

PERICULOSIDADE PARA QUEM? ANÁLISE DE DECISÕES DO STF E STJ E FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

DANGEROUSNESS FOR WHOM? REVIEW OF DECISIONS OF THE STF AND STJ AND OPERATION OF CONTEMPORARY BRAZILIAN PENAL SYSTEM

Pedro Dalla Bernardina Brocco

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar a aparição e utilização da noção de periculosidade pelo sistema penal brasileiro contemporâneo. Para tanto, constrói historicamente ligações entre o início da repressão promovida pela política de criminalização do tráfico e consumo de drogas, instaurada em nível global ao longo do século XX, e as tendências punitivistas contemporâneas de máxima intervenção penal. Isso pode ser identificado não apenas na dimensão da programação normativa do sistema penal (leis penais que terão uma dinâmica extremamente repressiva), mas também no desempenho concreto das políticas de segurança pública, de uma polícia de caráter bélico e na dimensão judicial. No entanto, a dinâmica concreta do sistema penal revela funções latentes na medida em que ao reprimir seletivamente o tráfico de drogas acaba encarcerando e punindo a classe pobre da população e instaura um estereótipo do indivíduo perigoso. A construção do tráfico como inimizado, portanto, tem ocultado uma função essencial desempenhada pelo sistema penal na contemporaneidade: “solucionar” a exclusão social por intermédio do sistema penal e gerenciar essa exclusão social. O discurso judicial que utiliza amplamente a periculosidade como fundamento para encarcerar tem eficácia simbólica para a exclusão, a “internação” da pobreza nas prisões-depósito e para tirá-la de circulação. A partir do método histórico-sociológico utilizado pela criminologia crítica, pretende-se analisar discursos judiciais oriundos do STF e do STJ em que aparecem as noções de periculosidade, levando em consideração a importância simbólica das jurisprudências de ambas as Cortes.

PALAVRAS-CHAVE: CRIMINALIZAÇÃO; PUNIÇÃO; PERICULOSIDADE

ABSTRACT

This paper sets out to analyse the apparition and the use of the notion of dangerousness in brazilian contemporary criminal system. In order to do this, builds historical links between the beginning of repression promoted by the criminalization of drug trafficking and consumption in global arena during the twentieth century and the punitive tendencies nowadays wich are

those of maximum penal intervention. This can be identified not only in the programing dimension of criminal law (wich is going to have an extremely repressive dynamic) but also in the concrete performances of the public security politics, of a war trained police and in judicial dimension. However, the concrete dynamics of penal system reveals hidden functions in that selectively arresting and penalizing the drug trafficking, the penal system becomes arresting and punishing the “underclass” and creates a stereotype of dangerousness individuals. The construction of drug dealers as enemies has hidden an essential function performed by the penal system nowadays: to “find a solution” to social exclusion by itself, as to say, by the penal system, and to manage this social exclusion by the penal system. The judicial speech that uses the dangerousness as a legal basis to punish has symbolic meanings for exclusion and for the “internation” of poverty in warehouse-prisons, and for taking it out of circulation. Using the historical-sociological method utilized by the critical criminology, this paper intends to analyse judicial speeches of STF (Brazil’s Supreme Court) and STJ (Brazil’s Superior Court) in wich the notions of dangerousness individuals appear up, by taking in consideration the symbolic importance of it’s decisions.

KEYWORDS: CRIMINALIZATION; PUNISHMENT; DANGEROUSNESS

1. Introdução

Desde o início da década de 1970 do século XX observa-se um movimento maciço de criminalização do tráfico de drogas. A atenção dada pelos meios de comunicação de massa ao problema é prolífico e pontual, identificando no tráfico a origem de todos os problemas que envolve a criminalidade e, reflexamente, estigmatizando populações vulneráveis economicamente sob a pecha de traficantes, ou, ao menos, habitantes de locais perigosos. A semente da potencialidade delitiva é, pois, plantada, e a imagética do tráfico não cessa de produzir os seus efeitos cotidianamente.

O governo Reagan, nos Estados Unidos dos anos 80, reconhece o grande inimigo público no tráfico de drogas, dando continuidade ao projeto de Nixon, ou seja, declarar guerra às drogas, reconhecendo aí o problema número um do país. Ao mesmo tempo, ocorre o desmonte do Estado-providência e o recrudescimento da política penal que abraçará nos anos 90 as teorias de James Q. Wilson, assessor de Reagan e um dos mentores da teoria das “janelas quebradas”, ao propor a expansão da intervenção penal aos pequenos delitos.

