demonstrada pelo *modus operandi* empregado no crime, que teria sido cometido com emprego de simulacro de arma de fogo, chegando a causar terror na vítima.

¹³⁶ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal. 1. Turma). **Recurso em Sentido Estrito nº 0500435-46.2021.8.05.0201**. Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público. Insurgência em face de decisão que concedeu liberdade provisória ao recorrido, com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão [...] Recorrente: Ministério Público do Estado da Bahia. Recorrido: Diogo Souza Conceição. Relatora: Juíza. Nartir Dantas Weber. Publicado em: 09 nov. 2021.

Todavia, o TJBA não demonstrou apoiar esse entendimento e afastou o reconhecimento da periculosidade do sujeito, justamente justificando que o *modus operandi* do crime não teria extrapolado o próprio tipo penal:

Com efeito, embora restem presentes indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, não se verifica a gravidade concreta da conduta delitiva supostamente praticada pelo Recorrido e, dos demais elementos constantes dos autos, não se vislumbra a periculosidade acentuada do Recorrido ou a possibilidade de reiteração delitiva.

Isso porque, do Auto de Prisão em Flagrante, extrai-se que o Recorrido foi preso em flagrante, em 21 de junho de 2021, por volta das 21h30, na direção do veículo TOYOTA/ETIOS SDX, de cor branca, Placa PJE1J39, com restrição de furto/roubo, sendo que, no interior do veículo, que era ocupado por outros indivíduos, dentre eles um adolescente, foi encontrado um simulacro de arma de fogo, embaixo do banco do motorista.

Na Delegacia, após contato com Lucas Carneiro Silva, que havia registrado ocorrência policial sob o n.º 5433/2021, noticiando o roubo do carro acima descrito, a vítima compareceu ao local e fez o reconhecimento de Gelter dos Santos Exaltação como autor do delito de que fora vítima em 19 de junho de 2021, afirmando que é motorista de aplicativo e, após solicitação de uma corrida por dois indivíduos, que teria como destino o Bairro da Ribeira, foi anunciado o assalto na Avenida Dendezeiros, pelo ora Recorrido, que teria sido a terceira pessoa a embarcar no carro.

Nesse cenário, observa-se que o delito supostamente praticado pelo Recorrido, diferentemente do quanto sustentado pelo *Parquet* em suas razões de recurso, não foi dotado de um *modus operandi* que denotasse uma maior gravidade ou periculosidade social do flagranteado, pois, embora tenha sido cometido em concurso de agentes, possivelmente foi praticado com o simulacro de arma de fogo encontrado no interior do veículo, o que não extrapola o tipo penal.¹³⁷

No mais, à exceção desses dois casos, a posição do TJ/BA não se distanciou muito do que fora anteriormente exposto como prática do STJ. Os quatro elementos mais identificados como parâmetros de apuração da periculosidade coincidem com os destacados no item 3.1 deste estudo, observando-se a seguinte incidência:

Tabela 17 – Expressões associadas ao conceito de periculosidade pelo TJ/BA (continua)

Expressões	Frequência da incidência	Percentual em relação à soma total da frequência da incidência
<i>Modus operandi</i> do crime	24	36,36%
Risco de reiteração delitiva	22	33,33%

¹³⁷ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal. 1. Turma). **Recurso em Sentido Estrito nº 0504004-73.2021.8.05.0001**. Recurso em sentido estrito. Recorrido flagranteado pela suposta prática das condutas descritas no art. 157, §2º, II, CP e art. 244-B, ECA. Concedida liberdade provisória com aplicação de medidas cautelares diversas da prisão [...] Recorrente: Ministério Público do Estado da Bahia. Recorrido: Gelter dos Santos Exaltação. Relatora: Juíza. Nartir Dantas Weber. Publicado em: 09 nov. 2021.

Gravidade concreta da conduta	8	12,12
Quantidade, variedade e natureza da droga apreendida	3	4,54%
Mais de uma das expressões citadas	5	7,58%
Outros fundamentos	4	6,07%
(conclusão)		

Sobre os critérios apontados com maior frequência, a título ilustrativo da construção argumentativa do tribunal local, podemos destacar os seguintes trechos:

(...) Ressalte-se que o envolvimento, em tese, do Recorrente em outros delitos (periculosidade social), é, sem dúvida, circunstância que reforça a necessidade da sua custódia, sob pena de risco à ordem pública, em pleno atendimento ao quanto disposto no art. 312 do CPP e torna, ainda, inviável a aplicação de quaisquer das medidas alternativas diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Ritos¹³⁸.

(...) Com efeito verifica-se que a manutenção da segregação cautelar se encontra fundada na garantia da ordem pública, apontando os indícios de autoria e materialidade delitivas, ressaltando a gravidade concreta do crime e a periculosidade do Recorrente, evidenciadas pelo *modus operandi*, em concurso de agentes e mediante emprego de armas de fogo com restrição à liberdade das vítimas, bem como a constatação de que o Apelante responde a outros processos criminais, consubstanciando a necessidade da constrição em face do risco de novas investidas criminosas¹³⁹.

(...) De fato, a gravidade concreta do crime como fundamento para a decretação ou manutenção da prisão preventiva deve ser aferida, como no caso, a partir de dados colhidos da conduta delituosa praticada pelo agente, que revelem uma periculosidade acentuada a ensejar uma atuação do Estado cerceando sua liberdade para garantia da ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Portanto, mostra-se legítimo, no caso, o decreto de prisão preventiva, uma vez ter demonstrado, com base em dados

¹³⁸ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal. 2. Turma). **Apelação nº 0502175-91.2020.8.05.0001**. Apelação criminal. Direito Penal, Processual Penal e Lei antidrogas. Tráfico de entorpecentes. Artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 [...] Apelante: Douglas Silva Santos. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Des. João Bosco de Oliveira Seixas. Publicado em: 18 fev. 2022.

¹³⁹ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal. 2. Turma). **Apelação nº 0000053-32.2018.8.05.0067**. Apelação criminal. Roubo majorado (Art. 157, §2º, II, do Código de Processo Penal. Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Inalbergamento [...] Apelante: Italo Gonçalves Santana, Kassio Santos de Lira e Hugo Borges Andrade. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relatora: Juíza. Nartir Dantas Weber. Publicado em: 25 fev. 2021.

empíricos, ajustados aos requisitos do art. 312 do CPP, o efetivo risco à ordem pública gerado pela permanência da liberdade¹⁴⁰.

Ocorre que, da mesma forma em que foram apontadas contradições internas no entendimento praticada pelo STJ durante a apuração da construção do argumento, o TJBA também não passou imune à críticas nesse sentido.

Como visto anteriormente, em um dos casos a Corte da Bahia indicou não haver periculosidade acentuada do acusado em razão de o *modus operandi* do crime não ter extrapolado tipo penal descrito na norma. Porém, do Recurso em Sentido Estrito de nº 0500799-27.2020.8.05.0080 pôde se observar a exata prática ora impugnada pelo tribunal, não tendo sido verificado da construção argumentativa traçada para justificar a suposta periculosidade do sujeito, nenhum argumento alheio ao próprio tipo penal da conduta, como se vê do trecho extraído:

Como dantes mencionado, infere-se da leitura dos autos se tratar de crime praticado com grave ameaça, mediante uso de arma de fogo, e em concurso de agentes, indicando a periculosidade do réu e, portanto, a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública.

Os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal estão presentes no caderno processual pois há indícios de autoria, inclusive a confissão prestada pelo réu na delegacia, e materialidade, diante da apreensão da arma de fogo utilizada por ele, induzindo à presunção de que não se trata de ato despido de importância no contexto da periculosidade¹⁴¹.

Além disso, de modo semelhante, notou-se certa incoerência quanto à delimitação do termo, ora auferido através do estudo da gravidade concreta do crime ou do seu *modus operandi*, ora balizado pelo risco de reiteração delitiva, ou mesmo, em outras tantas oportunidade, apresentado como categoria completamente autônoma a estes critérios, como é o caso abaixo:

Portanto, a gravidade do delito, praticada em concurso de agentes e com utilização de arma de fogo, embora isoladamente não sirva de fundamento do decreto prisional, somada às outras circunstâncias, a exemplo da violência física, periculosidade do agente e possibilidade concreta da reiteração

¹⁴⁰ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal. 1. Turma). **Recurso em Sentido Estrito nº 0000264-12.2016.8.05.0076**. Recurso em sentido estrito. Crimes contra a vida. Homicídio qualificado. Irresignação defensiva [...] Recorrente: Edivan Pereira dos Santos. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Des. Luiz Fernando Lima. Publicado em: 10 fev. 2021.

¹⁴¹ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal. 1. Turma). **Recurso em Sentido Estrito nº 0500799-27.2020.8.05.0080**. Recurso em sentido estrito. Roubo majorado. Decisão interlocutória relaxando a prisão preventiva sem decretar outras medidas restritivas por ausência do princípio da contemporaneidade [...] Recorrente: Ministério Público do Estado da Bahia. Recorrido: Odair José de Carvalho Magalhães Filho. Relator: Des. Eserval Rocha. Publicado em: 11 ago. 2021.

delitiva, justificam à manutenção da segregação cautelar do Embargante com vistas à garantia da ordem pública¹⁴².

Outrossim, as críticas emplacadas no que tange à ausência de subsídio da dogmática processual penal para apoiar a posição, de modo geral, são também aplicadas a esta pesquisa complementar, sendo excepcionado dois casos em que foi citado o entendimento de Renato Brasileiro de Lima, que menciona diretamente o termo periculosidade associado à averiguação da prisão preventiva, validando a sua aplicação:

Com efeito, leciona a doutrina majoritária, que a garantia da ordem pública resta abalada quando demonstrada a elevada probabilidade do investigado/acusado reiterar as práticas delituosas, continuando a atingir a sociedade, mesmo após o início de procedimento investigatório ou da ação penal. A esse respeito, veja-se:

“Para uma segunda corrente, de caráter restritivo, que empresta natureza cautelar à prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. **Acertadamente, essa corrente, que é a majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente.**” (Lima, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal, Volume Único, 1ª edição, 2013, págs. 906/907)¹⁴³

(grifos nossos)

¹⁴² BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal. 1. Turma). **Embargos de declaração nº 0501652-52.2017.8.05.0141**. Embargos de declaração em apelação criminal. Omissão acerca do pleito de recorrer em liberdade. Existência. Reexame da necessidade de manutenção da prisão cautelar. Gravidade do delito. Periculosidade social do agente e possibilidade de reiteração criminosa [...] Embargante: Ícaro Mateus Souza Santos. Embargado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relatora: Desa. Aracy Lima Borges. Publicado em: 12 maio 2021.

¹⁴³ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal. 1. Turma). **Recurso em Sentido Estrito nº 0302134-65.2020.8.05.0274**. Direito Processual Penal. Recurso em sentido estrito. Recorrido acusado da prática, em tese, do delito capitulado no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006. Pretensão recursal: restabelecimento da prisão preventiva do paciente, decretada pela manifestada plantonista em sede de audiência de custódia, revogada pelo juízo de primeiro grau [...] Recorrente: Ministério Público do Estado da Bahia. Recorrido: Victor Italiano Andrade. Relator: Des. Julio Cezar Lemos Travessa. Publicado em: 07 out. 2021. Igualmente em: BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (2. Câmara Criminal. 1. Turma). **Recurso em Sentido Estrito nº 0500300-43.2020.8.05.0080**. Direito Processual Penal. Recurso em sentido estrito. 1) Pleito perpetrado pelo *parquet*, insurgindo-se à decisão do juízo *a quo* que revogou a prisão preventiva do recorrido, com espeque em suposto constrangimento ilegal, ante a impossibilidade, em tese, de agendamento da audiência de instrução e julgamento [...] Recorrente: Ministério Público do Estado da Bahia. Recorrido: Edmundo Lima da Silva. Relator: Des. Julio Cezar Lemos Travessa. Publicado em: 14 out. 2021.

Nesses termos, desenvolvida uma nova investigação sobre o tema, desta vez com um olhar mais direcionado à operacionalização do conceito pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, foram observadas, conforme destacado, problemáticas semelhantes às encontradas na atuação do STJ, com poucas variações.

Persistem então questões como a ausência de clareza quanto aos parâmetros eleitos para o reconhecimento ou o afastamento da periculosidade em cada caso, uma vez que foram apontadas contradições ao expor entendimentos que foram aplicados em determinados recursos e renegados em outros. Em determinados achados, os argumentos mais indicados como avaliadores da periculosidade aparecem na construção argumentativa como sendo conceitos independentes do próprio termo “periculosidade”, sendo avaliados autonomamente, o que demonstra que sequer há uma unicidade teórica naquilo que se observou como incidente em maior frequência, sem deixar de lado, outrossim, a própria desaprovação da dogmática quanto à utilização da expressão, conforme foi trabalhado no tópico anterior.

Por assim ser, seja no âmbito do STJ ou no campo de atuação do TJ/BA, do que foi examinado até aqui, infere-se que a construção argumentativa desenvolvida pelo tribunais não foi capaz de afastar ou minimizar o grau de subjetividade do termo periculosidade e, conseqüentemente, não foi suficiente a resolver as controvérsias em torno da sua utilização no campo pesquisado.

3.3. A FORMAÇÃO DO CONCEITO DE PERICULOSIDADE NOS CRIMES RELATIVOS À LEI DE DROGAS: UMA REALIDADE A PARTE

Desde que Nixon, em 1971, declarou as drogas como inimigo número um dos Estados Unidos, invocando a necessidade de uma empreitada ofensiva contra sua oponente¹⁴⁴, toda a perspectiva criminal sobre o tema, não somente nos EUA, como na América Latina, passou a pautar-se por essa batalha.

Não seguindo o Brasil roteiro diferente, uma vez que, consoante afirma Salo de Carvalho¹⁴⁵, “da mesma forma que os Estados Unidos impõem sua política econômica e transnacionalizam a ideologia da segurança nacional, na década de sessenta,

¹⁴⁴ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

¹⁴⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial as razões da descriminalização)**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1996, p. 31. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430> Acesso em: 22 maio 2024.

também incorporam os países da América Latina no processo de combate às drogas”. Assim, desde o Código Penal Republicano de 1890 as faces do proibicionismo já se manifestavam no ordenamento jurídico nacional.

Essa empreitada foi inicialmente marcada pelo modelo médico-sanitário de combate às drogas, então sustentado a partir de temores de cunho moralistas, calcados na difusão de discursos que pregavam que os “criminosos viciados eram dados a orgias sexuais.”¹⁴⁶ Com base nesse estereótipo de moralidade, a droga era considerada como sinônimo de periculosidade, sendo propagada a ideia da personificação de que corruptores (traficantes) estariam atingindo os filhos de “boa família” (usuários).

Consoante contextualizou Del Olmo, os ditos corruptores geralmente provinham dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-los como delinquentes. Já os corrompidos, aqueles de condição social distinta, passariam a ser qualificados como doentes, graças à difusão do estereótipo da dependência. Assim, nasce aquilo que nomeou Del Olmo como ideologia da diferenciação, cujas premissas podem assim ser sintetizadas¹⁴⁷:

Quanto ao tipo de discurso de combate às drogas, tudo dependia de quem consumia: se eram os habitantes de favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos. Se eram os “meninos de bem”, a droga os tornava apáticos daí que aos habitantes das favelas fosse aplicado o estereótipo criminoso e fossem condenados a severas penas de prisão por traficância, apesar de só levarem consigo um par de cigarros; e troca, os “meninos de bem” que cultivavam a planta em sua própria casa, como aconteceu em inúmeras ocasiões, eram mandados a alguma clínica particular para em seguida serem enviados aos Estados Unidos porque eram “doentes” e seriam sujeitos a tratamento, de acordo com o discurso médico tão em moda na época dos Estados Unidos. A eles corresponderia o estereótipo da dependência.

Mesmo após o incremento de um modelo mais repressivo de combate às drogas no Brasil, especialmente depois da aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo então presidente Castello Branco em 1964, ano da ditadura militar, a ideologia da diferenciação em nada foi abandonada, passando agora a ser vigente no contexto do modelo médico-jurista implementado no país.

¹⁴⁶ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**, p. 30.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 46.

Sobre essa mudança de sistema e relativamente à adoção posterior da Lei nº 6.368/76, que instituiu medidas de repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, Salo de Carvalho fez a seguinte alerta:

No que concerne ao plano político-criminal, mantem-se o discurso médico-jurídico, com a diferenciação básica entre dependente e criminoso e a manutenção dos estereótipos de consumidor-doente e traficante-delinquente, instaurando-se, gradualmente, o discurso jurídico-político (plano da segurança) onde surgirá a figura do inimigo, igualmente encarnada no traficante¹⁴⁸.

Do mesmo modo, não obstante tenham havido subsequentes mudanças legislativas até se chegar à Lei nº. 11.343/06, hoje vigente no Brasil, o que se observa é que as máximas previstas pela ideologia de diferenciação quanto ao enquadramento e tratamento de usuários e traficantes permanecem atualmente operantes.

Uma outra vertente de apoio do sistema proibicionista de drogas brasileiro que segue em execução no país são as ideias difundidas pelo tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem, pela Ideologia da Defesa Social e pela Ideologia da Segurança Nacional, teorias que, segundo Salo de Carvalho, sustentaram o modelo repressivo estadunidense, ora importado pelo Brasil¹⁴⁹.

As três bases ideológicas citadas que, em consenso, não só difundem a ideia de um estado de perigo constante, como preveem a ampliação do espectro punitivo, a implementação de penas mais severas e, por vezes, defendem a flexibilização das regras processuais, orientaram e ainda orientam o comportamento dos atores do sistema de justiça de atuam na operacionalização desse sistema jurídico.

E sendo assim, as manifestações de resposta do Estado em face desse inimigo irão, invariavelmente, consistir na neutralização do indivíduo traficante - já que ao usuário cabe o modelo médico-sanitarista -, cuja medida penal mais adequada é a imediata e antecipada restrição cautelar. Define-se previamente uma figura com suposta potencialidade delitiva, a qual se atribuiu o *status* de inimigo interno, sendo reservado aos inimigos, portanto, o cárcere e de preferência o preventivo.

Estabelecidas tais premissas, era esperado que os postulados expostos não ficassem à margem do difundido conceito de periculosidade. Que, certamente, os acusados de crimes de tráfico de drogas e condutas afins, seriam de algum modo

¹⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial as razões da descriminalização)**, p. 40.

¹⁴⁹ *Ibid.*

enquadrados na figura representativa do perigo, já era esperado. Entretanto, os achados de pesquisa surpreenderam ao revelar a adoção, pelo STJ, de uma fundamentação própria para os sujeitos contra os quais pesavam em seu desfavor tal imputação, a fim de justificar a constatação da sua periculosidade.

Aos crimes tipificados na lei de drogas (leia-se, ao traficante), ao menos de modo majoritário, a prisão preventiva não era balizada em razão das ações penais, inquéritos policiais ou investigações criminais em curso e, nem mesmo, o *modus operandi* do crime era descrito como gravoso a ponto de constatar a sua periculosidade por esse motivo. Porém, ainda assim ele era o inimigo a ser segregado e, por conseguinte, perigoso, sendo sua periculosidade avaliada com base em critérios específicos.

Em síntese, definiu o STJ que no caso de tráfico ilícito de entorpecentes, a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas são critérios de avaliação da periculosidade do acusado para fins de justificação da imposição/manutenção da sua prisão preventiva. Foi consignado ainda, em alguns dos acórdãos analisados, que este também é o entendimento majoritário aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, identificando-se nos documentos examinados, a presença frequente dos seguintes parágrafos de sustentação da tese:

(...) No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal assentou que “a gravidade concreta do crime, o *modus operandi* da ação delituosa e a periculosidade do agente, evidenciados pela expressiva quantidade e pluralidade de entorpecentes apreendidos, respaldam a prisão preventiva para a garantia da ordem pública” (HC n. 130.708/SP, relatora Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 6/4/2016)¹⁵⁰.

(...) A propósito, de acordo com a jurisprudência do STF “Mostra-se idônea a segregação cautelar fundada na garantia da ordem pública, quando demonstrada a periculosidade social do agente evidenciada pela quantidade, variedade e natureza da droga apreendida” (HC 210563 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Segunda Turma, julgado em 09/05/2022, DJe 06/06/2022)¹⁵¹.