Paradoxalmente, assistiu-se a uma crescente demanda por drogas ilícitas (e lícitas) ao longo dos últimos anos. A crescente demanda por drogas no mercado informal e criminalizado de drogas ilícitas estimulou um alargamento do alcance do sistema penal com relação aos traficantes e usuários. O tráfico de drogas no Brasil seguiu o prognóstico de Reagan e tornou-se, a partir dos anos 1980, o grande gerador de insegurança urbana e medo social. Discursos “perigosistas” envolveram-no tanto por parte da mídia quanto na práxis forense. Criou-se, assim, um estereótipo que guiou a incidência do aparato punitivo, entendendo-se aqui tanto a *criminalização* de parcela da população quanto a *intervenção institucionalizada* da justiça penal.

Ao mesmo tempo, portanto, em que começa a transição de uma ideologia penalógica no sentido de ampliar a clientela do Direito Penal – e retirá-la da assistência social e de outras formas de atuação estatal não-penal e não-penitenciária, a partir do fim do Estado-providência e início do Estado-penal – o grande inimigo é fomentado e deslocado para o âmbito interno dos Estados e impactos institucionais em âmbito mundial, seguindo a tendência, são gerados a partir disso, como a primeira lei contra o tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes no Brasil, a Lei 6368 de 1976, que começa em seu artigo primeiro proclamando *ser dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*.

A partir daí situa-se o tema do artigo, ou seja, a expansão do sistema penal, com todos os discursos que lhe são inerentes, e a criminalização da pobreza, que foi se enquadrando a esse estereótipo de incidência do controle penal. Aí nesta zona cinzenta, o traficante pobre se confunde com o pobre que pratica pequenos furtos e roubos, com o pobre insubmisso que faz pequenos bicos para sobreviver e até com o usuário pobre de crack, com o sistema penal demonstrando, como tem demonstrado, que usuário pobre de drogas é assunto de polícia¹.

Uma das tendências desta máquina punitiva contemporânea é o fato de sua abrangência ter pretensões globais, como demonstram Loïc Wacquant², Negri e Hardt³ e

¹ Vide a violenta ação policial recentemente ocorrida na Cracolândia, em São Paulo.

² WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

Zaffaroni⁴. Segundo este último, “para quase três quartos dos presos da região, vigoram condições análogas às de Guantánamo”⁵. Esta região de que fala Zaffaroni é a América Latina, onde os quase três quartos dos presos estão presos *cautelamente*, ou seja, a partir de juízos liminares de periculosidade e sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Os discursos judiciais que legitimam o encarceramento não cessam de trabalhar com o conceito de periculosidade. A periculosidade aparece no Código Penal brasileiro na parte que concerne à aplicação e medida de segurança para inimputáveis. Lê-se no §1º do art. 97 o seguinte: *a internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.*

O direito penal diferencia a imputabilidade, a ser analisada, quando ocorre a prática de um delito, a partir da culpabilidade, e a inimputabilidade, esta analisável a partir do conceito de periculosidade. A culpabilidade deve ser entendida como um juízo de reprovação do fato praticado por um autor consciente de seus atos, e não do autor em si. O que se observa hoje, no entanto, é uma subversão da lógica interna da dogmática penal, tendo o uso da periculosidade pelo poder punitivo, arquitetado para os inimputáveis, alçado um patamar de abrangência a e aplicação a delitos cometidos por sujeitos imputáveis.

Alexis Couto de Brito observa que a entrega às atividades criminosas não caracteriza uma oligofrenia, e nem assegura uma vida exclusivamente de atos ilícitos⁶. E ainda, a certeza de uma vida eternamente desregrada “não é possível de ser aferida nem mesmo na presença de uma anormalidade biológica ou psicológica (...) pois o ‘perigoso’ não escapa de um juízo de probabilidade que se formula diante de certos indícios”⁷.

Assim, portanto, questiona-se o uso indiscriminado do termo periculosidade para se referir às classes pobres, de traficantes a furtadores contumazes, tratados como inimigos. A eficácia simbólica de tal tratamento reflete-se na estrutura de ocupação do solo urbano, no uso crescente de câmeras de vigilância em locais públicos e privados, nos carros blindados, nas últimas políticas criminais de guerra e de combate.

³ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. trad. Berilo Vargas. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁵ Ibid. p.164.

⁶ BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.78.

⁷ Ibid.

Alessandro Baratta observa que na Escola clássica do direito penal, assim como na posterior Escola positivista, havia um modelo de ciência penal integrada, no qual a ciência jurídica e uma concepção geral do homem e da sociedade se ligam umbilicalmente, gerando a ideologia da defesa social como “nú teórico e político fundamental do sistema científico”⁸.

A ideologia da defesa social nasce junto com a revolução burguesa, e assume importante papel ideológico com predomínio no setor penal ao mesmo tempo em que se empreendem esforços para a construção de uma ciência penal e dos códigos penais. De fato, a ideologia da defesa social surge como um mecanismo de conservação da ordem burguesa que se impunha e traz em seu bojo a semente da crise da igualdade, que floresce completamente com a instauração da Escola positivista.

Assim, para Baratta, as diferenças entre a Escola clássica do direito penal e a Escola positivista não residem no conteúdo da ideologia da defesa social e nos valores fundamentais a serem tutelados penalmente, mas na forma e na metodologia de explicação da criminalidade. A Escola clássica se voltava para o crime enquanto ente jurídico, em tese praticável por qualquer membro da sociedade. A atitude interior do delinquente será analisada a partir do prisma moral-normativo (condenação moral), pois este possui o livre-arbítrio para determinar sua autonomia de acordo com as normas jurídicas vigentes. A Escola positivista irá deslocar o foco de análise do crime para o criminoso. Buscará explicar o crime como um desdobramento natural da pessoa que o comete. O corpo criminoso será positivado e estudado pela ciência criminológica, orientada pelo paradigma etiológico, de buscar sempre as causas do crime ou da criminalidade. A atitude interior do delinquente será analisada a partir do prisma sócio-psicológico (revelador de periculosidade social).

Assim entendido, o positivismo criminológico apresenta uma torção dos princípios da culpabilidade e da igualdade. A acumulação de capital impulsionada pela Revolução Industrial no século XIX exclui grande parte da população dos meios de produção, tornando-a sensível ao alcance do sistema punitivo. Encarcerada, internada nas instituições de sequestro, será ali estudada e mapeada pela nascente ciência criminológica positivista, tendo em Lombroso um de seus grandes expoentes. Os pobres e miseráveis da Europa terão então cientificamente introjetada a semente da criminalidade.

⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 41.

Vera Malaguti⁹ observa muito bem que

Uma das principais lições de Anitua¹⁰ foi compreender o positivismo como uma ideologia surgida do medo das revoluções populares, dirigida à desqualificação da ideia de igualdade. As classificações hierarquizantes serviam para ordenar os problemas locais (pobres e indesejáveis) e os problemas gerais (nações e culturas periféricas).

Os países da América Latina importaram e traduziram¹¹ essa visão adaptaram-na às suas realidades. Daí surge a perplexidade de E. Raúl Zaffaroni ao se perguntar como pôde surgir e florescer o positivismo jurídico na Bahia via Nina Rodrigues.

Ainda que atuais esforços teóricos de criminólogos mostrem que as ideias da criminologia positivista chegaram e foram teratologicamente implantadas nas realidades sociais latinoamericanas, ainda se pode perceber a influência destas ideias nos dias atuais.

O grande desafio deste artigo talvez seja o de ligar os pontos entre o atual funcionamento do sistema punitivo e os ideais de positivismo criminológico escondidos sub-repticiamente na noção de periculosidade, utilizada para fundamentar as decisões judiciais. O objeto de análise serão as decisões dos tribunais superiores (STF e STJ) devido à sua importância simbólica para o sistema.

2. Periculosidade para quem? Quem são os definidos como perigosos?

Zaffaroni inicia *O inimigo no direito penal* com a seguinte hipótese¹²:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que considerava apenas como *entes perigosos* ou *daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal

⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. – Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.41.

¹⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

¹¹ SOZZO, Máximo. “Traduttore traditore”. **Tradicción, importación cultural e história del presente de la criminología en América Latina**. In: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Ano VII, nº 13. Buenos Aires: Ad Hoc. Vilela Editor, 2006. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. – Rio de Janeiro: Revan, 2011.

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente.

Tal quadro da dinâmica punitiva de nossos dias pode ser facilmente identificado quando nos deparamos com jurisprudências e discursos judiciais que legitimam a aplicação das penas. O paradoxo de tal operação é enfrentado por Vera Regina Pereira de Andrade¹³, ao falar sobre a segurança jurídica perseguida pela dogmática penal:

Quando se aplica uma norma penal, se tutela um bem jurídico (interesse ou valor) que interessa indistintamente a todos os cidadãos (princípio do interesse social). Mas é necessário também tutelar o autor de delitos contra punições arbitrárias e desiguais, garantindo-lhe uma aplicação segura (princípio da legalidade) e igualitária (princípio da igualdade) da lei penal.

Alessandro Baratta irá desconstruir a igualdade no direito penal¹⁴. Para ele, partindo do horizonte da criminologia crítica, colocando um enfoque macro-sociológico sobre o processo de criminalização, vê-se que o direito penal não é um direito igual por excelência. A função declarada encobre uma importante função latente. Baratta elenca três proposições que criticam o direito penal como direito igualitário:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

Nilo Batista, ao apresentar o livro de Alessandro Baratta, muito bem observa que, no atual quadro planetário, o discurso penal, ou punitivo, já desloca o foco *perigosista* do proletariado para o conjunto de grupos sociais cotidianamente marginalizados pelo empreendimento neoliberal.