Em termos de construção argumentativa propriamente dita pelo STJ, em geral, se consignou em cada acórdão a descrição dos tipos de materiais apreendidos em

¹⁵⁰ Presente no AGRRHC Nº 139570/BA, no AGRRHC Nº 140798/BA, no AGRRHC Nº 168631/BA, no AGRRHC Nº 146475/BA, dentre outros.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 810425/BA**. Tráfico de drogas. Porte ilegal de arma de fogo de uso proibido. Prisão preventiva. Ausência de contemporaneidade. Não ocorrência. Fundamentação idônea [...] Agravante: Aislan Sousa Vila Nova Nascimento. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em: 02 jun. 2023.

poder do sujeito, com a indicação de que aquela circunstância era reveladora da sua periculosidade. Foi registrada a representação de maior perigo nos casos em que houve apreensão de uma variedade maior de tipo de drogas ou quando, na mesma oportunidade, era localizado junto ao acusado objetos tais como munições, balança de precisão, valores em espécie, ou mesmo armas, conforme se demonstra da leitura seguir:

(...) Na hipótese, não é cabível a intervenção urgente desta Corte, pois, a um primeiro olhar, são fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade e a variedade das substâncias apreendidas (cerca de 1.5kg de maconha e 365g cocaína), evidenciadoras da periculosidade do suspeito e do risco de reiteração delitiva¹⁵².

(...) Examinado os excertos supra, observa-se, por mais uma ocasião, que a segregação cautelar dos pacientes, ora agravantes, está devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, para garantia da ordem pública, notadamente pela quantidade e natureza do entorpecente apreendido (73 kg de maconha), circunstâncias indicativas de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese¹⁵³.

(...) No caso dos autos, verifico que a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo sido demonstrada pelas instâncias ordinárias, com base em elementos extraídos dos autos, a maior periculosidade do paciente evidenciada pela quantidade, variedade e natureza da drogas apreendidas - 4kg de cocaína, 1kg de *crack*, 25kg de maconha -, circunstâncias que, somadas ao risco de reiteração delitiva, considerando que o agente já teria condenação pretérita pelo mesmo delito, indica risco ao meio social a recomenda a manutenção da custódia¹⁵⁴.

(...) No caso, a prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada na gravidade concreta da conduta, evidenciada pela quantidade de drogas apreendidas - 626,19g de cocaína (substância de alto potencial lesivo) e 31,13g de maconha (e-STJ fl. 108) -, além de armas e munições - 1 fuzil calibre 762, dois carregadores de fuzil, 20 munições calibre 762 e 1 simulacro

¹⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 722748/BA**. Tráfico de drogas. Súmula N 691 do STJ. *Periculum libertatis*. Inexistência de patente ilegalidade. Agravo regimental não provido. Agravante: Eule John Silva de Almeida. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Publicado em: 16 mar. 2022.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 141140/BA**. Tráfico de drogas e associação para o tráfico. Prisão preventiva. Alegada violação do princípio da homogeneidade das medidas cautelares. Inocorrência [...] Agravante: Eliane Ferreira Araújo. Agravante: João Vitor Gonçalves Reis Araújo. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Felix Fischer. Publicado em: 01 mar. 2021.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 791630/BA**. Tráfico de drogas e associação para o narcotráfico. Prisão em flagrante. Ilegalidade na busca pessoal. Supressão de instância. Violação de domicílio. Inexistência[...] Agravante: Johnston Feliz da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik. Publicado em: 10 maio 2023.

de pistola (e-STJ fl. 82). Essas circunstâncias evidenciam a periculosidade do agente e justificam a imposição da medida extrema¹⁵⁵.

Informa-se que na pesquisa complementar realizada, destinada a apurar a aplicação do termo pelo TJ/BA, também foi identificada tendência semelhante de adoção de uma motivação específica nos casos relativos à lei de drogas, como foi o caso da apelação de nº 0501129-24.2020.8.05.0080¹⁵⁶, em que o órgão colegiado do tribunal local, diante da apreensão de cerca de 05 toneladas de substâncias entorpecentes, consignou que a gravidade concreta da conduta e a periculosidade social do réu eram evidenciadas pela quantidade de drogas apreendidas.

Já no bojo da apelação nº 0303152-95.2018.8.05.0079, a Primeira Câmara Criminal do TJ/BA – 2ª Turma, apesar de registrar não ter sido apreendida quantidade expressiva de entorpecentes, sustentou que o contexto da prática do delito, representado pela existência de drogas de natureza diversa e apreensão do acusado em suposto local de ponto de tráfico e em posse de arma de fogo e munições, denotou a periculosidade do agente¹⁵⁷, fornecendo mais variações acerca dos parâmetros que são apurados para tal constatação, relativamente aos crimes previstos na Lei 11.343/2006.

Com característica semelhante, igualmente se destacam os acórdãos em que expressamente foi reconhecida a reduzida ou inexistente periculosidade do acusado. Como diversas vezes mencionado até aqui, no âmbito da pesquisa principal em todos os casos que a condição de pessoa perigosa fora afastada pelo STJ, a argumentação se deu no contexto de apuração dos elementos ora apresentados.

No caso do Recurso em *Habeas Corpus* nº 185641/BA, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao apelo, substituindo a prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão ao aduzir que a quantidade de drogas que o recorrente

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 810425/BA**. Tráfico de drogas. Porte ilegal de arma de fogo de uso proibido. Prisão preventiva. Ausência de contemporaneidade. Não ocorrência. Fundamentação idônea [...] Agravante: Aislan Sousa Vila Nova Nascimento. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em: 02 jun. 2023.

¹⁵⁶ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal. 1. Turma). **Apelação nº 0501129-24.2020.8.05.0080**. Apelação criminal. Tráfico interestadual de drogas (art. 33, *caput*, c/c art. 40, V, ambos da Lei 11.343/2006 [...] Apelante: Felipe de Camargo. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relatora: Desa. Aracy Lima Borges. Publicado em: 11 dez. 2021.

¹⁵⁷ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (1. Câmara Criminal. 2. Turma). **Apelação nº 0303152-95.2018.8.05.0079**. Apelação criminal. Sentença condenatória. Tráfico de drogas (art. 33, *caput*, Lei 11.343/06) e porte ilegal de arma de fogo (art. 14, *caput*, e art. 16, §1º, IV, Lei 16.826/03) [...] Apelante: Adriano Tavares de Almeida e outro. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Juiz. Icaro Almeida Matos. Publicado em: 18 maio 2021.

trazia consigo no momento da prisão em flagrante não era vultuosa e que “os dados acidentais da conduta não revelam periculosidade exacerbada”¹⁵⁸.

Na hipótese narrada, o acusado estava em poder de 12 microtubos de cocaína e sem outros apetrechos geralmente relacionados à mercancia ilícita. Assim, a despeito de reiterar o entendimento do tribunal quanto à possibilidade de apuração do cabimento da prisão com base na periculosidade avaliada pela quantidade, variedade e forma de condicionamento em que as substâncias são apreendidas, o STJ entendeu que as condições apresentadas no caso narrado não apontavam alta periculosidade do acusado.

Esta mesma posição foi manifestada no *Habeas Corpus* nº. 687945/BA e no AGRRHC nº 165153/BA, sendo que neste último, não obstante ser indicada a existência de inquéritos policiais e ações penais em curso em desfavor do acusado, circunstâncias que certamente em outro caso poderiam justificar o reconhecimento do risco de reiteração delitiva e, conseqüentemente, assinalar a existência de perigo apto a ser segregado cautelarmente, foi mantida a decisão que deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* e concedeu a liberdade provisória ao recorrente, sob o fundamento que o cometimento do crime de tráfico de drogas por si só não revela periculosidade, especialmente considerando que no caso narrado não fora descrita a quantidade de droga apreendida.

A respeito deste acórdão em particular (AGRRHC nº 165153/BA), merece ser destacado o esforço argumentativo do STJ, especialmente no processo de afastamento de outro critério avaliador da periculosidade, qual seja, o risco de reiteração delitiva, tendo o tribunal assim consignado:

Da leitura dos autos não se extraem elementos concretos de notável risco à ordem pública ou à aplicação da lei penal, especialmente porque houve menção à simples existência de inquéritos e ações penais – relativamente remotos, em termos de prisão processual, na medida em que o mais recente se refere ao ano de 2019 –, sem articulação com o caso destes autos, em que também não houve descrição objetiva da quantidade de drogas ilícitas apreendida.

Embora indícios de contumácia delitiva possam, em princípio, autorizar o cárcere processual, trata-se de providência evidentemente condicionada à demonstração de sua criteriosa imprescindibilidade, à luz dos fatos concretos da causa, não se tratando de um critério objetivo.

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso em Habeas Corpus 185641/BA**. Tráfico de drogas. *Pereiculum libertatis*. Justificativa concreta. Suficiência de cautelares do art. 319 do CPP. Condições pessoais favoráveis. Recurso em *habeas corpus* provido. Recorrente: Raildo Pereira de Jesus. Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Publicado em: 30 out. 2023.

Ao considerar que a mera existência de inquéritos ou ações penais impediria o réu de responder à ação penal em liberdade e, depois da sentença, de recorrer em liberdade, as instâncias ordinárias parecem haver se divorciado da orientação constante em incontáveis precedentes desta Corte, para os quais a prisão cautelar é invariavelmente excepcional, subordinando-se à demonstração de sua criteriosa imprescindibilidade, à luz dos fatos concretos da causa, e não em relação à percepção do julgador a respeito da gravidade abstrata do tipo penal.

De fato, o aparente cometimento do delito, por si só, não evidencia "periculosidade" exacerbada do agente ou "abalo da ordem pública", a demandar a sua segregação antes de qualquer condenação definitiva. Precedentes.

Sobre a gravidade concreta do suposto delito, colhem-se diversos julgados, de ambas as turmas especializadas em Direito Penal, dos quais se depreende que determinadas quantidades de tóxicos ilegais, ainda que não possam ser consideradas insignificantes, não resultam necessariamente na conclusão de que o réu apresenta *periculum libertatis*, razão pela qual a indicação objetiva da quantidade se fazia relevante. Precedentes.¹⁵⁹

Nesse cenário, como pôde ser percebido, a eleição de critérios próprios para o exame da categoria da periculosidade do agente, no contexto da lei de drogas, nos remete às contribuições teóricas propostas no início do tópico, que denunciam a existência de uma guerra punitiva e encarceradora contra esses delitos, bem como a revelada a propensão dos atores do sistema de justiça à filiar-se à teoria de diferenciação, consoante destacou Rosa Del Olmo.

Longe de se militar de forma contrária à adoção de medidas desencarceradoras, não é possível deixar de questionar o motivo pelo qual os parâmetros eleitos para a averiguação da periculosidade nesses casos perpassam justamente entre elementos que traçam as distinções entre usuário e traficante, tais como a quantidade de droga, a variedade de tipos de entorpecentes, a apreensão de instrumentos como balança e até mesmo o local em que fora efetuada a prisão.

Aparentemente se estar a reproduzir as máximas de que os corruptores, materializados na figura do traficante merecem e devem ser segregados do meio social, pois contra eles impera a presunção de periculosidade. Tal afirmação se torna ainda mais latente quando analisadas as hipóteses em que deixou de ser certificada a existência do estado de perigo suficiente à prisão preventiva, inclusive em

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 165153/BA**. Tráfico de drogas ilícitas. Requisitos da prisão preventiva. Simples menção à existência de antecedentes já remotos. Ausência de descrição da quantidade de droga ilícita apreendida. Inidoneidade da fundamentação relativa ao *periculum libertatis*. Recurso do MPF não provido. [...] Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Cosmo Damião de Santana Martins. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Publicado em: 08 ago. 2022.

detrimento de outros argumentos que em crimes diversos eram considerados capazes de, por si só, justificar a aplicação da medida cautelar.

Tratando da atuação judicial nos processos criminais de tráfico de drogas, especificamente na circunstância de incidência do termo “ordem pública”, Maria Gorete Marques de Jesus assinala:

A análise das manifestações e decisões dos operadores demonstram dois tipos de argumentos utilizados evocando a chamada “ordem pública”: um que se poderia chamar de “conjuntural”, em que os juízes, e promotores, descrevem um cenário dramático dos danos que o tráfico e as drogas causam à sociedade; e o outro baseado numa avaliação da “periculosidade” do indivíduo, descrito como um “inimigo social”, perigoso e danoso à sociedade, cuja liberdade traz riscos maiores¹⁶⁰.

Ademais disso, durante a análise das amostras ainda foi possível constatar, também na construção da fundamentação deste argumento, a existência de certas inconsistências quanto à sua aplicação. Mais uma vez, com base em um juízo de conveniência, cujas razões não ficam claras ao leitor, o STJ acaba por facultar em alguns casos a aplicação da prisão, em detrimento de outros de contexto semelhante.

Um exemplo do quanto sinalizado é o confronto entre as posições exaradas no AGRHC 157800/BA e no Agravo Regimental nº 156904BA. No primeiro caso, foi mantida a prisão preventiva do agravante sob o fundamento de uma maior periculosidade em tese constatada pela apreensão de 473 gramas de maconha e uma balança de precisão. Veja-se:

Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, para a garantia da ordem pública, notadamente se considerada a quantidade de droga apreendida (473 gramas de maconha, consoante acórdão), além de 1 (uma) balança de precisão, circunstâncias indicativas de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese¹⁶¹.

¹⁶⁰ JESUS. Maria Gorete Marques de. **“O que está no mundo não está nos autos”**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Tese de Doutorado. São Paulo, 2016, p. 174-175. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php> Acesso em: 23 maio 2024.

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). **Agravo Regimental no Recurso em Habeas Corpus 157800/BA**. Tráfico de drogas ilícitas. Prisão preventiva. Alegada ausência de fundamentação idônea do decreto prisional. Segregação cautelar devidamente fundamentada [...] Agravante: Wendel Santos de Jesus Brandão. Agravado: Ministério Público do Estado da Bahia. Relator: Min. Jesuíno Rissato (Desembargador convocado do TJDF). Publicado em: 23 fev. 2022.

Em contrapartida, no Agravo Regimental nº 156904BA foi mantida a decisão que concedeu liberdade provisória ao acusado preso na posse de 1.431g de maconha, 01 caderno de anotações do tráfico de drogas, embalagens plásticas supostamente utilizadas para acondicionar entorpecentes e 3 balanças de precisão. Nesse caso, o argumento do Ministério Público Federal, enquanto recorrente, foi justamente a ausência de análise quanto ao próprio entendimento do tribunal a respeito dos elementos da quantidade e natureza da droga apreendida. Em resposta, a relatora aduziu que não teriam sido extraídos elementos concretos que justificasse a prisão, que, por sua vez, teria anteriormente se sustentado tão somente na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o que não seria admitido.¹⁶²

Logo, das questões expostas a partir dos dados categorizados, o que se observou ao longo da investigação é a par de haver um certo consenso sobre os critérios que no período pesquisado foram avaliados pelo STJ como aferidores da periculosidade, não foi possível extrair da pesquisa uma unidade teórica que pudesse melhor delimitar o conceito. Essa ausência de sentido delimitado faz com que o mesmo entendimento seja aplicado ou afastado em situações relativamente semelhantes, produzindo contradições e incoerências preocupantes, em especial, quando considerada a gravidade e a precariedade da medida prisional preventiva.

Destarte, pensando nas categorias expostas neste capítulo é que se propõe uma reflexão quanto à admissão de tal expressão como medida de avaliação da prisão preventiva, mormente porque, seguindo a prática que fora adotada nos casos aqui expostos, nada impede que futuramente o STJ ou TJ/BA inclua, à sua conveniência, outros elementos como possíveis avaliadores da periculosidade do sujeito, tornando cada vez mais subjetiva a decisão sobre a prisão preventiva e cada vez menos excepcional tal medida de restrição da liberdade.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Agravo Regimental no Pedido de Extensão no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 156904/BA**. Processual penal. Decisão monocrática in limine. Legalidade. Tráfico e associação para o tráfico de drogas. Prisão preventiva. Medida Excepcional. Requisitos não demonstrados. Identidade de situações configurada. Pedido deferido. Agravo desprovido. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Hugo dos Santos Dias. Relatora: Min. Laurita Vaz. Publicado em: 22 mar. 2022.

4. PROCEDENDO À ANÁLISE CRÍTICA DOS RESULTADOS

As contribuições de natureza crítica ao objeto de estudo foram pontuadas gradativamente ao longo deste ensaio. Até aqui, além de uma descrição minuciosa sobre as contradições e fragilidades encontradas nas decisões judiciais analisadas, através da pesquisa empírica, se apresentou o pensamento da doutrina processual penal brasileira majoritária sobre a utilização do termo periculosidade como critério de avaliação do cabimento da prisão preventiva.

Assim, visa o presente capítulo promover um juízo analítico mais detalhado do tema pesquisado, pretendendo também fornecer uma visão mais geral do objeto (periculosidade e prisão preventiva), em relação ao próprio sistema maior em que ele está inserido (sistema punitivo). Para tanto, se propõe apresentar nesta seção, um aprofundamento das ponderações ainda existentes quanto à aplicação da expressão no contexto de averiguação do cabimento da cautelar prisional, trazendo à tona, desta feita, a posição da criminologia crítica a esse respeito, seja no âmbito nacional como internacional.

Elegeu-se, portanto, como primeiro marco para confronto dos achados de pesquisa, a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Sabe-se, que ideia de garantias gerais previstas normativamente para serem invocadas contra o arbítrio do Estado permeia nosso ordenamento jurídico desde a constitucionalização do processo penal, com o advento da Constituição de 1988. Desde então, foram consagrados regramentos e princípios que empenham-se na limitação do poder de punir, sendo esta sistemática facilmente identificável no âmbito da teoria do autor italiano. Nesse sentido, haja vista a aparente adesão pelo sistema brasileiro aos principais axiomas propostos pela teoria do garantismo penal ou, no mínimo, a sua influência na construção das regras de direito material e processual que organizam o exercício do poder penal no Brasil, decidiu-se pela análise dos resultados à luz desse pensamento.

Em segundo momento, inferindo-se da pesquisa empírica que tanto os postulados propostos pela dogmática processual penal brasileira majoritária, como também os ditames pregados pela teoria do garantismo penal, se distanciam da *práxis* jurídica do STJ e do TJ/BA, serão questionadas justamente as promessas eleitas pelo sistema penal brasileiro no campo da limitação do poder de punir e sua disfunção com o real funcionamento do aparelho de justiça, segundo a posição adotada pela construção teórica e crítica de Vera Regina Pereira de Andrade.

Ao final, na tentativa de estabelecer um diagnóstico mais genérico sobre o funcionamento do sistema de justiça propriamente dito, a partir das conclusões extraídas com a pesquisa documental realizada, tomando como base a premissa de que não são de fato cumpridas as promessas proclamadas pelo sistema de justiça, tanto na esfera específica da prisão preventiva, como no âmbito do sistema penal como um todo, será contestada a suposta racionalidade do complexo punitivo vigente, especialmente à luz das considerações de Zaffaroni, expandindo as críticas a sua própria legitimidade.

4.1. A VALIDADE DO ARGUMENTO DA PERICULOSIDADE PARA FINS DE PRISÃO PREVENTIVA FRENTE À TEORIA DO GARANTISMO PENAL

Por meio da sua principal obra, “Direito e razão: teoria do garantismo penal”¹⁶³, Luigi Ferrajoli pôde estabelecer e reafirmar uma série de postulados que atualmente conduzem ordenamentos jurídico-penais pelo mundo inteiro, especialmente na Europa e na América Latina.

Ao definir o que seria a teoria do garantismo penal, o autor atribuiu à tese três fundamentais significados. O primeiro deles designa garantismo como sendo um modelo normativo de estrita legalidade, próprio de um Estado de Direito, que se caracteriza como um sistema de poder mínimo do ponto de vista epistemológico, sendo no plano político, uma técnica de tutela com vista à minimização a violência e à maximização da liberdade e, no âmbito jurídico, “um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos”¹⁶⁴.

O garantismo foi também definido como uma teoria jurídica que pontua validade e efetividade como sendo categorias distintas da norma, refletindo uma aproximação teórica que contrapõe “ser” do “dever ser” no Direito, de modo a evidenciar a divergência entre os modelos normativos e as práticas operacionais do sistema, resumindo o autor como sendo “uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes”¹⁶⁵.

Em uma última acepção, Ferrajoli considera, por fim, que o garantismo ainda representa “uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 684.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 684.

justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”¹⁶⁶ e por isso aduz que essa tarefa pressupõe uma doutrina que delimite a separação entre direito e moral, entre validade e justiça.

Com base nessas compreensões, embora a teoria do garantismo tenha sido associada unicamente ao Direito Penal e Processual Penal, o autor italiano deixa claro em sua obra que a unificação dos pressupostos que compõem os três significados expostos da tese alcançam, de igual modo, outras áreas do Direito. Nesse sentido, quanto aos conceitos envolvidos à teoria, assim é explicitado:

Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito; a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes. Estes elementos não valem apenas para o direito penal, mas também para os outros setores do ordenamento. Inclusive para estes é, pois, possível elaborar, com referência a outros direitos fundamentais e a outras técnicas e critérios de legitimação, modelos de justiça e modelos garantistas de legalidade - de direito civil, administrativo, constitucional, internacional, do trabalho - estruturalmente análogos àquele penal aqui elaborado. E ainda para essas categorias supramencionadas, nas quais se exprime a abordagem garantista, representam instrumentos essenciais para a análise científica e para a crítica interna e externa das antinomias e das lacunas - jurídicas e políticas - que permitem relevar.

Pensando especificamente sobre sua aplicação no âmbito do sistema de punição do Estado, Luigi Ferrajoli inaugura sua tese defendendo a existência de 10 axiomas fundamentais que definem o sistema garantista, sendo eles conclamados como “as regras do jogo fundamental do direito penal”¹⁶⁷, que são resumidos a partir das seguintes máximas latinas: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine iudicio*; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusation sine probatione*; A10 *Nulla probation sine defensione*. Os dez axiomas em aplicação, assim, representam a vigência integral do sistema garantista e no que tange aos demais modelos de punição, à medida que eles se distanciam ou excluem as máximas listadas, são classificados como sistemas autoritários ou irracionais.

¹⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 685.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 75.

Na perspectiva do sistema de punição brasileiro, concordando com o pontuado brevemente por Alexandre Morais da Rosa¹⁶⁸, os princípios e garantias estabelecidos na Constituição de 1988, além das demais regras processuais penais previstas no CPP, em muito se assemelham com os axiomas elencados por Ferrajoli, o que nos autoriza ler e interpretar o sistema punitivo do Brasil, a partir da matriz teórica do garantismo.

O próprio Ferrajoli, ao definir os modelos punitivos tendo como marco as proposições do garantismo, estabelece que sua matriz teórica se coaduna com um modelo de Estado de direito expresso por um ordenamento em que o Poder Público e o poder penal estejam “rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes)”¹⁶⁹. Sob este prisma, enxergando uma semelhança entre o modelo de Estado acima descrito por Ferrajoli e aquilo o que promete cumprir as disposições normativas brasileiras, torna-se ainda mais plausível a utilização deste marco teórico para a discussão proposta no presente estudo.

Apesar de saber que a adoção por completo do sistema garantista de Ferrajoli no Brasil não se constitui como um consenso, com registros das visões críticas de Douglas Fischer¹⁷⁰ e de Selma Pereira de Santana¹⁷¹, é certo que a doutrina do autor italiano continua a produzir efeitos no sistema de justiça brasileiro, seja através das garantias constitucionais, da lei penal ou processual penal, que encontram consonância nos axiomas propostos pela teoria, como também se constata a sua repercussão na posição dos tribunais do país, quando consagram a prevalência de certas garantias individuais frente ao arbítrio do Estado.

Ademais, ainda assegura Ferrajoli, ao definir as acepções da teoria do garantismo penal, que sua matriz de estudo pode ser vista como esse ponto de tensionamento entre normatividade e operacionalidade do Direito¹⁷², de sorte que,

¹⁶⁸ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para entender o garantismo penal de Ferrajoli**. Empório do Direito, 2015. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli> Acesso em: 27 maio 2024.

¹⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 83

¹⁷⁰ FISCHER, Douglas. **O que é Garantismo Integral?** Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 9, p. 110–153, 2014. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77> Acesso em: 2 jun. 2024

¹⁷¹ SANTANA, Selma Pereira de. **Garantismo penal à brasileira**. Revista do Ministério Público Militar, v. 40, n. 23, p. 9–38, 2023. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/297> Acesso em: 28 maio 2024.

¹⁷² “Sob ambos os aspectos, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante

considerando que se posiciona esta pesquisadora a partir da ideia do processo penal enquanto instrumento de limitação do poder punitivo, vê-se viabilidade em contrapor os achados de pesquisa com as proposições do garantismo.

Dito isso, registra-se que a posição de Ferrajoli sobre o tema pesquisado no presente estudo é direta e assertiva: a prisão preventiva não se coaduna com o sistema garantista. Ainda admitindo que a opção pelo incabimento da prisão preventiva no processo penal ou pela sua utilização restrita – limitada à mera detenção até que seja realizado o ato de interrogatório do acusado, reduzindo sua duração a horas ou, no máximo, a dias¹⁷³ – possa parecer utópica, Luigi Ferrajoli advoga em favor de um processo penal sem prisão preventiva. Para ele, toda prisão sem julgamento ofende não somente o princípio da presunção de inocência enquanto regra de tratamento, como também atinge o sentimento comum de justiça enquanto ato de força e arbítrio do Estado.

Ao tratar da história da referida espécie de segregação cautelar, o autor rememora que após abandonada, a prisão preventiva foi retomada na Idade Média como pressuposto de instrução do procedimento inquisitório, baseada na disposição do corpo do acusado como forma de obtenção da confissão. Registra que, muito embora a prisão preventiva tenha sofrido certa oposição do movimento iluminista, o próprio pensamento liberal clássico tratou de justificá-la. Inicialmente restrita às necessidades mais indispensáveis do processo, senão por tempo reduzido, passou a ser defendida por autores como Carrara nas hipóteses de demanda da segurança pública ou de fuga do acusado.

Essa primeira margem de condescendência, no entanto, não foi poupada de críticas por Ferrajoli, que tratando da sua insurgência, expressamente mencionou como indevida a justificativa baseada no risco do cometimento de outros delitos e, conseqüentemente, na presunção de periculosidade, argumento constantemente invocado pelo STJ, conforme demonstrado na pesquisa. Sobre o ponto discutido, o autor destaca:

tensão crítica sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo". FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 684.

¹⁷³ "A única necessidade processual que pode justificar uma coação momentânea - a não deterioração das provas antes do primeiro interrogatório - é ao me- nos em grande extensão satisfeita pela condução coercitiva do imputado à frente do juiz de modo a permitir a contestação do fato e a realização das primeiras defesas sem adulterações anteriores." *Ibid.*, p. 449.

A perversão mais grave do instituto, legitimada infelizmente por Carrara e antes de tudo por Pagano, foi a sua mutação de instrumento exclusivamente processual destinado à "estrita necessidade" instrutória para instrumento de prevenção e de defesa social, motivado pelas necessidades de impedir que o imputado cometa outros crimes. E claro que um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade; que, além disso, atribuindo à prisão preventiva as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena, serve para privá-la daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida "processual", "cautelar" ou até mesmo "não penal", ao invés de uma ilegítima pena sem juízo¹⁷⁴.

Com o alargamento das hipóteses da prisão preventiva obrigatória pelo Código Rocco Italiano, conforme assinalou Ferrajoli, a segregação ganhou ainda mais aspecto de antecipação da pena, tornando-se "uma verdadeira medida de prevenção contra os perigosos e suspeitos" e resultando em "uma presunção legal absoluta de periculosidade".¹⁷⁵ Em razão disso, põe em questionamento o autor, a máxima de que a prisão preventiva é uma injustiça necessária, reforçando sua posição contrária a ela, não somente em razão da violação da presunção de inocência como regra de tratamento, mas também devido à própria presunção de culpabilidade que a medida reclama, definindo-a, dentre outras óticas, como produto de uma concepção inquisitória, que coloca o acusado em posição de inferioridade em relação à acusação.

Nesses termos, para fins de análise do nosso objeto de estudo, talvez a perspectiva apresentada até aqui pudesse ser suficiente: a teoria do garantismo penal de Ferrajoli sequer considera a existência de um processo penal com incidência da prisão preventiva. Contudo, dadas as impugnações enfrentadas pela suposta importação acrítica da teoria no contexto brasileiro, é cabível expor outra vertente da tese garantista que pode ser invocada para leitura dos dados de pesquisa, sem que seja necessário assumir a defesa do completo incabimento da prisão preventiva no ordenamento jurídico.¹⁷⁶

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 444.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Expõe-se que a oposição apresentada por Ferrajoli ao instituto da prisão preventiva é cognoscível. Suas razões encontram fundamento, mormente, no princípio da presunção de inocência, uma vez que a prisão ocorrida antes do julgamento definitivo da acusação penal implicaria em um juízo precário (e talvez falível) acerca da ocorrência do crime e de sua autoria. O autor preocupa-se, sobretudo, com a possibilidade de que com a prisão preventiva, inocentes venham a experimentar o cárcere, sendo esta uma aflição fidedigna. Além disso, se somadas às garantias penais flexibilizadas com assunção medida cautelar prisional, às atuais condições carcerárias vivenciadas nos presídios brasileiros, a defesa por um processo penal sem prisão preventiva ganharia um outro argumento tão mais válido quanto humano. No entanto, o presente trabalho não tem como principal objeto a prisão preventiva – embora

Discorrendo sobre os pontos de confronto entre uma teoria do direito penal mínimo e uma teoria do direito penal máximo, sendo elas postas em dois polos extremos, Ferrajoli associa a tais perspectivas, respectivamente, a ideia de racionalismo *versus* o irracionalismo jurídico. Para ele, existe um nexo profundo entre garantismo e racionalismo, sendo o direito penal racional e correto, “à medida que suas intervenções são previsíveis e são previsíveis apenas aquelas motivadas por argumentos cognitivos de que resultem como determinável a ‘verdade formal’”¹⁷⁷. Já o direito penal máximo, por sua vez, representa um modelo que se caracteriza, além da sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade, configurando-se como “um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação.”¹⁷⁸

Essa previsibilidade invocada, porém, admite Ferrajoli não ser absoluta. Há pelo autor o reconhecimento da existência de certa discricionariedade no âmbito de atuação do direito penal. Contudo, essa discricionariedade é dada não visando a expansão do poder punitivo, mas com o intuito de reduzir a intervenção penal quando esta não for pautada em argumentos cognitivos, apresentando-se como norma de limitação dessa margem de exercício, o critério *favor rei*, invocado em situações em que subsista a incerteza e dele decorrendo outras regras de aplicação, como o princípio da presunção de inocência ou a analogia *in bonam partem*.

Ferrajoli ainda aduz que determinadas teses jurídicas que não podem ser verificadas e refutadas, carecem de valor de verdade para o direito penal, seja ela por defeito de conotação jurídica, como por defeito de conotação fática, sendo observado, em ambos os casos, a existência de imprecisão conceitual nos termos empregados, tanto no significado extensivo do sujeito fático, como no significado extensivo do predicado jurídico. Assim, qualificam-se como verificáveis e refutáveis apenas as afirmações que descrevam fatos dotados de significado ou de referência empírica e, do contrário, são inverificáveis os juízos de valor, exemplificando o autor no último

necessariamente transite pelo estudo das suas prescrições e contradições -, de modo que um posicionamento decidido sobre o seu cabimento ou incabimento, requer um conhecimento mais aprofundado do que o disponível no momento, acerca dos seus argumentos e também das suas posições contrárias. Aliás, há que se dizer que para uma crítica mais minuciosa do fundamento da periculosidade, invariavelmente, é preciso partir de uma prognose de validade da prisão preventiva, pois só assim será possível examinar detalhadamente a periculosidade enquanto hipótese de cabimento e como critério de decisão. Por esses motivos, optou-se por não se enveredar de forma mais aprofundada sobre a viabilidade teórica e prática de um processo penal sem a prisão preventiva.

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 84.

¹⁷⁸ *Ibid.*

caso, com as seguintes expressões: "Caio ofendeu a moral", "Semprônio cometeu atividades subversivas", "Mévio é socialmente perigoso"¹⁷⁹.

Logo, se a racionalidade jurídica é medida pelo grau de previsibilidade das intervenções, sendo os juízos de valor imprevisíveis, admitindo-se a hipótese da existência de um processo penal com prisão preventiva, como é o caso do ordenamento jurídico no Brasil, certamente a prisão preventiva baseada na periculosidade do acusado não possui validade perante o sistema garantista, notadamente porque, como expressamente consignou Ferrajoli, um juízo sobre a periculosidade de outrem – seja ele composto a partir da gravidade concreta do delito, do risco de reiteração delitiva ou de variáveis do contexto dos crimes tipificados na lei de drogas - é um juízo de valor e, portanto, não é verificável, simbolizando um sistema irracional e arbitrário.

Ainda assim, partindo do pressuposto de que mesmo com a adesão normativa ao sistema garantista de direitos, nenhum ordenamento jurídico será de fato fechado, dedica o autor um capítulo próprio da sua obra para tratar da verificação e valoração do poder punitivo. Nesse estudo, estabelece Ferrajoli que para ser possível a verificabilidade e falseabilidade jurídica é preciso que as definições legais estabeleçam conceitos penais suficientemente delimitados para permitir a subsunção legal no caso concreto, cuja técnica normativa é expressa pelo princípio da legalidade e da taxatividade.

Contudo, a legalidade e taxatividade não seriam suficientes à garantir verificabilidade processual, por si só. Em razão disso, cria o autor a figura de um princípio jurídico metaprocessual, que definiu como sendo a estrita jurisdicionariedade, então estabelecido com o intuito de assegurar a verificabilidade e refutabilidade das teses do processo, pleiteando a existência de descrições precisas, sem o uso de palavras vagas ou valorativas.

A preocupação do autor está, a todo tempo, em conferir o máximo de clareza e determinabilidade aos conceitos jurídicos penais e processuais penais, uma vez que é do seu conhecimento que essa margem de discricionariedade se revela como sendo um espaço para violação de garantias, conforme afirmou nos seguinte trecho:

O uso de palavras equivocadas e de juízo de valor na descrição dos fatos imputados e na realização das provas representa, melhor, uma técnica de esvaziamento das garantias penais e processuais por parte dos juízes, não

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 96.

menos difundida do que a adotada analogamente pelo legislador na formulação das leis. E pode produzir a dissolução total das garantias, quando a indeterminabilidade das denotações fáticas se combina com a das denotações jurídicas: como quando uma qualificação legal vaga e/ou valorativa e/ou concorrente com outras - por exemplo, as figuras dos delitos de associação ou do concurso moral nos delitos - é predicada de fatos ou situações expressos, por sua vez, por termos vagos e/ou valorativos, porque se referem a períodos ou condutas vitais, a contiguidades genéricas, a inclinações, a prognoses de periculosidade ou a outras valorações do próprio julgador¹⁸⁰.

Apesar disso, não nega que a prática judicial cotidiana é feita inegavelmente pelo exercício de juízos de valor, associados à qualificações jurídicas e denotações de fatos, seja na atuação jurisdicional, seja pela reunião de normas dos códigos, compostos invariavelmente por definições convencionais da linguagem comum, além dos próprios repertórios de jurisprudências, que nada mais representam do que definições jurídicas conceituais que os juízes escolhem para fins de subsunção à lei. A esses “defeitos” inevitáveis inerente aos próprio funcionamento do sistema jurídico que impõem espaços mínimos ou irredutíveis de discricionariedade, chamou Ferrajoli de “poder de denotação”.

Ocorre que há, outrossim, um exercício judicial realizado nos espaços em que faltam a legalidade estrita e a estrita jurisdicionariade, chamado poder de disposição. O poder de disposição, segundo Ferrajoli, nasce das carências e imperfeições do sistema jurídico quando se estendem os espaços de insegurança jurídica por flexibilização de uma ou mais garantias, já que quanto menor o grau de classificação garantista, maior é o poder judicial arbitrário permitido. Assim sendo, nos espaços conceituais onde a refutação é impossível, a convicção do juiz nasce a partir de outros valores que não juízos cognitivos, representando, consoante afirmado pelo doutrinador, mero exercício de repressão. Portanto, de acordo com o que conceitua o autor, “o poder judicial de disposição consiste precisamente nesta ‘autonomia’ do juiz, chamado a integrar depois do fato o pressuposto legal com valorações ético-políticas de natureza discricionária.”¹⁸¹

Esse espaço de discricionariedade, no entanto, não são criados pela vontade do juiz e sim pela inexistência ou insuficiência da regra do princípio da legalidade. Ou seja, na presença de expressões indeterminadas oriundas da própria produção legal, surgem espaços de poder de disposição que, por sua vez, segundo assegura o autor,

¹⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 102.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 137.

são invariavelmente complementados por critérios subjetivos de justiça ou mesmo critérios políticos e valores extra ou metajurídicos.

No caso do nosso objeto de estudo, podemos observar que o espaço que permite o poder de disposição vem das previsões normativas de hipóteses de decretação da prisão preventiva, constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal, em especial, do fundamento da garantia da ordem pública. Há, indiscutivelmente, uma margem de atuação que extrapola espaços mínimos inevitáveis de exercício de juízos de valor, permitindo ao Poder Judiciário enxertar a expressão dos mais diversos e mais subjetivos elementos. Essa circunstância, todavia, é severamente impugnada por Ferrajoli, que assim sintetiza:

Precisamente, o poder de denotação jurídica que o legislador delega ao juiz mediante a estipulação de uma língua legal indeterminada assinala um vício de invalidez das leis, por defeito de estrita legalidade. Por sua vez, o poder de denotação fática que o juiz se arroga, mediante o uso de uma linguagem judicial indeterminada, assinala um vício de invalidez dos pronunciamentos judiciais por defeito de estrita jurisdicionariedade¹⁸².

A despeito disso, tal fato não significa dizer que tais decisões não possam ou não devam ser justificadas. A impossibilidade de serem motivadas por argumentos cognitivos suscetíveis de verificação ou refutação, não afastam a necessidade de controle desses juízos de valor, controle este que segundo Ferrajoli deve ser realizado a partir de princípios políticos expressos na lei ou constituição, como o critério *favor rei*, o princípio da presunção de inocência ou a analogia *in bonam partem*, além dos princípios garantistas estabelecidos pelo sistema para o fim de limitação do poder de punir.

Nesse sentido, os princípios gerais eleitos, inclusive pela construção dogmática, exercem um importante papel no ordenamento jurídico como forma de contenção ao arbítrio do Estado, tendo afirmado Ferrajoli:

A função específica dos princípios gerais é precisamente, com efeito, a de orientar politicamente as decisões e permitir sua valoração e seu controle cada vez que a verdade processual seja em todo ou em parte indeterminada. Pode-se, inclusive, dizer que um sistema penal será tanto mais próximo ao modelo garantista do direito penal mínimo quanto mais esteja em condições de expressar princípios gerais idôneos para servirem como critérios pragmáticos de aceitação ou de repulsa das decisões nas quais se expressa o poder judicial, em particular o de disposição¹⁸³.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, p. 137-138.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 139.

Tudo isso posto, efetivamente, da leitura dos postulados da teoria do garantismo penal de Ferrajoli, observa-se que não há espaço para o argumento da periculosidade como hipótese de verificação do cabimento da prisão preventiva, nem somente porque milita o autor por um processo penal sem a referida espécie de segregação cautelar, como porque a teoria impugna os espaços de discricionariedade judicial existentes, como é o caso desta previsão.

Conquanto as escolhas judiciais sejam dadas como inevitáveis no exercício do poder punitivo, quanto maior a discricionariedade, mais amplo é o arbítrio judicial, mais difícil é seu controle e praticamente impossível é a verificabilidade e a refutabilidade de tais decisões.

Logo, por toda problemática envolvendo a abertura conceitual e a subjetividade do termo, como também em razão da ausência de consenso sobre os critérios eleitos para seu balizamento e das contradições internas denunciadas no processo de argumentação do juízo de periculosidade pelo STJ, à luz dos postulados adotados pelo garantismo penal de Ferrajoli, não são encontradas correspondências de verificabilidade e refutabilidade nas decisões analisadas pela pesquisa.

Ao longo da categorização dos resultados da investigação empírica foi indicado que tanto o STJ como o TJBA não foram capazes de expressar uma unidade teórica segura sobre os parâmetros de aferição da periculosidade e de demonstrar a existência de uma argumentação refutável em face dos critérios eleitos para aferição do atributo. As respostas obtidas, no entanto, apesar de apontarem certa padronização dos elementos de apuração da periculosidade – gravidade concreta do delito e *modus operandi*, risco de reiteração delitiva e argumentação específica nos casos relativos à lei de drogas – não deram segurança suficiente à afastar a possibilidade de que novos critérios sejam eleitos e, na análise daqueles ora definidos, o que se atestou foi um nítido juízo de mera conveniência judicial, cujas razões não apresentam precisão ou clareza quanto às chances de efetiva constatação ou afastamento da periculosidade.