O Brasil, que desde o seu nascedouro é inseparável de grupos sociais cotidianamente marginalizados pelo empreendimento da construção da ordem burguesa, vê no espetacular aumento do número de prisões no final do século XX e início do século XXI (o grande

¹³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 139.

¹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.162.

encarceramento) uma agudização da atuação penal-punitiva nesta marginalização, retroalimentando-a e promovendo-a. Vera Malaguti¹⁵, dialogando com Gizlene Neder¹⁶, observa que

O processo de construção da ordem burguesa no Brasil enfrenta o problema da massa de ex-escravos excluída do mercado de trabalho, aperfeiçoando a eficácia das instituições de controle social, baseado no modelo racista e positivista de Cesare Lombroso. Para a autora (Gizlene Neder), “a eficácia das instituições de controle social se funda na capacidade de intimidação que estas são capazes de exercer sobre as classes subalternas”, mais vulneráveis à criminalização.

Muito bem trabalha com a questão Loïc Wacquant, ao falar da substituição do Estado-providência pelo Estado penal na Europa e nos Estados Unidos. Embora o nosso foco seja o Brasil, é inegável que tal ideologia punitiva sustentada por uma nova concepção de responsabilidade individual trazida pelo neoliberalismo afetou o funcionamento institucional do poder punitivo brasileiro. Para Wacquant¹⁷,

Por toda a Europa, a política de luta contra a droga serve de biombo para uma “guerra contra os camponeses da população percebidos como menos úteis e potencialmente mais perigosos”, “sem-emprego”, “sem-teto”, “sem-documento”, mendigos, vagabundos e outros marginais.

Pedro Abramovay¹⁸ resume as proposições de Wacquant da seguinte maneira:

O que se percebe, assim, é que a ideologia neoliberal produz um modelo que é duplamente excludente, pois retira do Estado o papel de redistribuir riqueza, acreditando na capacidade dos indivíduos de maximizarem seu bem-estar, e lida com a exclusão gerada por esse modelo, aumentando o controle penal para as populações marginalizadas.

É paradigmático o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que não apenas não reconhece o princípio da insignificância em um caso de furto simples de um isopor de 60 litros avaliado em R\$ 45,00 como considera o agente portando uma “periculosidade social intensa”, como se observa na Ementa¹⁹:

¹⁵ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.58.

¹⁶ NEDER, Gizlene. **Criminalidade, justiça e mercado de trabalho no Brasil**. São Paulo: Edusp, 1986.

¹⁷ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p.113.

¹⁸ ABRAMOVAY, Pedro. **O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal**. In: Depois do grande encarceramento, seminário / organização Pedro Vieira Abramovay, Vera Malaguti Batista. – Rio de Janeiro: Revan, 2010, p.24.

¹⁹ APELAÇÃO CRIMINAL N.º: 0001529-85.2008.8.19.0061

EMENTA – FURTO SIMPLES – PRISÃO EM FLAGRANTE DEPOIS DE LOCALIZAÇÃO - DELITO CONSUMADO - CONFISSÃO EM HARMONIA COM A PROVA JUDICIAL - PEQUENO VALOR – RÉU POSSUIDOR DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDENTE HABITUALIDADE CRIMINOSA EM DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO - SIGNIFICATIVA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO, CONSIDERADA A ATIVIDADE MERCANTIL DA VÍTIMA - **PERICULOSIDADE SOCIAL DO ACUSADO INTENSA** -ATIPICIDADE MATERIAL E ESTADO DE NECESSIDADE – TESES REPELIDAS – CORRETO JUÍZO DE CENSURA -ESPONTÂNEA CONFISSÃO NÃO CONSIDERADA – AJUSTE NA DOSIMETRIA PENAL. (Grifo meu)

A periculosidade baseia-se no risco e, portanto, fica alheia a qualquer princípio de racionalidade, tanto jurídica quanto política, ao cancelar a neutralização e o isolamento de certa parcela da sociedade em nome de uma pretensa ideia de segurança. Anthony Giddens define o risco como referente a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras²⁰. Observa ainda que “o comércio e a transferência do risco não formam um aspecto meramente casual de uma economia capitalista. De fato, o capitalismo é impensável sem ele”²¹. Dessa forma, o direito penal ocupa, em nossas sociedades, a função de administrar o risco no espaço vazio deixado pelo *welfare state*, fato mencionado por Giddens e trabalhado por Wacquant. O que salta aos olhos, no funcionamento do sistema penal, é que sua incidência social mediante noções de periculosidade (e de risco, conseqüentemente) se volte exclusivamente contra as classes pobres e desfavorecidas (subalternizadas²²).

A noção de periculosidade, utilizada enquanto tática discursiva para conferir eficácia simbólica a uma ação orquestrada do poder punitivo (consciente ou inconsciente) cumpre uma função política de instrumento de imposição e legitimação da dominação²³, e traz em si a noção de inimizabilidade que lhe é inerente, de um sujeito perigoso que deve ser neutralizado e retirado de circulação e, desta forma, não muito em razão de uma conduta, mas em razão de um modo de ser.

3. Análises de jurisprudências dos Tribunais Superiores: o aparecimento da periculosidade no STJ e STF

²⁰ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrolado**. trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p.33.

²¹ Ibid. p. 36.

²² KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. In: Discursos Sediciosos, nº 1, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

²³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. trad. Fernando Tomaz. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011, p.11.

A pesquisa das jurisprudências sobre o tema no STJ e no STF se deu a partir da busca do termo “periculosidade” no campo de pesquisas de jurisprudências, tendo como dia final o dia em que foi realizada a pesquisa, dia 13/03/2012. Depois se procedeu à colheita dos dez primeiros resultados para fins de análise do discurso judicial e dos crimes no quais a periculosidade aparece. Assim, foram analisadas as dez primeiras jurisprudências de cada Tribunal, assim como as cinquenta primeiras de cada Tribunal para fins de exame estatístico cujo critério foi: a) o crime em que o termo aparece; b) o resultado do julgamento em questão. Os dados serão expostos ao final do artigo, após a análise do discurso e dos termos surgidos no primeiro grupo de objetos pesquisados, ou seja, nos dez primeiros resultados de cada Tribunal, que são também as dez jurisprudências mais recentes em que o conceito de periculosidade aparece no discurso e nas decisões dos Tribunais Superiores brasileiros.

3.1. Periculosidade no STJ

Em ordem decrescente, partindo do julgamento mais recente, temos o período de abrangência de 16/02/2012 até 28/02/2012, ou seja, os quinze últimos dias do mês de fevereiro de 2012, com os resultados a seguir expostos:

1) Processo HC 212836 / MS

HABEAS CORPUS

2011/0159658-0 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 28/02/2012

Data da Publicação/Fonte DJe 07/03/2012

Ementa

HABEAS CORPUS. PENAL. **FURTO**. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. REINCIDÊNCIA E HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. ORDEM DENEGADA.

Neste primeiro julgamento analisado, cujo crime é o de furto, a aplicação do princípio da insignificância foi inviabilizado, sob o argumento de que

1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e **irrelevante periculosidade social**. (Grifo meu)

Assim, a *contrario sensu*, considerou a Quinta Turma do Tribunal que o crime em questão (furto) impingiu no bem jurídico (patrimônio) uma lesão considerável (certamente

não houve uma lesão mínima) e/ou a conduta do agente expressa uma reprovabilidade considerável e uma periculosidade social relevante. Note-se que não basta uma reprovabilidade, que advém historicamente do princípio da culpabilidade, mas também entra no discurso a análise da periculosidade social.

E segue com a fundamentação para denegar a ordem de concessão da liberdade via *habeas corpus*:

2. Conforme decidido pela Suprema Corte, "O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal." (STF, HC 102.088/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010.)

3. De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma, sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, **mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida.**

4. Na hipótese dos autos, não se verifica o desinteresse estatal à repressão do delito praticado pelo ora Paciente, o qual registra uma vida pregressa com várias práticas delitivas, inclusive tendo praticado o delito em questão quando estava evadido do estabelecimento prisional onde cumpria pena por crime anterior.

5. Ordem denegada. (Grifo meu)

Uma especial atenção, aqui, para o trecho “sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio de vida”, que pode ser uma imagem que se extrai da ideia de periculosidade social, ou seja, uma conduta que reflete um meio de vida contrário à vida social que se pretende proteger e defender.

2) Processo HC 213413 / ES

HABEAS CORPUS

2011/0164363-7 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 28/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 07/03/2012

Ementa

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI. **PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO.** FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE RECOMENDA A MEDIDA CONSTRITIVA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA À TESTEMUNHA. NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DO CÁRCERE.

APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA.

Temos aqui um crime de homicídio, em que foi decretada a prisão preventiva do paciente, que pretende a liberdade via *habeas corpus*, momento em que também alega o excesso de prazo de sua prisão. A Quinta Turma não conhece da parte relativa ao excesso de prazo, sob argumento de que a questão não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, no caso, o

TJES. Conhece da parte relativa ao requerimento de liberdade provisória, no entanto denega o pleito sob o argumento de que

1. A decretação da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a **periculosidade do agente**, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, o modus operandi do delito. Precedentes.