Portanto, sendo a verificabilidade e a refutabilidade, pontos definidores do grau de irracionalidade e ilegitimidade dos sistemas jurídicos para a teoria do garantismo penal, ainda que Ferrajoli tenha ressalvado que o poder judicial penal sempre estará viciado por uma taxa irredutível de irracionalidade e de ilegitimidade, seja política e/ou

jurídica, a fundamentação judicial ainda deve perseguir as bases mais cognitivas possíveis, a fim de garantir a previsibilidade e a segurança jurídica prometidas. E sendo assim, dada a ausência de cumprimento desses requisitos pelo objeto pesquisado, podemos começar a anunciar que o sistema jurídico penal brasileiro, enquanto consentir com a periculosidade enquanto argumento de análise do cabimento da prisão preventiva, nada mais revela do que a sua irracionalidade.

4.2. AS PROMESSAS DA PROGRAMAÇÃO NORMATIVA *VERSUS* A OPERACIONALIZAÇÃO DO PODER PUNITIVO: O DISSENSO ENTRE “SER” E “DEVER-SER”

Até aqui, muitas promessas em relação ao sistema punitivo e, conseqüentemente, em referência à prisão preventiva, foram enunciadas. Apresentou-se, a partir de uma seleção específica de doutrinadores processuais penais realizada no item 3.1.3 do estudo, o entendimento da doutrina sobre as hipóteses de decretação da prisão e, por vezes, sobre a utilização de critérios como o conceito periculosidade, ou outros tantos igualmente vagos e imprecisos, para esse fim. Além disso, no tópico antecedente, foi dissertado sobre a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, esboçando as principais premissas e proposições desse conhecimento e anunciando as bases de construção de um sistema penal e processual penal que se definam enquanto limitadores do arbítrio estatal.

Recapitulando, consentem os autores Aury Lopes Junior e Gustavo Badaró que a medida prisional preventiva é afetada pelo requisito da instrumentalidade, o qual a impede de atender a fins outros que não o da garantia do provimento final do processo, entendida como a perspectiva de aplicação do poder de punir. A prisão preventiva, portanto, deve servir unicamente à tutela do processo e não da sociedade, não sendo ela medida de segurança pública.

Unanimemente, todos os doutrinadores estudados a partir da seleção realizada deram destaque ao dever de observância ao princípio da legalidade no âmbito de aplicação das medidas cautelares, sobretudo, da prisão preventiva. Uns estenderam esse entendimento às críticas dirigidas às hipóteses legais abstratas existentes na lei, como o fundamento da garantia da ordem pública ou da ordem econômica. Outros, no entanto, ainda não assumindo expressamente, pareceram entender suficiente o

mero enquadramento da prisão à condição especificada na legislação, mesmo que essa circunstância reflita, em algum grau, um distanciamento do preceito da legalidade.

Por uma óptica diferente, foram apresentadas também, por Aury Lopes Junior, Gustavo Badaró e mais timidamente por Eugênio Pacelli, objeções direcionadas às previsões legais de decretação da prisão preventiva, calcadas na defesa do princípio da presunção de inocência, com críticas específicas para o risco de reiteração criminosa enquanto critério avaliador da hipótese prisional, dada a sua exigência por um exercício de argumentação futurista, que implica em nítida presunção de culpabilidade do acusado.

Pela perspectiva da dimensão teórica do garantismo de Ferrajoli, conforme contribuições expostas no tópico anterior, ressalvada a segura defesa por um processo penal sem prisão preventiva, se advertiu sobre o papel que cumpre as disposições de um sistema jurídico na garantia previsibilidade da decisão judicial. A preocupação manifestada sobre o poder de disposição do juiz – margem de atuação que extrapola espaço mínimos inevitáveis de exercício de juízos de valor – é expressa pelo autor principalmente através da defesa de atributos como a verificabilidade e a refutabilidade, conotações garantidoras do grau de racionalidade de um sistema punitivo.

Em linhas gerais, Ferrajoli estabelece uma correlação entre garantismo e racionalismo, afirmando que um poder punitivo é racional e correto na medida em que suas intervenções são previsíveis. Essa fórmula nos permite pressupor que sistemas pouco garantistas – e, por conseguinte, irracionais – se constituem como aqueles em que não há segurança sobre o conteúdo das decisões judiciais, de modo que em um ordenamento assumidamente garantista, haveria, portanto, a presunção de que suas decisões judiciais seriam invariavelmente previsíveis.

Recorda-se por fim, que quando tratado dos postulados do garantismo penal foi revelado que partidários e apaidados das contribuições teóricas de Ferrajoli não parecem discordar quanto à assunção das proposições garantistas pelo direito penal e processo penal brasileiro, ainda que esta importação tenha se dado no campo meramente ideológico. Posto isso, aparentemente o Brasil se comprometeu em seu discurso com as linhas gerais do pensamento garantista, consagrado internamente no ordenamento através dos princípios constitucionais e das regras materiais e

processuais penais, que se aproximam e/ou se igualam aos 10 axiomas encampados pela tese do autor italiano. Assim, também os critérios de verificabilidade e refutabilidade seriam, pois, esperados da aplicação judicial de tais asserções e, conseqüentemente, poderia então ser avaliado o grau de racionalidade desse mesmo sistema a partir do nível previsibilidade do conteúdo das decisões proferidas por seus juízes.

Dito isso, é correto afirmar que, em conjunto, essas promessas legais e sistêmicas anunciadas compõem o que podemos esperar do ordenamento jurídico processual penal brasileiro no âmbito da prisão preventiva, em termos de operacionalização desse sistema. No entanto, ao tempo em que contraposto esse arcabouço teórico e legal prometido ao objeto de pesquisa e aos resultados alcançados com a investigação empírica realizada, do ponto de vista deontológico, quanto à atuação decisória do STJ e TJBA, foram visibilizados sucessivos descumprimentos da programação normativa feita em torno do tema.

Primeiramente, há um inegável problema no âmbito da própria previsão legal. A questionada hipótese de decretação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, permissivo que possibilitou a difusão do argumento da periculosidade enquanto avaliador do cabimento da prisão, por si só, é capaz de fragilizar grande parte dos compromissos principiológicos teoricamente assumidos pelo sistema, seja sob o prisma da legalidade, da regra de instrumentalidade da prisão preventiva ou mesmo a partir do intuito de garantia da verificação e refutação das decisões judiciais. Uma vez que a própria previsão legal não garante essa previsibilidade, dada a sua abertura conceitual e semântica, invariavelmente, não seria evidenciado resultado outro, que não o de decisões imprevisíveis e cujos critérios não podem ser estabelecidos de modo seguro.

De modo mais específico, sobre o conceito de periculosidade, os elementos constitutivos do termo, eleitos pelo STJ e TJBA, conforme atestado pelos dados qualitativos expostos no trabalho, similarmente demonstram incongruências entre o ideologicamente proposto e a prática judicial. A eleição do critério da gravidade concreta do delito e do *modus operandi* do crime, em simbiose com a subjetividade da própria ideia de avaliação da periculosidade, assenta a completa imprevisibilidade do juízo de valor realizado, eis que o mesmo argumento foi invocado para diferentes

crimes, em relação à diferentes bem jurídicos violados e à contextos fáticos mais diversos, sem possibilitar uma aferição concludente da sua adequação em cada caso.

Quanto ao risco de reiteração delitiva, como acertadamente asseverado por Lopes Junior e Gustavo Badaró, o seu arbítrio se constitui como relevante violação da presunção de inocência, representando um juízo do futuro sem qualquer base racional de realização, cuja avaliação nitidamente requer poderes mágicos ou sobrenaturais de vidência e futurologia.

Finalmente no que diz respeito aos elementos específicos abordados nos casos tipificados na lei de drogas, estes são igualmente arbitrários e inverificáveis, já que não foi identificada uniformidade decisória quanto à classificação dos tipos de drogas mais gravemente reprováveis ou no que condiz à definição de que quantidade apreendida revela periculosidade acentuada, por exemplo.

Precisamente, portanto, diante de tantas inconciliações reconhecidas entre os resultados externados da pesquisa e o conjunto de regras, princípios e axiomas que compõem a programação normativa que envolve o objeto pesquisado e seus entornos, podemos reconhecer que há um dissenso evidente entre o que se promete e o que se efetivamente se cumpre no âmbito do sistema punitivo no Brasil.

Desde os postulados de Hans Kelsen no desenvolvimento da teoria pura do Direito, a norma jurídica foi entendida como integrante do mundo do “dever-ser”, representando um comando de obediência a ser cumprido.¹⁸⁴ Kelsen, entretanto, já apontava existir uma diferença entre vigência e eficácia do mandamento que descreve esse “dever-ser”, destacando que tais condições pertenciam à universos distintos:

Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão¹⁸⁵.

Porém, um dos estudos mais questionadores no Brasil sobre a promessa de racionalidade do sistema punitivo e a ilusão do seu cumprimento, então desvendada pela observância de incongruências na prática do sistema penal frente ao discurso

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 08.

garantidor proclamado, foi o desenvolvido por Vera Regina Pereira de Andrade.¹⁸⁶ A autora, insatisfeita com a promessa ilusória assumida pelo discurso moderno penal quanto à garantia, em especial, da segurança jurídica e da igualdade, apresenta um panorama tanto investigativo desses votos, quanto questionador do discurso que os anunciam, perspectiva que permite uma análise crítica mais profunda dos nossos resultados.

Anteriormente à publicação da obra “A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle”, Andrade já se debruçava sobre o processo de configuração da dogmática jurídica enquanto ciência que preconiza o “dever-ser” das normas e princípios previstos¹⁸⁷. Na visão da autora, a dogmática jurídica:

(...) partindo da interpretação das normas jurídicas produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica¹⁸⁸.

O conhecimento dogmático, assim, iria auxiliar no alcance da prestigiada previsibilidade das decisões judiciais, uma vez que exerce uma atividade prescritiva que tem como destinatário o Poder Judiciário e, por sua vez, afasta o sistema penal de interferências arbitrárias, garantindo o cumprimento da promessa de racionalização da *práxis* jurídica do Estado moderno.¹⁸⁹

Essa qualidade racional do ordenamento, segundo Andrade, passa, além da hipótese de presunção da racionalização do legislador, já que se supõe que estas normas criadas necessariamente seriam racionais e justas, pela dedução de uma racionalidade jurisdicional. Se unido – legislador criador racional e juiz racional aplicador -, em conjectura, seria alcançada a segurança jurídica prometida:

Dessa forma, basta-lhe fundamentar a racionalidade do ordenamento jurídico (através da recepção das teorias juspositivistas das fontes do Direito, da norma e do ordenamento jurídico, recobertas pelo axioma do legislador racional) e a seguir a racionalidade da sua aplicação (mediante a teoria da

¹⁸⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹⁸⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 18.

¹⁸⁹ “Pode-se dizer nesse sentido que ela assume em relação ao Direito (programação legal) não apenas a condição de uma metalinguagem, mas de uma metaprogramação (ou programação de 2º grau), tida por científica para a sua racionalização decisões (decisões judiciais)”. *Ibid.*, p. 80-81.

neutralidade da atividade científica e judicial) para que o Direito, emanado do legislador racional – aplicado pelo juiz racional – e, portanto, imparcial – e mediatizado pelo instrumento conceitual da Ciência Dogmática, esgote logicamente o seu itinerário. Se o ordenamento jurídico é racional, racionalizada sua aplicação, preservaria sua qualidade originária¹⁹⁰.

Na investigação histórica sobre a construção da identidade dessa dogmática que prepara dos poderes do Estado para tomarem uma decisão, Vera Regina Pereira de Andrade chegou à conclusão que o paradigma dogmático atual, embora herdeiro de uma tradição racionalista empregada pela teoria clássica de Beccaria e Carrara, recebeu sua formulação acabada das bases do positivismo jurídico. Da escola clássica, teria emergido a ideia de direito penal do fato, baseada na premissa liberal de livre arbítrio. Sob o prisma do positivismo, por seu turno, nasceriam as bases teóricas do direito penal do autor, estabelecido a partir do determinismo em que o potencial de periculosidade se constitui como medida da pena.

Entretanto, não há na cronologia apresentada a ideia de abandono completo de um postulado em detrimento de outro. A assunção ideológica da ideia do direito penal do autor não implicou no abandono definitivo das garantias consagradas pelos liberais classicistas. Sendo assim, as legislações que surgiram influenciadas por esse mesmo trajeto de formação da identidade da dogmática penal estabelecem a convivência entre o direito penal intervencionista e concepções herdadas do classicismo, como a legalidade. “Serão legislações geralmente conciliadoras e de compromisso (como o Código Penal brasileiro de 1940) e, portanto, cindidas entre as exigências de objetividade, certeza e segurança jurídica e de valorização concreta da individualidade perigosa do criminoso.”¹⁹¹

Essas mesmas matrizes, parecem também ter direcionado a perspectiva de criação da norma processual penal brasileira, ora consagrando importantes garantias a serem respeitadas (princípio acusatório, princípio do contraditório, regra de inadmissibilidade das provas ilícitas, regras de observância da cadeia probatória, princípio da excepcionalidade e instrumentalidade da prisão, dentre outras, inclusive prerrogativas de natureza constitucional), ora prescrevendo previsões que consistem em permissivos de violação a essas mesmas garantias postas, como é o caso das hipóteses de decretação da prisão preventiva.

¹⁹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade**, p. 69.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 80.

Ainda assim, mesmo nesse contexto de disfunções sistemáticas, subjaz pela dogmática o voto discursivo de preservação da racionalidade e da segurança jurídica na administração da Justiça Penal, tendo afirmado Andrade, ser vetores básicos subjacentes à promessa de segurança jurídica, o princípio da legalidade, do interesse geral e igualdade jurídica, nos quais segue implícita a ideia de justiça. Nesse contexto, “teoricamente, é a generalidade da lei, o respeito à legalidade e à igualdade decisórias, obtida no horizonte científico das construções dogmáticas que garante a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões.”¹⁹²

Todavia, é na análise relacional entre a programação normativa e a metaprogramação dogmática do Direito Penal, em oposição à operacionalidade do sistema - representada pelo pelas ações e decisões assumidas pelos órgãos de justiça - que a escritora vai denunciar os juízos de incongruência entre operacionalidade (“ser”) e programação (“dever-ser”).

Ao fim da sua investigação, Vera Regina Pereira de Andrade, testemunhando, registrando e ressignificando os discursos teóricos que sustentam o saber dogmático penal moderno, sobretudo os inserindo a partir de uma leitura crítica do marco do sistema penal capitalista, das cifras ocultas da criminalidade, da seletividade penal qualitativa e quantitativa, e das violências estruturais permitidas por esse sistema, chega à conclusão que essa promessa de legalidade e igualdade jurídica não se vê por cumprida na totalidade dos sistemas penais vigentes, por fatores que, dentre eles, se encontra a própria estruturação sistemática, intencionalmente constituída para esse fim. Em vista disso, aduz que “o sistema penal se encontra estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere em sua plenitude, mas para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis”¹⁹³.

Sob o enfoque da pesquisa empírica realizada, é possível relacionar a conclusão de Andrade à crítica já explanada em face do espaço de abertura normativa deixado pelo fundamento da garantia da ordem pública, nítida margem de exercício arbitrário do poder prevista pela própria estruturação do sistema legal, que permitiu o ingresso do argumento da periculosidade para fins de avaliação da hipótese prisional

¹⁹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 146.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 285.

no ordenamento, se constituindo, portanto, como uma incontestável lacuna de violação da promessa de legalidade/segurança jurídica.

Conforme destacado anteriormente, foi alertado por Alessandra Prado¹⁹⁴ justamente o fato de que a infiltração do axioma da periculosidade no Direito Penal e no Processo Penal se deu sob a condescendência da dogmática penal, que através da escola positiva, defendeu a aplicação da referida categoria jurídica, precisamente de forma desigual - violação da igualdade jurídica - aos considerados social, psicológica e biologicamente inferiores, categorias que incluem majoritariamente os mentalmente enfermos, as pessoas em situação de rua em razão do vício do álcool e das drogas, além de negros e indígenas.

Nesse sentido, apesar de os dados coletados com a pesquisa empírica realizada neste ensaio não serem capazes de, por si só, atestarem de forma segura a persistência dessa seletividade na operacionalização do direito pelo STJ ou pelo TJBA, uma vez que não foi possível acessar informações do campo socioeconômico e de racialização dos sujeitos considerados perigosos, a própria construção teórica do termo, fundada em bases iminentemente racistas e higienistas como exposto no item 2.2 deste trabalho, somada à conclusão apresentada no item 3.1.3 do estudo, que revela que a construção do conceito de periculosidade pelo o STJ se aproxima aos critérios estabelecidos pela escola positiva para essa aferição, é bastante a nos fazer presumir que esta mentalidade seletiva de taxar como perigosos os socialmente indesejáveis continue operando atualmente.

Há de se dizer, por fim, que a dedução de Andrade pela intencionalidade da violação das promessas do sistema penal se estende, inclusive, ao próprio papel desenvolvido pela dogmática nessa engendragem que compõe o exercício do poder punitivo. Na conclusão da autora não é só revelado o diagnóstico da incapacidade da Dogmática de controlar o sistema punitivo, conjugando racionalidade e emancipação, como também alcança-se o entendimento de que o discurso difundido por esse saber é, em verdade, legitimador do mencionado sistema ilegal e desigual:

O discurso dogmático declarado, visível ao operar com o complexo de representações e símbolos do Estado de direito, consubstancia, positivamente, um programa ou um metaprograma decisório para a prática penal contendo, neste sentido, potências garantidoras do indivíduo. Mas, ao centrar-se discursivamente na simbologia jurídico-garantidora (“de direito”) do

¹⁹⁴ PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. **A infiltração do axioma da periculosidade no Direito Penal e no Processo Penal sob a condescendência da Dogmática Penal.**

Estado moderno oculta, ideologicamente, a dimensão do poder e da dominação (“capitalista”) que com ela se dialetiza, materializando uma visão ideologizada do seu funcionamento¹⁹⁵.

Com efeito, é assinalado, deste modo, que não somente a programação normativa não está sendo cumprida, como ela foi sistematicamente pensada para violar as promessas garantidoras assumidas, tudo isso com o aparente apoio da Dogmática que, operando de forma ideológica, ainda que não assuma conscientemente essa função legitimadora, tem produzido como consequência do seu discurso, um efeito legitimador e mantenedor desse sistema de violações.

Por essa razão é que afirma Andrade, no mesmo contexto da análise proposta acerca do dissenso entre “dever-ser” e “ser” das normas previstas, que “os juízos obtidos a partir da contrastação entre programação e metaprogramação dogmática e operacionalidade do sistema penal são não apenas de incongruência e irrealização, mas de realização invertida.”¹⁹⁶

Assim, seguindo essa linha questionadora, pode se dizer que é ilusória a expectativa de que todos os compromissos firmados pela lei sejam observados na sua prática e que a própria repetição dessas promessas meramente discursivas sustentadas pela dogmática, sem um aparato crítico que ponha em cheque própria validade e intencionalidade do sistema punitivo, nada mais produz do que um código ideológico legitimador do seu funcionamento desigual e violento.

Portanto, não cumprindo o ordenamento com as promessas assumidas e, não satisfazendo a expectativa de um dia assegurá-las, não é pela realização desses mesmos votos que se deve explicar a modo de atuação judicial integrante do sistema punitivo que foi enxergado a partir da pesquisa empírica realizada.

4.3. A AUSÊNCIA DE RACIONALIDADE DO SISTEMA E A CONSEQUENTE PERDA DA SUA LEGITIMIDADE: UMA PROPOSTA À LUZ DO REALISMO MARGINAL DE ZAFFARONI

A todo tempo a discussão sobre a racionalidade do sistema penal pôde ser identificada nos marcos teóricos eleitos para a leitura dos dados da pesquisa empírica.

¹⁹⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle**, p. 231.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 296.

Ferrajoli nos apresentou a ideia de racionalidade associada à opção pelo sistema garantista de punição, estabelecendo uma proporção que define que quanto mais se aproxima o complexo de punição, do modelo de garantismo penal proposto, mais ele pode ser definido como racional, relação esta que também encontra conformidade à medida que é viável a delimitação das fronteiras possíveis das decisões judiciais.

Nesse seguimento, a proposta de racionalidade do sistema a partir da leitura de Vera Regina Pereira de Andrade também perpassa pela expectativa de previsibilidade das decisões. Esse elemento de conexão, no entanto, vai ser construído pela ligação entre racionalidade e garantia de segurança jurídica, a qual é, teoricamente, assegurada pela efetivação do princípio da legalidade.