Aqui aparecem, numa urdidura que não raro se encontra em decisões, a periculosidade social ligado ao termo garantia da ordem pública, que se sabe ser conceito genérico e indeterminado, que serve de instrumento à plasticidade argumentativa do julgador.

3) Processo HC 217634 / RJ

HABEAS CORPUS

2011/0210335-2 Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 23/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 07/03/2012

Ementa

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. **PERICULOSIDADE DO AGENTE**. ORDEM DENEGADA. (Grifo meu)

Trata o julgado de crime de roubo circunstanciado e tentativa de roubo circunstanciado em que se postula o reconhecimento de bis in idem ao caso, no sentido de ter uma aplicação de agravante de reincidência em cotejo com a análise dos critérios do art. 59 do CPB no momento da fixação da pena. A Sexta Turma denega a ordem, sob os seguintes fundamentos:

1. Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte de Justiça, é perfeitamente cabível o aumento da pena pelo instituto da reincidência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo ou bis in idem. Em nada ofende os princípios da individualização da pena tratar de forma diferenciada o réu primário e o **criminoso contumaz**.
2. O regime inicial de cumprimento da pena será determinado com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, de modo que, havendo situação concreta ou extraordinária que motive a imposição do regime mais gravoso, não estará configurado qualquer constrangimento ilegal.
3. Na hipótese, inviável a imposição do regime menos gravoso tendo em vista a prática reiterada de crimes, reveladora da **real periculosidade do paciente**. (Grifos meus)

Aqui temos que nos ater aos conceitos “criminoso contumaz”, que perfaz uma espécie de categoria ontológica de criminosos que parece derivar do conceito de criminoso nato de Lombroso, isto é, aquele indivíduo preso eternamente aos mecanismos de causa-efeito organicistas e sem saída²⁴. Em segundo lugar, analisemos o termo “real periculosidade do paciente”, que parece ser um atestado do que ocorre na “realidade” da atuação social do indivíduo, prendendo-o, uma vez mais, aos mecanismos de periculosidade-neutralização.

²⁴ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. – Rio de Janeiro: Revan, 2011.

4) Processo RHC 28158 / SC

RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS

2010/0072376-6 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 16/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 02/03/2012

Ementa

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE SE INTERROMPER A CONDUTA CRIMINOSA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. HIPÓTESE EM QUE SEQUER HOUVE ÊXITO POR PARTE DO JUDICIÁRIO EM CUMPRIR O MANDADO DE PRISÃO, ENCAMINHADO POR CARTA PRECATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO.

Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus em que se pretende a liberdade do agente em face de prisão preventiva. Recurso desprovido em razão de fundamentação da Quinta Turma, amparada em entendimento do STF, no seguinte sentido:

2. "A necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, enquadra-se no conceito de **garantia da ordem pública**, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva" (STF, HC 95.024/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009).

3. É de se mencionar, ainda, que o Recorrente, após ter sido inicialmente solto em razão do excesso de prazo no oferecimento da denúncia, dirigiu-se para outra comarca, não tendo havido sequer êxito por parte do Judiciário em cumprir o ulterior mandado de prisão, encaminhado por carta precatória.

4. Ora, "[e]stando satisfatoriamente comprovadas a materialidade e a autoria do fato criminoso, a **real periculosidade do acusado** e a tentativa de fuga do distrito da culpa são motivações idôneas capazes de justificar o decreto construtivo, para resguardar a ordem pública e a eventual aplicação da lei penal. Precedentes do STF e do STJ." (STJ, RHC 21.442/BA, 5.ª Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ de 24/09/2007). (Grifos meus)

Aqui novamente aparece a urdidura “garantia da ordem pública”, dessa vez a partir da imagética do “crime organizado” e a “real periculosidade do acusado”, dando eficácia simbólica ao julgamento do Recurso.

5) Processo HC 151865 / SP

HABEAS CORPUS

2009/0211135-0 Relator(a) Ministro JORGE MUSSI (1138) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 16/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 01/03/2012

Ementa

HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 14 DA LEI 6.368/76. NATUREZA HEDIONDA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/90. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO MODO INICIAL DE EXECUÇÃO DA PENA ACORDO COM AS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. REGIME INICIAL. MODO FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE DO GRUPO CRIMINOSO. ESCOLHA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

Aqui observa-se habeas corpus para questionar o a caracterização do crime de associação para o tráfico de drogas como sendo de natureza hedionda e questionar a não aplicabilidade do art. 44 do CPB, para substituir a pena privativa de liberdade para restritiva

de direitos. O tribunal de origem, TJSP, negou tal possibilidade com fundamento no não preenchimento dos requisitos subjetivos do art. 44 do CPB. Eis os fundamentos:

1. O crime de associação para o tráfico não é equiparado a hediondo, uma vez que não está expressamente previsto no rol do artigo 2º da Lei 8.072/90, permitindo, assim, a imposição do regime prisional de acordo com as regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal.
2. Não há ilegalidade na imposição do modo inicial fechado de cumprimento de pena, pois, não obstante a reprimenda tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a forma mais gravosa foi estabelecida com fundamento na organização do grupo criminoso, tido como verdadeira empresa do crime, que contava com grande quantidade de integrantes, e no fato de que o bando teria se envolvido na negociação de grandes volumes de entorpecentes, fatores que revelam a gravidade concreta do ilícito perpetrado e a **periculosidade dos membros da associação criminoso**. (Grifo meu)

Aqui aparece, portanto, a noção de periculosidade dos membros de uma associação criminoso, o fantasma do crime organizado, para inviabilizar a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos em razão do não preenchimento dos requisitos subjetivos do art. 44 do CPB (pois os objetivos foram devidamente cumpridos), entrando diretamente na razão da decisão a noção de periculosidade do agente.

6) Processo HC 219925 / MS

HABEAS CORPUS

2011/0231615-5 Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 16/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 28/02/2012

Ementa

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA E MATERIALIDADE. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA ATRIBUÍDA AO RÉU. QUESTÕES NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ACUSADO QUE RESPONDE A PROCESSO POR TRÁFICO DE DROGAS. NOVO DELITO COMETIDO PELO RÉU EM LIBERDADE PROVISÓRIA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

Há aqui HC para concessão de liberdade provisória a acusado de prático de crime de roubo. Ordem denegada sob o fundamento de que o réu está respondendo por outro crime, no caso, de tráfico de drogas, ainda não transitado em julgado. Eis o fundamento:

- I. As alegações de insuficiência de provas de autoria e materialidade delitiva, bem como de que o acusado teria supostamente praticado o delito tipificado no art. 180 do Código Penal e não o roubo qualificado descrito na exordial não podem ser analisadas por esta Corte, sob pena de supressão de instância, tendo em vista que o acórdão recorrido tratou apenas da questão relacionada à prisão do paciente.
- II. Explicitado na decisão que indeferiu a liberdade provisória e no acórdão recorrido que o paciente está respondendo processo pela prática do delito de tráfico de drogas, no qual foi decretada sua revelia, devendo ser ressaltado, ainda, que, tendo sido concedida liberdade provisória ao acusado, o mesmo voltou a

delinquir, evidencia-se o cometimento reiterado de condutas criminosas, tornando necessária sua custódia provisória.

III. Demonstrada a **periculosidade concreta do acusado**, denotando ser sua **personalidade voltada para o cometimento de delitos**, resta obstada a revogação da medida constritiva para garantia da ordem pública. Precedentes desta Corte. (Grifos meus)

Há a evocação da “periculosidade concreta do acusado” juntamente com a “personalidade voltada para o cometimento de delitos”. Note-se que não havendo ainda trânsito em julgado, ainda assim ocorre a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB na decisão, “prendendo” o acusado-impetrante aos mecanismos da periculosidade e da personalidade “defeituosa”, pois voltada para o cometimento de delitos, de uma vida que vive (d)a ilicitude, devendo ser neutralizada.

7) Processo HC 226950 / MG

HABEAS CORPUS

2011/0289754-5 Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 16/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 28/02/2012

Ementa

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. NULIDADE DO JULGADO NÃO EVIDENCIADA. ART. 310 DO CPP. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR EM GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VISLUMBRADO. ORDEM DENEGADA.

No caso, um HC impetrado para tornar nula conversão de prisão em flagrante em preventiva **feita de ofício pelo juiz**. Cabe aqui observar que esse fato, por si só, vai de encontro aos princípios mais basilares de direito processual penal, notadamente o princípio acusatório, mediante o qual o poder punitivo estatal está condicionado à invocação feita pelo MP através do exercício da pretensão acusatória²⁵. De fato, a decretação da prisão preventiva, ainda que ainda não haja sentença transitada em julgado, caracteriza-se como medida punitiva, tendo em vista a possibilidade de execução provisória da pena. Ainda assim, a fundamentação da decisão da Quinta Turma perfaz-se no seguinte sentido:

I. Conforme a novel redação do art. 310 do CPP, o Magistrado, ao tomar ciência da prisão em flagrante, deverá, de modo fundamentado, relaxar a custódia ilegal; conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; ou decretar a segregação preventiva do agente.