No desenvolvimento dessa perspectiva, porém, Andrade chega à conclusão de que a racionalidade enquanto atributo do sistema punitivo, além de não ser verificável na aplicação da programação normativa, é fruto de um discurso legitimante, proclamado pelas promessas comunicadas pela Dogmática penal no âmbito meramente ideológico. E por isso afirmou:

(...) entre a evidência empírica de que o código tecnológico da Dogmática tem sido utilizado para fundamentar juridicamente e justificar a legalidade das decisões judiciais e a evidência empírica de sua incapacidade racionalizadora para gestão de decisões igualitárias (soluções iguais para casos iguais) seguras e justas somente resta a hipótese de que tem concorrido para a instrumentalizar e racionalizar as decisões seletivas, acabando por fornecer a elas uma justificação técnica de base científica, legitimando-as e, na sua esteira, a totalidade do exercício de poder do sistema penal. Pois, é em virtude mesmo da pré-programação legislativa e dogmática da ação jurisdicional, que o sistema penal se legitima pela legalidade.¹⁹⁷

Tecendo as referidas críticas, a autora, portanto, atesta haver uma eficácia invertida dos propósitos anunciados. Ao revés da racionalização decisória prometida, com garantia de igualdade e segurança jurídica, o sistema produz e concorre para continuidade da produção de uma seletividade decisória, violadora dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que cumpre o papel de autolegitimação. Conseqüentemente, qualifica Andrade o Direito Penal como sendo simbólico e aduz que ele assim o é, não porque efetivamente não produza efeitos ou não cumpra suas funções reais, mas porque “as funções latentes predominam sobre as declaradas não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas”¹⁹⁸.

¹⁹⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle**, p. 301.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 291.

No campo da pesquisa documental proposta por este ensaio, uma das leituras possíveis dos resultados alcançados se revela nas exatas proposições de Vera Regina Pereira de Andrade. Observou-se que há um programa normativo sistemático no Brasil que prescreve, em termos teóricos, regras com o intuito de limitação do poder punitivo e de redução máxima da margem de arbitrariedade posta à disposição do Estado para exercício da punição. Conforme tratado ao longo da dissertação, a interpretação conjunta desse programa normativo, que é composto, dentre outras regras, pelas previsões contidas no Código de Processo Penal, na Constituição Federal e pelas contribuições doutrinárias sobre a prisão preventiva, nos indica que a referida modalidade de segregação cautelar deve servir unicamente à garantia do processo e não a outros fins, como a defesa da segurança pública, por exemplo, e que a opção por sua aplicação deve ser feita nos limites estritos da legalidade.

Para além das prescrições normativas ou propriamente sobre elas, ainda foi identificada uma crítica sólida construída por parte da doutrina processual penal brasileira justamente dirigida às hipóteses previstas no CPP para fins de avaliação do cabimento da prisão preventiva, com destaque à oposição apresentada ao argumento da garantia da ordem pública, notadamente em razão da sua abertura conceitual e espaço de subjetividade.

No entanto, quando postas tais previsões e juízos críticos em confronto com a *práxis* judicial de construção da decisão que decreta a prisão preventiva se utilizando da categoria da periculosidade, se notou, precisamente, a ausência de qualquer consenso sobre o âmbito de incidência do termo, demonstrando-se que o juízo sobre a constatação da periculosidade se encontra sobre total e completo domínio da opção do julgador, que varia sem critério delimitado a cada caso.

Logo, se a racionalidade de um sistema jurídico, segundo Ferrajoli e Vera Regina Pereira de Andrade, somente é constatada quando delimitável as margens das decisões judiciais possíveis em um caso concreto e quando oferecidas garantias de que sejam as deliberações igualitárias, seguras e justas, a conclusão mais genérica verificada com a pesquisa empírica realizada é que não pode o sistema jurídico vigente no Brasil, no campo da prisão preventiva, ser considerado racional.

Há, portanto, igualmente apontado por Andrade, uma disfunção entre a programação normativa e a operacionalidade do direito que culmina na eficácia invertida do sistema de punição brasileiro, pois a despeito da promessa de

racionalidade decisória, depara-se na apuração da prática judicial, com a produção de decisões eminentemente discricionárias, subjetivas, cuja margem de resolução é, em regra, preenchida por uma seletividade violadora de direitos humanos.

Nesse aspecto, consoante assinala Andrade, a produção do discurso de eficácia invertida do sistema, em detrimento da sua efetiva irracionalidade, ganha profundidade a partir das promessas anunciadas pela modernidade. A transição realizada da antiga para a moderna justiça penal, que carrega como grande estandarte a reforma iluminista e como lema a humanização das penas, não só transformou as ideias das áreas de conhecimento situadas entorno do estudo da punição, como talvez tenha contribuído decisivamente com o processo de ocultação das funções latentes do poder punitivo.

Igualmente instigado pela obra questionadora da criminóloga brasileira, ao tomar posse das contribuições de Foucault¹⁹⁹, se desvenda que a transição para esse saber penal moderno e a transformação dos meios postos à disposição do Estado para o exercício da punição, nada mais representou do que uma mudança de estratégia da punição que sai do corpo para a mente, a partir da construção de uma nova tecnologia de punir, fundada com o intuito de minimização dos custos e maximização da eficácia.²⁰⁰ Assim, diferente do discurso declarado que exalta tão somente o lado humanitário e garantidor da reforma, há na transição proposta, uma evidente relação de poder e dominação que é ocultada pela propaganda teórica.

Do ponto de vista das promessas não cumpridas e das intenções ocultas, a conclusão de Foucault é que, inobstante o saber penal moderno conclame a ideia de legalidade, não há efetivamente uma intenção de punir todas as condutas ilegais, até porque se assim o fosse, de certo haveria um colapso no sistema. Tendo isso em conta, assevera que a verdade não oficial é que o funcionamento do sistema de

¹⁹⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

²⁰⁰ “O verdadeiro objetivo da reforma, e isso desde suas formulações mais gerais, não é tanto fundar um novo direito de punir a partir de princípios mais eqüitativos; mas estabelecer uma nova “economia” do poder de castigar, assegurar uma melhor distribuição dele, fazer com que não fique concentrado demais em alguns pontos privilegiados, nem partilhado demais entre instâncias que se opõem; que seja repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social. A reforma do direito criminal deve ser lida como uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado em seus efeitos; enfim, que aumentem os efeitos diminuindo o custo econômico (ou seja, dissociando-o do sistema da propriedade, das compras e vendas, da venalidade tanto dos ofícios quanto das próprias decisões) e seu custo político (dissociando-o do arbitrário do poder monárquico). A nova teoria jurídica da penalidade engloba na realidade uma nova “economia política” do poder de punir”. *Ibid.*, p. 75.

punição é justamente baseado na premissa de gestão diferenciada (seletiva) das ilegalidades e não de sua supressão.

Em vista disso é que após o exame do pensamento foucaultiano, Vera Regina Pereira de Andrade alcançou a conclusão de que “o atestado de que a prisão fracassa em reduzir a criminalidade pode ser assim substituído pela hipótese de que a prisão produziu exitosamente a delinquência e de que seu sucesso consistiu, nas lutas em torno da lei e das ilegalidades, em especificar uma delinquência”²⁰¹.

Ocorre que, de forma esperada, os selecionados destinatários desse poder penal, agora reformulado, não são outros que não as classes sociais menos abastardas, os desprovidos de poder e os socialmente rejeitados, sobretudo no curso das transformações sociais proporcionadas pelo capitalismo, que produziram fenômenos como a criminalização das consequências da miséria²⁰².

Nesse sentido, adverte Andrade que o nascimento da pena de prisão e do moderno sistema de justiça penal só podem ser compreendidos a partir da observação das transformações políticas e socioeconômicas produzidas pela consolidação do capitalismo, pois ele “expressa suas exigências de dominação classista antes que a exigência de humanização da pena.”²⁰³ Além disso, acrescenta a autora que:

O processo de industrialização e o impacto racionalizador do mercado, a necessidade de regular a força de trabalho, o medo ao proletariado nascente, a necessidade de substituir a autoridade tradicional e os conceitos pré-modernos; todos estes fatores, em diversificadas combinações, faziam da violência física aberta um castigo penal anacrônico e ineficaz. Era necessário um novo sistema de dominação e disciplina para socializar a produção e criar uma força de trabalho submissa e perfeitamente regulada. Assim, não apenas a prisão, mas todo o sistema penal forma parte de uma extensa racionalização das relações sociais no capitalismo nascente.

Em outros termos, como também expõe Queiroz²⁰⁴, esse projetado sistema penal tende a proteger o interesse das classes dominantes, os isentando do processo de criminalização e também afastando da máquina de punição, os comportamentos danosos ligados à existência da acumulação capitalista, de modo a exercer

²⁰¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle**, p 253.

²⁰² Sobre o assunto, conferir LOÏC, Wacquant. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

²⁰³ ANDRADE, *op. cit.*, p. 192.

²⁰⁴ QUERIOZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ativamente uma função de produção e reprodução de desigualdades, que gera como resultado colateral o disfarce ideológico dessa mesma seletividade.

Sendo assim, tem-se em curso um sistema que no campo da operacionalidade das normas não cumpre a programação esperada - fornecer decisões previsíveis, cumprir com a legalidade e a igualdade, efetivar direitos humanos e, conseqüentemente, assegurar segurança jurídica -, mas que ainda assim dizer-se por racional, sendo o projeto de eficácia invertida – atuação com imprevisibilidade, subjetividade, violação de direitos humanos e arbitrariedade -, um projeto latente da modernidade, forjado pelas transformações do capitalismo e coberto por um discurso ideológico que não só garante o seu funcionamento, como justifica sua legitimação.

Na esteira dessa crítica, destaca-se que a modernidade e o questionamento do discurso da racionalidade penal produzida por ela também encontram censura em Álvaro Pires.²⁰⁵ O autor qualifica como moderna a forma de racionalidade construída no Ocidente, a partir do século XVIII, que projeta um retrato identitário essencialmente punitivo, ao mesmo tempo que produz conhecimento para justificar a sua conformação. Resumindo brevemente o principal aparato que, segundo Pires, permeou os entornos da racionalidade penal moderna, evidencia-se o papel que assumiu a pena de prisão, calcada no biônimo norma de comportamento/norma de sanção, e a defesa da ideia de que a pena comunica o valor da norma e o grau de reprovação da conduta (dissuasão – retribuição).

Conjuntamente, as duas constatações, de acordo com o autor, conduzem o funcionamento do sistema a concluir que a pena sempre deve ser imposta, pois se há uma norma de comportamento descumprida e uma pena prevista que comunica valor e reprovação, logo, há um desenrolar subsequente esperado que torna invariável a obrigação da imposição da pena aflitiva, pois ela é tida como o melhor meio de defesa contra o crime.

Em consequência, nas lições de Álvaro Pires, a máxima mais problemática defendida pelo saber penal moderno é a defesa da punição aflitiva (pena de prisão) como uma obrigação ou uma necessidade, razão pela qual alerta que “no quadro da racionalidade penal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente”.²⁰⁶

²⁰⁵ PIRES, Álvaro. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos.** *In:* Novos Estudos. São Paulo, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 44.

No contexto indicado, ainda sob a avaliação do autor, a premissa construída pela racionalidade penal moderna de que a pena é uma obrigação ou necessidade, praticamente impossibilitou pensar o sistema penal fora das consequências da prisão, dificuldade essa que se estende até então, sendo por poucos cogitado o abandono da dependência exclusiva da pena afliativa como forma de resposta ao crime. A resistência, portanto, em pensar o saber penal para além da pena de prisão, de acordo com Pires, faz com que o principal efeito da racionalidade penal moderna seja o de naturalizar a estrutura normativa eleita e vigente.

No entanto, a questão é que a ideologia moderna que estrutura o poder punitivo tal qual conhecemos hoje, apontada como obstáculo epistemológico de construção do saber fora da lógica da prisão e com registro de passagem, inclusive, pelo positivismo jurídico que criou categorias como a periculosidade, em verdade, tem suas raízes em uma concepção punitiva forjada pela lógica europeia, e como tal, reflete os ideários justificadores de dominação dos colonizadores, problematicamente reproduzidos nos sistemas penais da colonizada América Latina.

Essa contrastação entre saber penal europeu e assunção completa dos seus postulados por países como o Brasil é examinada e duramente criticada por Daniel Fonseca Fernandes.²⁰⁷ O autor sinaliza que “sob a lente desta modernidade europeia, percebe-se a presença marcante de um discurso justificador da dominação, do encobrimento e da destruição de identidades culturais diversas.”²⁰⁸ Aponta também que essa exibição é marcada por uma ideologia racista, calcada na falácia colonizadora de superioridade das sociedades europeias frente aos bárbaros e selvagens que teriam de ser civilizados²⁰⁹, além de destacar a imposição da doutrina cristã durante esse período, justificação de cunho religioso da missão evangelizadora dos povos latinos.

Assim, registra que um importante vetor que expressou a suposta racionalização da ação do dominador foi o genocídio da população indígena e negra em África e nas Américas, fundando-se essa modernidade capitalista com base na

²⁰⁷ FERNANDES, Daniel Fonseca. **Racionalidade penal moderna e o mito da modernidade**. Revista do Centro de estudos e Pesquisas Jurídicas da Universidade Federal da Bahia, n. 16, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22333> Acesso em: 16 jun. 2024.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 128.

²⁰⁹ Destaca-se que este plano de colonização teve como principal fundamento ideológico a proposta do positivismo criminológico que com suas ideias difundia a existência de uma inferioridade biológica dos grupos pertencentes à população colonizada, premissa que sustentou a emergência da periculosidade enquanto medida de justificação da pena, conforme exposto no item 2.2 deste trabalho.

escravidão de uma raça, nas políticas de extermínio e genocídio. Através deste processo hostil de violência, exploração e extermínio, foi então fundado o mito da modernidade que, por detrás das discursividades civilizatórias, expressou sua face irracional e violenta.

Desta forma, importou-se às sociedades latino-americanas todas essas aspirações e práticas da dita modernidade – dominação, violência e subjugação -, condições que vão refletir na resposta punitiva ao comportamento desviante no Brasil, não só durante o marco temporal da sua implementação inicial, mas como premissas instituídas que reverberam até os dias atuais.

Esse processo, ademais, se tornou ainda mais problemático, pois:

Aos ideais da modernidade no âmbito penal, para além dos problemas já encontrados no próprio continente europeu, como o funcionamento seletivo e classista, são incorporadas as especificidades das sociedades latino-americanas em construção, marcadas sob a força da escravidão e do genocídio negro e indígena. Aos problemas estruturais do sistema penal, são somadas variáveis sociais, orientadas por critérios de raça e permeadas por uma violência mortal, ampliando o poder destrutivo do controle penal²¹⁰.

É neste ponto, que reconhecendo a embaraçosa circunstância da assunção completa e acrítica, pelos países latino-americanos, dos ditames do saber penal moderno europeu, que Eugenio Raúl Zaffaroni provoca o questionamento sobre a própria legitimidade desses sistemas penais, com a proposição da construção de um realismo marginal.²¹¹

Precisamente pela afirmação assertiva do autor de que esses complexos não são dotados de racionalidade, que se dá início à contestação da legitimidade dos sistemas penais latino-americanos por Zaffaroni. Essa sentença de irracionalidade, no entanto, não é novidade até aqui, uma vez que outros tantos autores também assim declararam e cujos motivos então já foram expostos.

Sob a perspectiva de Zaffaroni, a racionalidade do sistema punitivo é posta em cheque, dentre outras razões, a partir da concepção de que o atributo racional é representado pelo grau de coerência interna do discurso jurídico-penal e pelo valor de verdade quanto à operacionalidade social dessas regras. Nesse sentido, mais uma vez sendo verificada a divergência entre programação normativa e operação do

²¹⁰ FERNANDES, Daniel Fonseca. **Racionalidade penal moderna e o mito da modernidade**, p. 135.

²¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 3. ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

direito, se conclui por inexistente a característica de validade do conjunto de normas que compõem o complexo punitivo, justamente porque também observa Zaffaroni que o discurso penal proclama aquilo que nunca poderá ser cumprido conforme o anunciado.²¹²

Na mesma linha, compreende Zaffaroni que essa irracionalidade é, em verdade, um elemento fundante da sistematização do poder penal, não podendo ser eliminada sem a supressão do próprio sistema e que, ainda assim, somente subsiste devido a incapacidade de o discurso penal de ser substituído por outro, significando que o sistema punitivo, nesse formato, é mantido apenas porque é o único instrumento disponível para defesa dos direitos de determinadas pessoas, de segmentos sociais específicos.

Logo, se a legitimidade é justamente uma característica outorgada pela racionalidade e se o sistema, por sua vez, não pode ser definido como racional em razão de não atuar em conformidade com o previsto, o desfecho lógico é pelo reconhecimento da ilegitimidade do sistema punitivo com um todo, em consequência da sua intencional irracionalidade. Por isso, então que afirma Zaffaroni os seguintes termos:

A quebra da racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a consequente legitimidade do sistema penal tornaram-se “utópica” e “atemporais”: não se realização em lugar algum e em tempo algum²¹³.

Diante desse quadro, aponta o autor argentino que o diagnóstico da irracionalidade e, conseqüentemente, da ilegitimidade desse sistema punitivo, ainda sustentado pelo saber penal moderno europeu e então importado pela América Latina, reclama uma proposta de reinterpretação do Direito Penal. Essa resposta, primeiro, deve ser alcançada através do processo de admissão da deslegitimação desse mesmo sistema, conforme conclusão que foi acima assimilada. Em segundo lugar, ela deve se orientar a partir da construção de um novo discurso jurídico-penal que além de aceitar a deslegitimação do exercício do poder punitivo, deve ainda pautar as

²¹² “(...) a operacionalidade do sistema penal seria “legal” se os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa tal como a expressa o discurso judicio-penal”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, p. 20.

²¹³ *Ibid.*, p. 19.

decisões das agências de controle da punição, com o objetivo de reduzir a violência, tudo isso assentado em uma leitura sobre a real operacionalidade dos sistema penais. Essa proposta nomeou Zaffaroni de realismo marginal.

A defesa do realismo marginal enquanto resposta à deslegitimação do sistema penal perpassa à consciência de localização da América Latina enquanto região periférica que tem como vértice o poder geral ditado pelos países centrais, sendo, em regra, a população latino-americana marginalizada do poder, mas objeto da violência exercida pela operação deste mesmo mecanismo punitivo.

Essa consciência permitiria, assim, no âmbito da dimensão criminológica, uma aproximação do real exercício de operacionalização do sistema punitivo, possibilitando o conhecimento específico do seu funcionamento, com o intuito de reduzir e suprimir os níveis de violência praticados sistematicamente. Aliado à perspectiva criminológica, a dimensão jurídico-penal, neste cenário, estaria voltada à produção desse novo discurso, que agora levaria em conta as informações alcançadas pela atuação criminológica acerca da operacionalidade do sistema, proporcionando a produção de soluções alternativas efetivas para a resolução dos conflitos. Deste modo, sintetiza Zaffaroni que a potencialidade do realismo marginal pode:

- a) revelar mais nitidamente as características estruturais de todo o sistema penal, já que em nossa região marginal estas características são mais evidentes em virtude de seu maior nível de violência;
- b) mostrar mais claramente como atua a rede de poder planetário ao assinalar as particularidades de seu exercício de poder na região marginal.²¹⁴

Em termos práticos, o projeto do realismo marginal pretende reduzir o exercício do poder no sistema penal, substituindo-o por formas alternativas de resolução de conflitos, tendo como resultado esperado, a redução do número de mortes e a formação de espaço de liberdade que possibilitem a reconstrução dos vínculos comunitários. Para tanto, pretende primeiramente neutralizar a propaganda violenta do sistema nos meios de comunicação em massa e introduzir um discurso não violento nas universidades, que ora funcionam como locais de reprodução das razões justificadas da sistema penal que visa desconstruir.

²¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, p. 174.

Assim, as universidades assumem um papel relevante no enfrentamento dos argumentos de validade do sistema, ao tempo que devem corroborar com a produção de respostas que contribuam para a redução da violência operacional atual. Igualmente, a redução da veiculação de matérias jornalísticas sensacionalistas que propaguem mensagens instigadoras da violência, ou o controle técnico destas, constitui-se como importante medida para se alcançar o fortalecimento dos laços comunitários e a abertura para se pensar para além da resposta comum (a pena de prisão) ao fenômeno criminal.

Igualmente, propõe-se uma diminuição da intervenção penal, a começar pela descriminalização e pelas formas de solução alternativas de conflito, devendo estas últimas serem executadas através de medidas conciliadoras e reparadoras que fiquem a cargo das instâncias informais de controle e não das instâncias judiciais.

Outrossim, como medidas mais específicas, sugere Zaffaroni a reconstrução do conceito de “pena”, tornando a sua definição abrangente não somente à prisão, mas sim entendida como uma sanção jurídica genérica que reflita, em caráter geral, qualquer sofrimento ou privação de bem ou direito que não corresponda à outro modelo de solução de conflito dos demais ramos do Direito. No mesmo sentido, preconiza um discurso que estabeleça limites máximos de arbitrariedade e irracionalidade para as instâncias não judiciais e judiciais, e que ofereçam no âmbito das garantias penais, “o máximo de realização que pode alcançar em seu exercício de poder, no que se refere aos tais princípios limitadores da irracionalidade e da violência.”²¹⁵

Nesse contexto, define Zaffaroni como sendo as garantias penais:

O compromisso das agências judiciais penais para exercer o seu poder de modo a decidir cada caso conforme a regra da “mínima violação/máxima realização” dos princípios que servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício de poder do sistema penal, configurando, desse modo, um “padrão” - provisório, por ser progressivo e “aberto” ou “inacabado” – de máxima irracionalidade (violência) tolerada (porque a agência judicial carece de poder para impor uma menor)²¹⁶.

Tudo isso posto, sob o prisma da ausência de racionalidade do sistema punitivo - conclusão geral que pode ser alcançada após a análise dos dados de pesquisa

²¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**, p. 235.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 235-236.

obtidos com a investigação empírica realizada no presente estudo, especialmente posta em confronto com as promessas de programação normativa proclamadas pelo sistema punitivo - os questionamentos e sugestões lançados pelo realismo marginal podem representar uma perspectiva de investigação e uma potencial solução interventiva ao diagnóstico evidenciado.

Conforme debatido anteriormente, uma leitura crítica e mais amplificada dos dados de pesquisa pode nos fazer questionar todo sustentáculo de legitimação do sistema punitivo. Muito embora a amostra reduzida da investigação exija cautela no anúncio das conclusões, ela não deixa de denunciar um grave problema sistêmico na operacionalização do sistema punitivo, no campo específico da prisão preventiva no Brasil que, invariavelmente, não oferece a segurança jurídica (previsibilidade das decisões judiciais) prometida.

Por vezes, foram apontadas ao longo do trabalho, sucessivas violações da expectativa de funcionamento do sistema frente ao programa normativo eleito. Seja sob o viés da doutrina processual penal brasileira, seja sob o parâmetro do garantismo penal de Ferrajoli, ou a partir da ideia de segurança jurídica de Vera Regina Pereira de Andrade, a verdade é que a construção da decisão judicial que decreta a prisão preventiva com base no argumento da periculosidade do sujeito, ou mesmo, a mera admissão do termo como elemento avaliador do cabimento da medida de segregação cautelar, é sintoma suficiente a questionar a racionalidade e, conseqüentemente, a legitimidade desse sistema que opera em favor da punição, sem o mínimo de previsibilidade das suas decisões e com alargados espaços de arbitrariedade e subjetividade.

Isto posto, pensar o realismo marginal de Zaffaroni, conquanto o saber penal moderno se constitui como obstáculo às proposições que projetem o sistema punitivo fora da ideia dependente da prisão, pode se constituir como vislumbre, após assumido o compromisso pelo questionamento da legitimidade desse sistema, da possibilidade de operacionalização das promessas do direito processual penal constitucional tal qual prevê a programação normativa, ou próxima da sua execução, desde que isso implique na redução das violências impostas com a resposta punitiva.

Portanto, ainda que hajam lacunas e problemas a serem discutidos na proposta do realismo marginal, o seu caráter questionador e a sua coragem de propor o rompimento com o saber penal colonizador, por si só, já se revelam como um fôlego

otimista a quem se inquieta com os descumprimentos (intencionais) das propostas eleitas pelo sistema, assim como instiga a produção do conhecimento fora da reprodução legitimante daquilo que já está posto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de periculosidade dentro da ciência jurídica nasceu orientada pela necessidade de saber por que punir o criminoso, ou seja, pelo interesse na investigação da natureza do autor do delito. Especialmente a partir das contribuições da escola positiva do direito penal, encartou-se a defesa da teoria do estado de perigo como forma de justificação da pena. Com intervenção direta da psiquiatria médica, que ofereceu seu conhecimento como alternativa aos altos níveis de reincidência delitiva apresentados à época, a ideia de risco começou a ser projetada, encontrando como resposta sugerida, um plano de higiene física e mental destinado a “limpar” o espaço público dos indesejáveis que representavam um perigo social.

Segundo afirmou Branco²¹⁷, as referências que se têm sobre a temática demonstram que os tipos indesejáveis e perigosos estavam entre os miseráveis espalhados pela cidade, os índios, negros, camponeses e imigrantes, mendigos, desempregados e retirantes, sendo direcionada a definição de “louco potencialmente perigoso”, não somente à patologias da ordem médica, como também à condição social de vulnerabilidade de determinada classe da população.

Com o subsídio e respaldo da medicina, ganharam força no campo jurídico, teorias que se propuseram a fornecer o aparato legal necessário à justificar segregação dos sujeitos eleitos como perigos latentes, com destaque às proposições de Ferri, Garófalo e Grispin. De acordo com o levantamento realizado, resumidamente, ambos os autores proclamavam a periculosidade como um modo de ser, uma condição psíquica que representa a probabilidade da ocorrência de um delito futuro e a quantidade de mal que sociedade poderia temer por parte do delinquente e da sua conduta. Essa perspectiva da ocorrência de um crime, quando decorrente do caráter de uma pessoa, poderia então ser definida como a capacidade muito relevante deste sujeito cometer um delito.

Seguindo seus estudos nesse seguimento, Ferri ainda agregou à formação do conceito de periculosidade, outros elementos, como a personalidade do delinquente - formada por aspectos antropológicos, psíquicos e morais -, o fato criminoso em si – analisado segundo a forma e o modo de ação, a qualidade do bem jurídico e o

²¹⁷ BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

resultado do dano ou perigo -, e os motivos determinantes do crime, qualificados como a pedra angular da condição de perigo atribuída.

Com efeito, mesmo após diversas transformações que passou o saber penal até alcançar o formato atualmente operante no Brasil, pôde se observar que as referidas contribuições teóricas não foram de todo abandonadas. Nos termos do que alertou Andrade²¹⁸, a própria defesa do direito intervencionista da escola positiva não implicou, necessariamente, no abandono completo do discurso penal do fato, subsistindo um cenário de coexistência entre as garantias liberais clássicas e a intervenção baseada na personalidade perigosa do delinquente, com a imposição de medidas de segregação em nome da defesa social.

Essa característica conciliatória seguiu sendo identificada nas legislações penais posteriores dos séculos XX e XXI, sendo comumente encontrados sistemas punitivos que convivem simultaneamente com concepções herdadas do classicismo, como as exigências de legalidade e segurança jurídica, e proposições a exemplo da periculosidade, situada campo de contribuição punitiva do positivismo.

Nesse contexto, observou-se que axioma da periculosidade atualmente operante no Brasil como forma de justificação da prisão preventiva, se projeta como fruto da soma de permissivos compostos por três âmbitos de incidência: a) a partir das contribuições da dogmática penal oriundas da formação do pensamento positivista, nos termos anteriormente destacados; b) com base em autorizativos legais propriamente ditos, representados neste caso pela previsão do artigo 312 do Código de Processo Penal, o qual assegura a possibilidade de decretação da prisão sob o fundamento do risco à ordem pública, permissivo que abriu portas para infiltração da categoria da periculosidade na referida espécie prisional; c) pela própria atuação judicial que em sua operacionalidade encampou indevidamente tal elemento como critério de avaliação do cabimento da prisão preventiva.

Diante do cenário descrito, se propôs apurar no presente ensaio, quais os elementos considerados pelo Superior Tribunal de Justiça ao utilizar o termo “periculosidade” para fundamentar os acórdãos em matéria penal de análise da prisão preventiva, e questionar, com base nos resultados obtidos com a primeira indagação,

²¹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

quais as conclusões que essa resposta pode nos fornecer sobre o real funcionamento do sistema punitivo brasileiro e, conseqüentemente, sobre a sua legitimidade.

Nessa missão, foi projetada uma pesquisa empírica de caráter documental, realizada a partir da análise de conteúdo de acórdãos proferidos pelo STJ. Para tanto, tendo em conta as limitações impostas em termos de tempo e fôlego de pesquisa, assim como atento ao dever científico de impor delimitações da ordem objetiva à amostra, evitando, com isso, a contaminação da apuração com qualquer viés de caráter pessoal, estabeleceu-se como critérios de especificação dos dados de investigação, a limitação temporal dos acórdãos proferidos ao período compreendido entre 01/01/2021 a 31/12/2023, e em caráter geográfico, a seleção dos processos exclusivamente oriundos do Estado da Bahia, culminando em uma amostragem final de 146 decisões para averiguação.

Da apuração realizada, como pôde ser exposto, revelou-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao tratar sobre a questão da periculosidade do indivíduo, associou o termo às seguintes expressões:

6. **Gravidade concreta do crime:** associada ao próprio grau de gravidade do crime, seja em termos de pena em abstrato, seja em relação ao bem jurídico violado;
7. **Modus operandi ou circunstâncias do delito:** revelada através da descrição do modo em que se deu a conduta delituosa em suas particularidades, sendo considerados para esse balizamento, elementos como do local do crime, a quantidade de vítimas, a presença ou não qualificadoras na conduta e até mesmo a repercussão social do delito;
8. **Risco de reiteração delitiva ou contumácia delitiva:** associadas frequentemente à existência de maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos e ações penais em curso;
9. **Quantidade, variedade e natureza da droga apreendida:** nos casos relativos à lei de drogas observou-se uma fundamentação própria da periculosidade baseada em tais critérios, sempre se justificando uma periculosidade mais acentuada a depender da quantidade maior de droga apreendida e de sua variedade;

10. Fuga e pertencimento à organização criminosa: de modo menos frequente, porém, foi considerado como perigoso pelo Tribunal indivíduos identificados como membros de organizações criminosas ou foragidos da justiça, não localizados para citação do processo ou para efetivação da ordem de prisão.

Ocorre, entretanto, que o alcançado consenso quanto às expressões associadas pelo STJ ao conceito estudado, segundo a amostrada analisada, por si só não implicou na conclusão de que tribunal fornece critérios mais precisos sobre o juízo de periculosidade para fins de prisão preventiva. Isso porque, foi percebido que a contextualização fática realizada durante a argumentação do caso para justificação do emprego de cada uma das categoriais acima destacadas se limita à descrever o passo a passo da conduta praticada, tal qual constante nas peças de acusação ou na narrativa policial, no caso da fundamentação baseada na gravidade concreta do crime, à mencionar sem qualquer critério a quantidade ou tipo da droga apreendida e o local de efetivação da prisão, nos casos relativos à lei de drogas, ou à enumerar eventual existência de atos infracionais pretéritos, inquéritos e/ou ações penais em curso, no que tange à constatação de contumácia delitiva, pouco revelando parâmetros específicos capazes de orientar a avaliação da periculosidade em outros casos.

Foram sinalizadas ao longo da exposição do presente estudo, incongruências encontradas durante o confronto dos acórdãos da amostra, demonstrando-se que determinados critérios eleitos para constatação da periculosidade em alguns casos, não representavam a mesma conclusão em outros de contexto semelhante, o que nos fez presumir que o fundamento da periculosidade do agente para fins de prisão preventiva está a serviço do tribunal para adequá-lo ao caso de sua escolha, sem que sejam conhecidos os parâmetros específicos de sua eleição.

Deve ainda ser pontuado que relativamente ao emprego da expressão, em todos os casos em que a periculosidade foi constatada não houve o desenvolvimento de uma teorização acerca do tema. Quase sempre, a decisão que certificou a existência da periculosidade do sujeito perpassou a citação de outros precedentes judiciais, seja do próprio STJ, seja do STF, que costumam indicar critérios de avaliação eleitos convenientemente pelo Poder Judiciário para indicar a hipótese em que o indivíduo é considerado perigoso.

Observou-se, com frequência, a transcrição de ementas ou de citações de trechos de outras decisões que antes já tinha fixado entendimento ali defendido, não sendo notada a presença de qualquer apoio doutrinário para subsidiar a demonstração dos elementos que compunham a categoria da periculosidade. Tal conduta leva a crer que ainda diante de conceitos abertos, como é o caso do objeto estudado, a atuação judicial aparentemente se faz à margem do conhecimento produzido pela dogmática a esse respeito, não obstante seja esta ciência, fonte do conhecimento jurídico processual penal, construído com o fim de subsidiar o exercício de interpretação e aplicação do Direito, visando à limitação do poder punitivo.

Em contrapartida, no exame do entendimento majoritário exarado pela doutrina processual penal brasileira em relação à prisão preventiva, se observou - ao menos no que diz respeito a uma dogmática calcada na premissa do sistema processual enquanto limitador do poder punitivo – que há uma oposição à ideia da periculosidade como critério avaliador do cabimento da prisão preventiva, de modo que também podemos afirmar que a atuação do STJ sobre o tema se faz em descompasso com os preceitos eleitos pelo conhecimento dogmático preponderante.

Por outro lado, apesar de não anunciado de forma expressa, ficou claro nos resultados encontrados que o STJ adota os postulados propostos pela Escola Positiva no que refere ao conceito de periculosidade, especialmente quando reforça a associação entre o termo e o risco de reiteração delitiva, entendido como a probabilidade de o agente vir a cometer um novo delito no futuro, exata definição desenvolvida por autores como Ferri, Garófalo, Grispini, Jiménez de Asúa, dentre outros.

Outrossim, mesmo após o desenvolvimento de uma investigação complementar sobre o objeto de pesquisa, desta feita, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, foram observadas problemáticas semelhantes às encontradas na atuação do STJ, com poucas variações. Persistiram questões como a ausência de clareza quanto aos parâmetros eleitos para o reconhecimento ou o afastamento da periculosidade em cada caso, sendo igualmente apontadas contradições na exposição de entendimentos que foram aplicados em determinados recursos e renegados em outros.

Ainda, esboçada uma análise dos dados de pesquisa à luz dos postulados defendidos pela teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, também foram notadas

divergências entre as previsões normativas eleitas para o sistema punitivo, segundo as referidas contribuições teóricas, e a atuação prática do Poder Judiciário na seara específica do tema investigado. A princípio, restou de logo consignado que a posição de Ferrajoli sobre a prisão preventiva é uma só, no sentido de rejeitar a sua previsão em um sistema dito como garantista. No entanto, ainda admitindo hipoteticamente a validade da referida hipótese prisional, uma verificação mais detalhada da teoria, especialmente sob o prisma das ideias de verificabilidade e refutabilidade das decisões, bem como de redução ou supressão dos espaços do poder de disposição, elementos indicados como capazes de auferir o grau de racionalidade de um complexo punitivo segundo Ferrajoli, mantem-se o diagnóstico de invalidade do argumento da periculosidade como critério de avaliação do cabimento da prisão preventiva.

Dada essa prognose, ante a tantas inconciliações reconhecidas entre os resultados externados da pesquisa e o conjunto de regras, princípios e axiomas que compõem a programação normativa que envolve o objeto pesquisado e seus entornos, não restou outra conclusão a inferir que não o questionamento da própria racionalidade desse sistema. Demonstrou-se a clara e evidente existência de um dissenso entre o que se promete e aquilo que efetivamente se cumpre no âmbito do sistema punitivo no Brasil. Tal fato fora revelado justamente com a observância das incongruências na prática do sistema, materializada através dos achados da pesquisa empírica realizada, frente ao discurso garantidor proclamado.

Do ponto de vista de Vera Regina Pereira de Andrade, essa programação normativa não só não está sendo cumprida, como foi sistematicamente pensada para violar as promessas garantidoras assumidas. Essa quebra de expectativas do cidadãos quanto à promessa funcional de racionalização do sistema punitivo, segundo a autora, se faz com o aparente apoio da Dogmática Penal que, operando de forma ideológica, ainda que não assuma conscientemente essa função legitimadora, tem produzido como consequência do seu discurso, um efeito legitimador e mantenedor desse sistema de violações (eficácia invertida dos propósitos anunciados).

Nesses termos, tem-se por ilusória a expectativa de que todos os compromissos firmados pela lei sejam observados na sua prática, de modo que a própria repetição dessas promessas meramente discursivas sustentadas pela dogmática, sem um aparato crítico que ponha em cheque própria validade e

intencionalidade do sistema punitivo, nada mais produz do que um código ideológico legitimador do seu funcionamento desigual e violento.

Portanto, não cumprindo o ordenamento com as promessas assumidas, não satisfazendo a expectativa de um dia assegurá-las, e ainda, representando a propagação do discurso de validade e reafirmação desse mesmo sistema, um mecanismo de sua autolegitimação e de conservação dessas recorrentes violações, somente uma leitura questionadora da sua legitimidade, como se propõe o realismo marginal de Zaffaroni, pode contribuir com a reversão do quadro apresentado.

De certo, talvez as conclusões aqui defendidas sejam demasiadamente ousadas à tímida pesquisa empírica realizada, limitada em termos quantitativos, conforme exposto no seu capítulo de delimitação da amostra. No entanto, ainda assim, é inegável que subsiste a problemática desvendada pela criminologia crítica, quanto às consequências da difusão de um discurso legitimador e mantenedor do *status quo* do atual poder punitivo.

Nesses termos, a despeito de a pesquisa realizada eventualmente não ser suficiente à sustentar as conclusões postas, sejam aquelas de natureza específica (diagnóstico do conceito de periculosidade no âmbito do STJ), sejam as de caráter geral (respostas acerca do real funcionamento e legitimidade do sistema punitivo brasileiro), ela ainda pode ser considerada como mais uma que se soma às outras tantas que denunciam incongruências no sistema de justiça brasileiro e quem sabe assim possam, conjuntamente, ser suficientes a questionar a legitimidade desse sistema, reivindicando o seu funcionamento em respeito aos direitos humanos e às garantias asseguradas em termos de programação normativa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro**. Florianópolis: Sequência Estudos Jurídicos e Políticos, 2010, v. 29, n. 57, p. 237–260. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p237> Acesso em: 05 maio 2024.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BARROS-BRISSET, Fernanda Otoni. **Genealogia do conceito de periculosidade**. Belo Horizonte: Responsabilidades: Revista Interdisciplinar do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário – PAI-PJ, v. 1, n. 1, p. 37-52, 2011.

BECCARIA, Cesare Bonesa. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BINDER, Alberto M. **Introduccion al derecho procesal penal**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

BOGÉA, Antenor. **Periculosidade: sua aferição e consequências penais**. Revista de informação legislativa, v. 13, n. 51, p. 115-150, jul./set. 1976.

BRANCO, Thayara Castelo. **A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº. 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (publicação original)**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 30 mar. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941. **Lei de Contravenções Penais**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm Acesso em: 28 abr. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Título II, Capítulo VI, art. 619. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 10 mar. 2024.

BRASIL. **Lei Nº. 10.2016, de 06 de abril de 2001.** Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm Acesso em: 07 maio 2024.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil.** Salvador: JusPodivm, 2010.

CAPPI, Riccardo. **A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em Direito.** In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito.* São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf> Acesso em: 10 mar. 2024.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial as razões da descriminalização).** Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1996. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430> Acesso em: 22 maio 2024.

CHAVES JUNIOR, Airto; SILVA, Luciana Bittencourt Gomes. **Análise teórico-empírica da prisão cautelar para garantia da ordem pública.** Brasília: Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, v. 2, n. 3, p. 53-77, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução Nº. 487, de 15 de fevereiro de 2023.** Institui a Política Antimanicomial do Poder Judiciário e estabelece procedimentos e diretrizes para implementar a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei n. 10.2016/2011, no âmbito do processo penal e da execução das medidas de segurança. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2015232023022863fe60db44835.pdf> Acesso em: 07 maio 2024.

EPSTEIN, Lee. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência.** São Paulo: Direito GV, 2013.

FERNANDES, Daniel Fonseca. **Racionalidade penal moderna e o mito da modernidade.** Revista do Centro de estudos e Pesquisas Jurídicas da Universidade Federal da Bahia, n. 16, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22333> Acesso em: 16 jun. 2024.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. **O que é Garantismo Integral?** Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 9, p. 110–153, 2014. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77> Acesso em: 2 jun. 2024.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução: Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1987.

GAROFALO, Raffaele Barone. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal.** 3. ed. Lisboa [Portugal]: Classica Ed., 1916.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

IGREJA, Rebecca Lemos. **O Direito como objeto de estudo empírico.** In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito.* São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 11-38. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf> Acesso em: 10 mar. 2024.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **“O que está no mundo não está nos autos”:** a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Tese de Doutorado. São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-03112016-162557/pt-br.php> Acesso em: 23 maio 2024.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KHALED JUNIOR, Salah H. **Garantismo à la carte: integral, desnatao ou semi-desnatao?** Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública, 2017. Disponível em: <https://cecgp.com.br/postagem-1701/> Acesso em: 02 jun. 2024.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEÃO, Bernardo S. C; PRADO, Alessandra R. M. **A periculosidade na decretação de prisão preventiva por furto em Salvador: controle racial e de classe.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 7, n. 3, p. 1713-1749, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.627>

LOÏC, Wacquant. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

LOMBROSO, César. **O homem delinquente.** Tradução: Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **Crise de identidade da “ordem pública” como fundamento da prisão preventiva.** *Conjur.* 6 fev. 2015. Disponível

em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva/> Acesso em: 27 mar. 2024.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
MACIEL FILHO, Euro Bento. **O Habeas Corpus no alvo da “jurisprudência defensiva”**. Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-11/euro-filho-habeas-corpus-alvo-jurisprudencia-defensiva/> Acesso em: 30 jun. 2024.

MINAYO, Maria Cecilia de Souza. **Amostragem e saturação em pesquisa qualitativa: consensos e controvérsias**. São Paulo: Revista Pesquisa Qualitativa, 2017, v. 5, n. 7, p. 01-12. Disponível em: <https://editora.sepq.org.br/rpq/article/view/82/59%20> Acesso em: 10 mar. 2024.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para entender o garantismo penal de Ferrajoli**. Empório do Direito, 2015. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli> Acesso em: 27 maio 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2018.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; FEFERBAUM, Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. **Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la?** In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUN, Marina (Orgs.). Metodologia da pesquisa em Direito – técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraivajur, 2019, capítulo 6, p. 99-128.

PARISE, Bruno Girade; BARBOSA, Guilherme Diniz. **O “garantismo integral” como elemento da manutenção de um processo penal autoritário e sua incompatibilidade com as lições de Luigi Ferrajoli**. São Paulo: Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2022, v. 4, p. 9-24, ISSN 2674-9122. Disponível em: <https://ojs.defensoria.sp.def.br/index.php/RDPSP/article/view/133> Acesso em: 02 jun. 2024.

PÉREZ, Luis Carlos. **Teoría del estado peligroso**. Colombia: Revista da Universidade Nacional (1944 - 1992); número. 7 (1946): Revista Trimestral de Cultura Moderna (julho-agosto-setembro), p. 233-257.

PIRES, Álvaro. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos**. In: Novos Estudos. São Paulo, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; PIMENTEL, Fabiano; OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes (org.). **Sistema penal e criminalização: periculosidade e construção probatória no discurso jurídico**. Salvador: EDUNEB, 2023.

QUERIOZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. **O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. Brasília: Regista de Direito da Universidade de Brasília, janeiro-abril de 2020, v. 04, n. 01, ISSN 2357-8009. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/30097> Acesso em: 02 jun. 2024.

REGINATO, Andréa Depieri de A. **Uma introdução à pesquisa documental**. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 189-224. Disponível em: <https://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2019/04/MACHADO-Mai%CC%81ra-org.-Pesquisar-empiricamente-o-direito.pdf> Acesso em: 10 mar. 2024.

RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1894.

SANTANA, Selma Pereira de. **Garantismo penal à brasileira**. Revista do Ministério Público Militar, v. 40, n. 23, p. 9–38, 2023. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/rmpm/article/view/297> Acesso em: 28 maio 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SOLER, Sebastián. **Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso**. Buenos Aires, AR: Valerio Abeledo, 1929.

TORNAGHI, Hélio. **Manual de processo penal (prisão e liberdade)**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VAUGHN, Gustavo Fávero. **A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual**. São Paulo: Revista de Processo, v. 41, n. 254, p. 339-373, abr. 2016.

VIANA, Luiz Werneck; DE CARVALHO, Maria Alice Rezende; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos. A magistratura que queremos**. Rio de Janeiro: AMB, 2018. Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2018-Quem-somos-a-Magistratura-que-queremos.pdf> Acesso em: 17 maio 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 3. ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ANEXOS

ANEXO A – Plano de Ensino USP

ANEXO B – Plano de Ensino UFRGS

ANEXO C – Plano de Ensino UNB

ANEXO D – Plano de Ensino UFPE

ANEXO E – Plano de Ensino UFPA

ANEXO F – Plano de Ensino UFBA

ANEXO A – Plano de Ensino USP

11/05/2024, 17:07

uspdigital.usp.br/jupiterweb/obterDisciplina?sgldis=DPC0320&codcur=2014&codhab=104&print=true

Informações da Disciplina



Júpiter - Sistema de Gestão Acadêmica da Pró-Reitoria de Graduação

Faculdade de Direito

Direito Processual

Disciplina: DPC0320 - Direito Processual Penal I Criminal Procedure I

Créditos Aula: 4
Créditos Trabalho: 0
Carga Horária Total: 60 h
Tipo: Semestral
Ativação: 01/01/2018 **Desativação:**

Objetivos

O ensino de Direito Processual Civil e Penal visa: 01. Instruir o aluno no sentido de torná-lo capaz de lidar com a doutrina, com a legislação, com a jurisprudência, segundo os preceitos teóricos;02. Treinar o aluno, habilitando-o a colocar em prática os conhecimentos e a técnica adquiridos, tornando-o capaz de servir ao ordenamento jurídico-processual, na defesa da ordem e da paz social;03. Habilitar o aluno para as profissões que requisitam o diploma de bacharel, tais como: a Magistratura, o Ministério Público, a Advocacia, etc.;04. Colocar o aluno em contato com a realidade forense e atividades afins através de estágios, visitas a estabelecimentos policiais e penais, realização de júris simulados, pesquisa de doutrina e jurisprudência; outras pesquisas.

Docente(s) Responsável(eis)

1027332 - Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

Programa Resumido

1. inquérito policial e outras formas de investigação.
 - 1.1. Espécies de investigação;
 - 1.2. Características da investigação
 - 1.3. Início, desenvolvimento e fim da investigação
2. ação penal
 - 2.1. condições da ação penal,
 - 2.2. condições de procedibilidade e pressupostos processuais,
 - 2.3. espécies de ação penal (ação penal de iniciativa pública, ação penal de iniciativa pública condicionada, ação penal de iniciativa privada).
3. ação civil ex delicto
 - 3.1. relacionamento entre jurisdição civil e jurisdição penal
 - 3.2. efeitos civis da condenação penal
 - 3.3. efeitos civis da absolvição penal
4. prisão cautelar e medidas cautelares alternativas
 - 4.1. Teoria geral da tutela cautelar
 - 4.2. Prisão em flagrante delito
 - 4.3. Prisão Preventiva
 - 4.4. Prisão temporária
 - 4.5. Medidas cautelares alternativas à prisão
5. Competência
 - 5.1. Conceito, classificação e critérios determinadores.
 - 5.2. Competência absoluta e relativa.
 - 5.3. Modificação de competência. Conflito de competência.
6. Teoria geral da prova
 - 6.1. Prova e verdade
 - 6.2. Classificações
 - 6.3. Objeto da prova
 - 6.4. Provas ilícitas e provas ilegítimas
 - 6.5. Ônus da prova
7. Procedimentos comuns
 - 7.1. Processo e procedimentos,
 - 7.2. Espécies: comum e especial
 - 7.3. Procedimento comum ordinário

11/05/2024, 17:07

uspdigital.usp.br/jupiterweb/obterDisciplina?sgldis=DPC0320&codcur=2014&codhab=104&print=true

- 7.4. Procedimento comum sumário
- 7.5. Procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.099/95)

Programa

1. inquérito policial e outras formas de investigação.
 - 1.1. Espécies de investigação;
 - 1.2. Características da investigação
 - 1.3. Início, desenvolvimento e fim da investigação
2. ação penal
 - 2.1. condições da ação penal,
 - 2.2. condições de procedibilidade e pressupostos processuais,
 - 2.3. espécies de ação penal (ação penal de iniciativa pública, ação penal de iniciativa pública condicionada, ação penal de iniciativa privada).
3. ação civil ex delicto
 - 3.1. relacionamento entre jurisdição civil e jurisdição penal
 - 3.2. efeitos civis da condenação penal
 - 3.3. efeitos civis da absolvição penal
4. prisão cautelar e medidas cautelares alternativas
 - 4.1. Teoria geral da tutela cautelar
 - 4.2. Prisão em flagrante delito
 - 4.3. Prisão Preventiva
 - 4.4. Prisão temporária
 - 4.5. Medidas cautelares alternativas à prisão
5. Competência
 - 5.1. Conceito, classificação e critérios determinadores.
 - 5.2. Competência absoluta e relativa.
 - 5.3. Modificação de competência. Conflito de competência.
6. Teoria geral da prova
 - 6.1. Prova e verdade
 - 6.2. Classificações
 - 6.3. Objeto da prova
 - 6.4. Provas ilícitas e provas ilegítimas
 - 6.5. Ônus da prova
7. Procedimentos comuns
 - 7.1. Processo e procedimentos,
 - 7.2. Espécies: comum e especial
 - 7.3. Procedimento comum ordinário
 - 7.4. Procedimento comum sumário
 - 7.5. Procedimento sumaríssimo (Lei nº 9.099/95)

Avaliação

Método

Aulas teóricas e práticas, além de seminários.

Critério

A avaliação do rendimento escolar do aluno será feita em cada disciplina em função de seu aproveitamento verificado em provas e trabalhos.

Norma de Recuperação

para alunos que obtiveram média final compreendida entre 3,0 e 4,9 e frequência mínima de 70% será exigida uma prova escrita cuja média para aprovação deverá ser igual ou superior a 5,0

Bibliografia

- ALVARENGA, Aristides Junqueira. A competência criminal da Justiça Federal de primeira instância. São Paulo: Saraiva, 1978.
- ASSIS, Araken. Eficácia Civil da Sentença Penal. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas - Interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: RT, 1999.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 5 ed São Paulo: RT, 2017.
- _____; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. "Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro" (em co-autoria com Antonio Magalhães Gomes Filho. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 65, p. 175-208, mar./abr. 2007.
- _____. "A Prisão preventiva e o princípio da proporcionalidade". in: LIMA, Marcellus Polastri e RIBEIRO, Bruno de Moraes (Orgs.) Estudos Criminais em Homenagem a Weber Martins Batista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. "Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada e declarações escritas de quem poderia ser testemunha", In Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide Moraes (Coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005, p. 351-362.
- _____. As novas medidas cautelares alternativas à prisão e o alegado poder geral de cautela no processo penal: impossibilidade de decretação de medidas atípicas; impossibilidade de decretação de medidas atípicas. Revista do Advogado, nº 113, set. 2011, p. 71-82
- _____. Juiz Natural no Processo Penal. São Paulo: RT, 2014.
- _____. Ônus da prova no processo penal. São Paulo, 2003.
- _____. Rejeição da denúncia ou queixa e absolvição sumária na reforma do Código de Processo Penal: atuação integrada de tais mecanismos na dinâmica procedimental. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, RT, n. 76, jan./fev. 2009.

11/05/2024, 17:07

uspdigital.usp.br/jupiterweb/obterDisciplina?sgldis=DPC0320&codcur=2014&codhab=104&print=true

- ____. Prisão em flagrante delito e liberdade provisória no Código de Processo Penal: origens, mudanças e futuros de complicado relacionamento, In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). Setenta Anos do Código de Processo Penal Brasileiro: Balanços e Perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 171-198.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Sentença Penal como Título Executório Civil, Revista de Direito Penal, v. 4, 1971.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimidade para agir. Indeferimento de petição inicial. In Temas de Direito Processual - primeira série. 2 ed.: São Paulo: Saraiva, 1980.
- BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo Penal Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- BATISTA, Weber Martins. Liberdade provisória. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BECHARA, Fabio Ramazzini. Prisão cautelar. São Paulo: Malheiros, 2005
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual. São Paulo: Malheiros, 2006. ____.
- Pressupostos processuais e condições da ação, in Justitia n. 156, out./dez., 1991.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Juizados Especiais Criminais Federais. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRANCO, Tales Castelo. Da prisão em flagrante. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- COSTA, Paula Bajer F. M da. Ação penal condenatória. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. Revista de Direito Administrativo Aplicado. n. 2, Curitiba, 1994
- DELMANTO JUNIOR, Roberto. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DEMO, Roberto Luiz Luchi. Competência penal originária: uma perspectiva jurisprudencial crítica. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. 3 ed São Paulo: RT, 2017.
- DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, v. 2.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, v. II.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. "Extinção do processo e mérito da ação", in Revista de Processo, n. 58, p. 7-32, abr./jun. 1990.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Absolvição criminal por negativa de existência ou de autoria do fato: limites de sua influência sobre o juízo civil, Ajuris, Porto Alegre, n. 55, 1992.
- FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Investigação criminal e ação penal. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FERNANDES, Og. (Coord.) Medidas cautelares no processo penal. Prisões e suas alternativas. São Paulo: RT, 2011.
- FREITAS, Jayme Walmer. Prisão temporária. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GIACOMOLLI, Nereu José. A fase Preliminar do processo penal: crise, misérias e novas metodologias investigatórias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- ____. Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- GOMES, Luiz Flávio; CERVINE, Raul. Interceptações telefônicas. - Lei n. 9.296, de 24.07.96. São Paulo: RT, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Coord.), Prisão e Medidas Cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, 2 ed. São Paulo: RT, 2011.
- GRECO FILHO, Vicente. Interceptações Telefônicas. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ____. Manual de processo penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. As nulidades no processo penal. 11. ed. São Paulo: RT, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Interceptações telefônicas e gravações clandestinas no processo penal", In: Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- ____. "Investigações pelo Ministério Público". Boletim do IBCCrim, São Paulo, n. 145, dez. 2004.
- ____. "Limites constitucionais à prisão temporária": in O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
- ____. "O conteúdo da garantia do contraditório", In: Novas tendências do direito processual, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- ____. As condições da ação penal. São Paulo: José Bushatsky, 1977 ____.
- ____. As condições da ação penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 69, out./dez. 2007.
- ____. Eficácia e Autoridade da Sentença Penal. São Paulo: RT, 1978.
- ____. O processo em sua unidade II - Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 3-40.
- GUIMARÃES, Luiz Machado. Carência da Ação. In: ____.
- Estudos de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.
- JARDIM, Afrânio Silva. Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- ____. "O Ministério Público e o Controle da Atividade Policial". In: ____.
- Direito Processual Penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002
- KARAN, Maria Lucia. Competência no processo penal. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.
- KNIJNJK, Danilo. A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário, Rio de Janeiro: Forense2007
- LEAL, Câmara. Dos Efeitos do Julgamento Criminal. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1930.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. "L'azione nella teoria del processo civile", in Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti, Padova: Cedam 1950, v. II.
- ____. "L'azione nella teoria del processo civile", Problemi del processo civile. Napoli: Morano, 1962.
- ____. "O despacho saneador e o julgamento do mérito", Estudos de sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- ____. A Eficácia da Sentença Penal no Processo Civil. Eficácia e Autoridade da Sentença. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- ____. Manual de Direito Processual Civil. 2 ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 1.
- LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. ____.
- Da Prisão e da Liberdade Provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) Na Reforma de 2011 do Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Competência Criminal. Salvador: JusPodivm, 2009.
- ____. Nova Prisão Cautelar. Doutrina, Jurisprudência e Prática. Niteroi: Impetus, 2011.
- LOPES Jr. Aury. Direito Processual Penal. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ____. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACEDO, Alexander dos Santos. A eficácia preclusiva panprocessual dos efeitos civis da sentença penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989.

11/05/2024, 17:07

uspdigital.usp.br/jupiterweb/obterDisciplina?sglDis=DPC0320&codcur=2014&codhab=104&print=true

- MACHADO, André Augusto Mendes. *Investigação Criminal Defensiva*. São Paulo: RT, 2010.
- MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1996. _____. "Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)", In Flávio Luiz Varshell e Maurício Zanoide Moraes (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 308-309
- _____. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MARQUES, José Frederico. *Da competência em matéria penal*. São Paulo: Saraiva, 1953.
- _____. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. 4 v.
- _____. *Juiz natural*, In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, n. 46, p. 445 e segs.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais*, Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.
- _____. *Prisão Preventiva na Lei 12403/2011*. Salvador: Juspodivum, 2016.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*
Análise de sua Estrutura Normativa para a Elaboração Legislativa e para a Decisão Judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. *Justa causa na ação penal*. São Paulo: RT, 2001.
- NICOLITTI, André. *Novo Processo Penal Cautelar. A prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- OLIVEIRA, Gisele Souza de. *Audiência de Custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência penal: doutrina e jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.
- PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito Policial, Novas Tendências*. Belém-Pará: Edições Cejup, 1987.
- RAMOS, João Gualberto Garcez. *A tutela de urgência no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- ROMEIRO, Jorge Alberto. *Elementos de Processo Penal e de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 179 a 186.
- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004.
- SANGUINÉ, Odone. "Clamor público como fundamento da prisão preventiva", In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. São Paulo: Método, 2001.
- _____. *Prisão Cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- _____. "Prisão provisória e princípios constitucionais", In *Fascículos de ciências penais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992, v. 5, n. 2.
- SCARANCA FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.
- _____. "Prisão temporária e fermo: estudo comparativo". In: *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, 5(2): 85, jul./set. 1992.
- _____. *O Papel da Vítima no Processo Criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002
- SIDNEI, Benetti, "Prisão Provisória: direito alemão e brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 669, 1991.
- SILVEIRA, Marco Afonso Nunes da. *A tipicidade e o Juízo de Admissibilidade da Acusação*
- SOUZA, José Barcelos. *A Defesa na Polícia e em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.
- _____. *A Relação Processual Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 4.
- TUCCI, Rogério Lauria. *O Ministério Público na investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.

[Clique para consultar os requisitos para DPC0320](#)

[Clique para consultar o oferecimento para DPC0320](#)

ANEXO B – Plano de Ensino UFRGS



PLANO DE ENSINO

Data de Emissão: 06/03/2024

Faculdade de Direito Departamento de Ciências Penais			
Dados de identificação			
Período Letivo: 2024/1			
Professor Responsável: PABLO RODRIGO ALFLEN DA SILVA			
Disciplina: DIREITO PROCESSUAL PENAL I - A			
Sigla: DIR01003 Créditos: 4			
Carga Horária			
CH Teórica: 60h CH Prática: 0h Total: 60h			
CH Coletiva: 60h CH Autônoma: 0h CH Individual: 0h			
Carga Horária de prática Extensionista (CHE) 0h			
Súmula			
Teoria do processo penal. Princípios constitucionais do processo penal. Inquérito policial. Ação penal. Condições da ação penal. Pressupostos processuais. Atos e prazos processuais. Nulidades processuais. Jurisdição. Competência. Prova.			
Currículos			
	Currículos	Etapa Aconselhada	Natureza
	CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - DIURNO	7	Obrigatória
	CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - DIURNO - (260.00)	7	Obrigatória
	CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - NOTURNO	7	Obrigatória
	CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - NOTURNO - (158.00)	7	Obrigatória
Objetivos			
A disciplina de Direito Processual Penal I tem por objetivo analisar o sistema processual penal brasileiro sob o prisma dogmático e à luz do paradigma constitucional. Nesse ínterim, analisar-se-á a teoria do processo penal, abordando aspectos como os princípios constitucionais do processo penal, a vigência, eficácia e interpretação da lei processual penal, ação penal, actio civil ex delicto, jurisdição e competência, prisões cautelares. Com esses elementos, pretende-se fornecer ao aluno o instrumental necessário à aplicação do conteúdo programático da disciplina e discutir, de forma crítica e prática, os seus principais instrumentos.			
Conteúdo Programático			
Semana:	1 a 2		
Título:	I - APORTES PRELIMINARES		
Conteúdo:	Breve análise histórica do processo penal e dos principais momentos metodológicos do seu desenvolvimento. Direito Processual penal, processos e procedimentos penais (abordagem conceitual). Teorias acerca da natureza jurídica do processo penal.		
Semana:	3		
Título:	II - MODELOS E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS		
Conteúdo:	Análise dos modelos e sistemas processuais penais: acusatório e inquisitivo, adversarial e inquisitorial.		
Semana:	4		
Título:	III - PRINCÍPIOS E REGRAS ORIENTADORAS DO PROCESSO PENAL		
Conteúdo:	Normatividade constitucional do processo penal, os princípios e regras do sistema processual penal, seu conteúdo dogmático e sua aplicação prática.		
Semana:	5		
Título:	IV - EFICÁCIA DA LEI PROCESSUAL PENAL E SUA INTERPRETAÇÃO		
Conteúdo:	A eficácia da lei processual penal no tempo (Direito processual intertemporal). A eficácia da lei processual penal no espaço. Interpretação da lei processual penal.		
Semana:	6 a 8		
Título:	V - PERSECUÇÃO PENAL E INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR		
Conteúdo:	A "persecutio criminis". Sistemas de investigação preliminar. Do inquérito.		
Semana:	9 a 10		



PLANO DE ENSINO

Data de Emissão: 06/03/2024

<p>Título: VI - AÇÃO PENAL</p> <p>Conteúdo: Teoria geral, natureza jurídica e fundamento constitucional da ação penal, modalidades, a peça acusatória (denúncia e queixa), pressupostos processuais e condições da ação.</p>
<p>Semana: 11</p> <p>Título: VII - AÇÃO CIVIL EX DELICTO</p> <p>Conteúdo: Distinção entre ação civil e ação penal, sistemas quanto ao juízo para tramitação da ação civil, sentença penal condenatória e sentença absolutória, execução e liquidação da sentença condenatória.</p>
<p>Semana: 12 a 14</p> <p>Título: VIII - JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA</p> <p>Conteúdo: Da jurisdição: conceito e princípios. Da competência: características, elementos, competência em razão da pessoa e em razão da matéria, causas modificadoras da competência.</p>
<p>Semana: 15</p> <p>Título: IX - QUESTÕES PREJUDICIAIS E EXCEÇÕES</p> <p>Conteúdo: Prejudicialidade no processo penal; modalidades; regime jurídico. Exceções. Incompatibilidades e impedimentos. Medidas assecuratórias, incidentes de restituição e outros embargos. Incidentes.</p>
<p>Semana: 16 a 18</p> <p>Título: X - PRISÕES CAUTELARES, CAUTELARES ALTERNATIVAS À PRISÃO, MEDIDAS LIBERATÓRIAS</p> <p>Conteúdo: Prisões cautelares: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão temporária. Cautelares alternativas à prisão. Audiência de Custódia.</p>
<p>Semana: 19</p> <p>Título: XI - RECUPERAÇÃO</p> <p>Conteúdo: Semana destinada à realização de prova de recuperação de grau (conforme Res. 11/13).</p>
<p>Metodologia</p> <p>A disciplina compreenderá aulas expositivas e, eventualmente, trabalhos baseados na resolução de casos. Será privilegiado o estudo e a discussão de casos, bem como, sempre que possível, o exame dos temas dogmáticos à luz da jurisprudência pátria. Está igualmente prevista a atuação, nas atividades desta disciplina, de alunos de Pós-Graduação Stricto Sensu, na forma da Resolução nº 02/2009 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão, CEPE.</p> <p>* Nos termos da Resolução 10/2006 do CEPE, 20% da carga horária total dessa disciplina será ministrado à distância, por meio da Plataforma institucional Moodle/MConf.</p>
<p>Experiências de Aprendizagem</p> <p>Está prevista a leitura e elaboração de relatório/trabalho de pelo menos uma obra de natureza monográfica, recomendada e indicada pelo professor, a respeito de tema específico atinente à disciplina, a qual poderá ser computada na avaliação da disciplina, a critério do professor ministrante.</p> <p>Está prevista a participação em conferências e/ou palestras promovidas pelo Núcleo de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Contemporâneos - NEDPP, coordenado pelo Professor Responsável e vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito.</p> <p>Está prevista a atuação de discentes do Curso de Mestrado e/ou Doutorado, orientandos do Professor Responsável, nas atividades desta disciplina, na forma de Estágio-Docente, conforme a Resolução nº 02/2009 do CEPE, cuja atuação está aprovada pelo Departamento de Ciências Penais e ocorrerá sob a supervisão do professor responsável pela disciplina.</p>
<p>Critérios de avaliação</p> <p>Serão realizadas duas avaliações semestrais individuais ou em grupo, conforme for acordado com a respectiva turma. Os critérios de avaliação serão os da Resolução CEPE n.º 11/2013, a qual estabelece os conceitos A, B e C, como de aprovação, e os conceitos D e FF, como de reprovação. Os conceitos serão atribuídos em conformidade com os seguintes correlatos numéricos:</p> <p>A = 9,0 a 10,0 B = 8,0 a 8,9 C = 7,0 a 7,9 D = 0 a 6,9 FF = Falta de frequência em mais de 25% por cento da carga horária total da disciplina.</p>



PLANO DE ENSINO

Data de Emissão: 06/03/2024

A nota mínima para aprovação é 7,0.

As presenças e faltas poderão ser acompanhadas pelo sistema da sala de aula virtual.

O resultado das avaliações será divulgado em até três semanas de sua realização, sendo assegurado ao discente vista dos documentos referentes à sua avaliação.

Atividades de Recuperação Previstas

Será assegurada a realização de avaliação visando à recuperação de nota para os discentes que não puderem realizar uma das avaliações previstas ou não alcançar conceito de aprovação. A recuperação abrangerá a totalidade dos conteúdos estudados ao longo do semestre.

Bibliografia

Básica Essencial

Sem bibliografias acrescentadas.

Básica

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. ISBN 9786559919055.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. ISBN 9786559914555.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2022. ISBN 9788544235614.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2022. ISBN 9786553621640.

Complementar

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. O Processo Acusatório e a Vedação Probatória. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. ISBN 9788573485882.

ARMENTA DEU, Teresa. Sistemas procesales penales. Madrid: Marcial Pons, 2012. ISBN 9788497689137.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Correlação entre Acusação e Sentença. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. ISBN 9788553212637.

BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. ISBN 8520322867.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. São Paulo: Edicamp, 2002.

CRUZ, Rogério Schiatti. Prisão Cautelar. Salvador: Juspodivm, 2022. ISBN 9788544236826.

GIMENO SENDRA, Vicente. Manual de Derecho Procesal Penal. Madrid: Colex, 2010. ISBN 9788483422755.

GOLDSCHMIDT, James. Teoría General del Proceso. Buenos Aires: Editorial Labor S. A., 1936.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. ISBN 8520321089.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. Brasília: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, n. 18, 2005.

JARDIM, Afranio Silva. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. ISBN 8530914619.

JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do Processo na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. ISBN 9788520371268.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Competência penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. ISBN 9788520329948.

SCHMIDT, Eberhard. Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. Manual de Processo Penal Constitucional - Pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008. ISBN 9788530927547.

SUANNES, Aduino. Os fundamentos éticos do devido processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. ISBN 8520325769.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. ISBN 9788520340622.

TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Outras Referências

Título	Texto
Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal	Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - http://seer.ufrgs.br/redppc

Observações

Pré-requisito da disciplina: Direito Processual Civil III - A (DIR2004).

ANEXO C – Plano de Ensino UNB

06/03/2024, 19:08

Sistema Integrado de Gestão de Atividades Acadêmicas

	UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO DE ATIVIDADES ACADÊMICAS	
EMITIDO EM 06/03/2024 19:07		

Componente Curricular: FDD0049 - DIREITO PROCESSUAL PENAL 1

Carga Horária: 60 horas

Unidade Responsável: FACULDADE DE DIREITO

Tipo do Componente: DISCIPLINA

Ementa: OBJETIVA A DISCIPLINA DAR CONHECIMENTO AOS ALUNOS DA ESTRUTURA E DINAMICIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, COM O DETALHAMENTO DE SEUS CONCEITOS FUNDAMENTAIS, CAPACITANDO-OS PARA A COMPREENSÃO DA PROBLEMATICA TEORICA-DOCTRINARIA QUE ENVOLVE O ESTUDO DA MATERIA, BEM COMO SEUS REFLEXOS DE ORDEM PRATICA, NOTADAMENTE SEU ASPECTO INSTRUMENTAL. CUMULANDO A CONCEPÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL COMO SISTEMA- A LHESS ORDENAR O PENSAMENTO - COM A REFLEXÃO CRITICA DA REALIDADE PRETENDENDO ESTIMULAR OS ALUNOS PARA A ESPECULAÇÃO CIENTIFICA E DESENVOLVER-LHESS O ANIMO CRIATIVO, ASSIM REJUVENESCENDO A CULTURA E HABILITANDO-OS PARA O DESEMPENHO ADEQUADO DE SUAS FUNÇÕES PROFISSIONAIS.

Modalidade: Presencial

Dados do Programa

Ano-Período: 1999.1

Objetivos:

Autor : TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Obra : Processo Penal Local : Editor: Saraiva Edicao: 4 volume Ano : Autor : MARQUES, Jose Frederico Obra : Curso de Processo Penal Local : Editor: Forense Edicao: 2 volume Ano : Autor : MAGALHOES DE NORANHA, Edgar Obra : Curso de Direito Processual Penal Local : Editor: Saraiva Ano : Autor : TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Obra : Pratica do Processo Penal Local : Editor: Jolovi Edicao: 14 volume Ano : Autor : TORNAGHI, Helio Bastos Obra : Instituicoes do Processo Penal Local : Editor: Saraiva Edicao: 2 volume Ano :

Conteúdo:

1.0 - O fenomeno da persecucao criminal. 2.0 - Principios constitucionais que regem o Direito Processual Penal. 3.0 - Sistemas processual Penal e formas correlatas. 4.0 - Organizacao judiciaria e das Unidades Federativas. 5.0 - Jurisdicao, foro e juizo. 6.0 - Concretizacao da funcao de julgar. 7.0 - Critérios fundamentais de fixacao da competencia penal. 8.0 - Competencia territorial. 9.0 - Competencia material. 10.0- Competencia por prerrogativa de funcao. 11.0- Competencia funcional. 12.0- Causas de modificacoes da competencia. 13.0- Unidade de processo e de julgamento. 14.0- Conexao. 15.0- Continencia. 16.0- Prevencao. 17.0- Conflitos de Jurisdicao e de Competencia. 18.0- Desaforamento. 19.0- Execucao LATO SENSU 20.0- Execucao substantivas e adjetivas. 21.0- Execucao da verdade. 22.0- A Instituicao do Ministerio Publico. 23.0- O acusado e a vitima. 24.0- O querelante e o querelado. 25.0- O representante e o representado. 26.0- O assistente do Ministerio Publico. 27.0- O Ministerio da Justica e a requisicao. 28.0- Litisconsorcio e intervencao de terceiros no Processo Penal. 29.0- Litisconsorcio passivo necessario e originario. 30.0- Litisconsorcio ativo originario e incidental. 31.0- Acao e demanda penais. Conceito. 32.0- Classificacao quanto a natureza juridica da jurisdicao invocada. 33.0- Classificacao quanto a titularidade. 34.0- O inquerito policial e as demais modalidades de invest.pre-proc. 35.0- Funcao da policia civil repressiva. 36.0- O fenomeno da MUTATIO LIBELLI. 37.0- A demanda penal e suas formas denuncia, queixa e peticao inicial. 38.0- Atos de coarcao processual penal de carater pessoal e real. 39.0- Atos de mitigacao da coarcao processual penal de carater pessoal 40.0- Sistema de producao dos meios de prova 41.0- Meios probatorios em especie.

SIGAA | Secretaria de Tecnologia da Informação - STI - (61) 3107-0102 | Copyright © 2006-2024 - UFRN - app34_Prod.sigaa28

ANEXO D – Plano de Ensino UFPE



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO PRÓ-REITORIA PARA ASSUNTOS ACADÊMICOS DIRETORIA DE DESENVOLVIMENTO DO ENSINO

PROGRAMA DE COMPONENTE CURRICULAR

TIPO DE COMPONENTE (Marque um X na opção)

<input checked="" type="checkbox"/> Disciplina	<input type="checkbox"/> Prática de Ensino
<input type="checkbox"/> Atividade complementar	<input type="checkbox"/> Módulo
<input type="checkbox"/> Monografia	<input type="checkbox"/> Trabalho de Graduação

STATUS DO COMPONENTE (Marque um X na opção)

OBRIGATÓRIO
 ELETIVO
 OPTATIVO

DADOS DO COMPONENTE

Código	Nome	Carga Horária Semanal		Nº. de Créditos	C. H. Global	Período
		Teórica	Prática			
PG 528	Direito Processual Penal II	4	0	04	60	7º

Pré-requisitos	Direito Processual Penal 1 PG 527	Co-Requisitos		Requisitos C.H.	
----------------	--------------------------------------	---------------	--	-----------------	--

EMENTA

Medidas cautelares sobre pessoas e sobre bens. Prisões processuais provisórias, Liberdade provisória com e sem fiança, Habeas corpus e mandado de segurança. Procedimentos, Ordinário, sumário. Júri. Procedimento Sumaríssimo. Juizados Especiais Criminais. Nulidade e Recursos. Revisão "pro sociate".

OBJETIVO (S) DO COMPONENTE

Fornecer elementos conceituais sob a ótica de uma agenda crítica para incentivar a reflexão do aluno sobre a realidade brasileira assim como para detectar os pontos de estrangulamento entre o legal e o real. Domínio das estruturas processuais para atuação profissional como ator jurídico, sob diversas clivagens.

METODOLOGIA

Exposição teórica, Leitura. Pesquisa bibliográfica, Debates, Apresentação de trabalhos.

AValiação

Prova escrita
Trabalho coadjuvante de autoria incontestada
Prova oral com participação obrigatória de outro membro do corpo discente.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

1. Medidas Cautelares; Fundamentos, espécies;
 - 1.1 Prisões penais e prisões civis. Prisões disciplinares;
 - 1.2. O princípio da presunção de inocência e a prisão processual penal.
 - 1.3. Conceito e espécies de prisão provisórias. Prisões preventivas: prisão temporária, em flagrante. Prisão especial.
2. Liberdade provisória
 - 2.1. Conceito, Espécies. Competência. Recursos;
 - 2.2. Fiança;
 - 2.3. Do relaxamento da prisão
 - 2.4. Hábeas corpus;
3. Medidas ascuratórias: seqüestro, arresto, hipoteca.
 - 3.1. Incidente de insanidade mental; Incidente de falsidade;
 - 3.2. Restituição de bens;
 - 3.3. Restauração de autos;
4. Processo e procedimentos;
 - 4.1. Conceito, caracteres, pressupostos processuais;
 - 4.2. Procedimento comum do juízo singular;
 - 4.3. Procedimento do júri; Princípios. Desaforamento.
5. Juizados Especiais Criminais;
 - 5.1 Princípios, posição da vítima;
 - 5.2. Fase conciliatória, Conciliador, Ministério Público;
 - 5.3. Composição civil; Transação; Suspensão condicional do processo;
6. Da decisão judicial
 - 6.1. Classificação dos atos jurisdicionais. Conceito de sentença. Função e requisitos. Elementos. *Mutatio libelli e emendatio libelli*.
 - 6.2. Publicação da sentença. Intimação. Sentença condenatória e sentença absolutória; Efeitos.
 - 6.3. Reparação do dano civil;
7. Nulidades;
 - 7.1. Conceito e princípios. Atos nulos e anuláveis. Das nulidades em espécie. Momento para arguição.
 - 7.2. Efeitos, nulidade sanáveis e nulidades insanáveis;
8. Recursos
 - 8.1. Conceito; Fundamentos; Pressupostos; Legitimação recursal; Juízo de admissibilidade; Classificação;
 - 8.2. Do recurso em sentido estrito; Enumeração; Efeitos; Prazos; Razões; Legitimação;
 - 8.3. Da apelação: hipóteses legais, efeitos, legitimação, razões.
 - 8.4. Carta testemunhável: efeitos, características.
 - 8.5. Embargos infringentes e de nulidade: caracteres; Legitimação, prazo e efeitos;
 - 8.6. Recursos Constitucionais: ordinário, especial e extraordinário. Aplicabilidade; Pressupostos, Legitimação; Efeitos.
9. Ações mandamentais;
 - 9.1. Do hábeas corpus;
 - 9.2. Do mandado de segurança: aplicabilidade ao processo penal, legitimação e efeitos;
10. Da revisão Criminal;

BIBLIOGRAFIA BÁSICA

Curso de Processo Penal, Tourinho Filho, Fernando da Costa;
Greco Filho, Vicente, Manual de processo penal;
Mougenot, Edilson, Curso de Processo Penal;
Carvalho, Djalma Eutímio de, Curso de Processo Penal, Forense: Rio de Janeiro;
Tomaghi, Hélio, Curso de Processo Penal;
Pacelli de Oliveira, Eugenio, Curso de Processo Penal;
Nucci, Guilherme de Souza, Manual de Processo e Execução Penal;
Acosta, Walter P. Acosta, O Processo Penal;

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

--

DEPARTAMENTO A QUE PERTENCE O COMPONENTE

1 Departamento de Direito Geral e Processual – CCJ-FDR
--

HOMOLOGADO PELO COLEGIADO DE CURSO

--

ASSINATURA DO CHEFE DO DEPARTAMENTO_____
ASSINATURA DO COORDENADOR DO CURSO OU ÁREA

ANEXO E – Plano de Ensino UFPA



76

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

DISCIPLINA: DIREITO PROCESSUAL PENAL II

CÓDIGO: CJ 04065

CARGA HORÁRIA: 68h

EMENTA:

Prova. Pressupostos e Nulidades Processuais. Procedimento Penal. Processos em Espécie. Sentença. Recursos. Prisão e Liberdade. Habeas Corpus. Permiti ao aluno compreender temas processuais, de modo a saber aplicá-los em casos concretos, bem como instigar o espírito crítico por meio de juízos de valor.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

UNIDADE I: Citações e intimações; definição de citação, espécies e requisitos (pessoal, por edital e com hora certa); citação do réu preso; citação do militar; citação do funcionário público; suspensão condicional do processo e da prescrição; a excepcionalidade da produção das provas consideradas urgentes.

UNIDADE II: Teoria Geral das Nulidades: conceito e natureza jurídica da nulidade no processo penal; nulidade absoluta e nulidade relativa; princípios processuais da nulidade (prejuízo, causalidade, interesse e convalidação); sistemas de nulidades (certeza legal e instrumentalidade das formas); a nulidade dos atos decisórios e o princípio do juiz natural; efeito devolutivo dos recursos e proibição da *reformatio in pejus* de ofício.

UNIDADE III: Procedimentos no processo penal: processo e procedimento; classificação dos procedimentos; fases procedimentais: postulatória, instrutória e decisória; procedimento comum: ordinário, sumário e sumaríssimo; procedimentos especiais no Código de Processo Penal (Tribunal do Júri, crimes contra a honra e praticados por funcionários públicos); procedimento na Lei de Drogas.

UNIDADE IV: Procedimento no Juizado Especial Criminal: critérios orientadores e finalidades do JECRIM; competência (infração penal de menor potencial ofensivo); termo circunstanciado de ocorrência e audiência preliminar (composição civil e transação penal); hipóteses de modificação de competência; rito sumaríssimo; recursos.

UNIDADE V: Atos judiciais no processo penal: classificação: despachos, decisões interlocutórias, decisões com força de definitivas, sentença; requisitos da sentença; princípio da correlação entre acusação e sentença; *mutatio* e *emendatio libelli*; coisa julgada no processo penal.

UNIDADE VI: Teoria geral dos recursos; recursos em espécie; apelação; recurso em sentido estrito; embargos; revisão; recursos extraordinária e especial; carta testemunhável; habeas corpus.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

77

BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. *Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação – habeas corpus, revisão criminal e mandado de segurança contra ato jurisdicional penal, reclamação aos tribunais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANEXO F – Plano de Ensino UFBA



Faculdade de Direito da UFBA

Nome e código do componente curricular: Direito Processual Penal II		Departamento: Direito Público	Carga Horária: T 68 P 00 E 00
Modalidade: Disciplina	Função: Profissional	Natureza: Obrigatória	
Pré-requisito: Direito Processual Penal I		Módulo de alunos: 60	
Ementa: Prova. Pressupostos e Nulidades Processuais. Procedimento Penal. Processos em Espécie. Sentença. Recursos. Prisão e Liberdade. Hábeas Corpus.			
Bibliografia: TORNAGHI, Hélio, “Compêndio de Processo Penal” vols. I e II, FOSCHINI G, “La Pregiudizialita nel Processo Penale”, SILVEIRA, Euclides Custódio da, “Da Prejudicialidade Jurídica Heterogênia no Processo Penal”, RIQUALMA Victor, “Instituciones de Derecho Procesal Penal”, Hélio Tornaghi, “Curso de Processo Penal”, CALDERON Sérgio Delgado, “La Prejudicialidad en Materia Penal”, Fernando da Costa Tourinho Filho, “Processo Penal”, Vols. II e III, Ary Franco, “Código de Processo Penal”, vol. II, JESUS Damásio de, “Código de Processo Penal Anotado”.			