II. Mostra-se despicienda a existência de representação ministerial ou do agente policial para a conversão da custódia em flagrante em preventiva, devendo o Juiz, mesmo sem provocação, manter a segregação cautelar sempre que a medida mostrar-se necessária, nos termos do art. 312 do CPP, não se vislumbrando qualquer nulidade no decisum de 1º grau, já que o Julgador agiu em estrito cumprimento do disposto na lei adjetiva penal.

III. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator aferido dos autos apto a demonstrar a necessidade de ver resguardada a ordem pública em razão do modus operandi do delito e da **periculosidade do agente**.(Grifos meus)

Atenção especial dada ao item III da fundamentação: nela a Quinta Turma reconhece que o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado não consitui

²⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**, vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107.

fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculado de provas dos autos que demonstrem perigo para a ordem pública de acordo com o modus operandi do delito e da periculosidade do agente. Ou seja, considera-se a periculosidade um juízo valorativo concreto, sólido, racionalmente explicável a partir das provas dos autos. O perigoso é um ser real, assim como a ordem pública.

8) Processo HC 214813 / SC

HABEAS CORPUS

2011/0180043-4 Relator(a) Ministra LAURITA VAZ (1120) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 16/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 02/03/2012

Ementa

HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E USO DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA (ART. 121, § 2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. TESE DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Mais uma vez ocorre a apreciação de características judiciais do art. 59 do CPB, referente à aplicação da pena, em fase do processo onde não se deve levar em conta tais características:

1. A manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a **periculosidade do agente**, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, em se considerando, sobretudo, a existência de indicativos nos autos no sentido de que a atividade delituosa era reiterada, evidenciando a **perniciosidade da ação ao meio social**. Precedentes.

É interessante refletirmos se esse tipo de decisão se coaduna com o ideal ressocializador da pena, em que se aplicariam terapêuticas sociais ao indivíduo criminoso, numa tentativa de incluí-lo, “ressocializá-lo” à sociedade após o fim da pena. Ao que parece, a pena, a segregação, hoje, serve para o seu próprio fim, ou seja, segregar.

9) Processo HC 199910 / SP

HABEAS CORPUS

2011/0052099-0 Relator(a) Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 16/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 01/03/2012

Ementa

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS. 1. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. 2. EXASPERAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 443/STJ. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO NA MECÂNICA DELITIVA. 4. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NEGATIVA INFUNDADA. ILEGALIDADE. 5. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Habeas corpus, aqui, parcialmente concedido para que o condenado em primeira instância em crime de roubo possa aguardar o julgamento do recurso em liberdade. Todavia, reconhece-se também na decisão que a) a majorante presente no art. 157, §2º, I, do CPB prescinde de apreensão e perícia da arma de fogo, quando comprovado por outros meios de prova a efetiva utilização do artefato e b) reconhecimento da “acentuada periculosidade do agente” como fundamento de fixação de regime de cumprimento de pena, a ver:

1. É firme a compreensão desta Corte Superior no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado por outros meios de prova a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.
2. Não se aplica, ao caso, o enunciado da Súmula nº 443 deste Tribunal, tendo em vista que a majoração da pena na fração de 2/5 foi motivada nas peculiaridades que cercaram a prática do crime.
3. Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor na resposta penal, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo e do concurso de pessoas, circunstâncias que evidenciam a **acentuada periculosidade do paciente**.

10) Processo HC 167242 / PA

HABEAS CORPUS

2010/0056064-3 Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 16/02/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 29/02/2012

Ementa

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PERCENTUAL DAS CAUSAS DE AUMENTO. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

Aqui há HC que combate o aumento de 1/2 da pena em razão de violência. A Sexta Turma denega a ordem, sob o fundamento de que a grave ameaça e a violência extrema empregadas contra as vítimas demonstram maior reprovabilidade da ação e a periculosidade do agente.

1. A pena do paciente foi aumentada em 1/2 em razão da violência extrema e da grave ameaça empregadas contra as vítimas, sem falar no uso efetivo de arma de fogo, circunstâncias aptas a demonstrar a maior reprovabilidade da ação e a **periculosidade do agente**, justificando, assim, a majoração do percentual relativo às causas especiais de aumento.
2. Ordem denegada.

3.2. Periculosidade no STF

Seguindo os mesmos critérios aplicados à pesquisa dos resultados dos processos no STJ, inseriu-se no campo de pesquisas o termo “periculosidade”, tendo as dez primeiras decisões abrangência do período que vai de 13/12/2011 até 14/02/2012, um pouco mais elástico do que a abrangência da pesquisa no STJ, perfazendo dois meses. Os resultados são expostos a seguir, em ordem decrescente, começando com o julgamento mais recente:

1) HC 107689 / RS - RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 14/02/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ENTORPECENTE EM ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR (ART. 290 DO CPM). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CUMULATIVIDADE DE SEUS REQUISITOS. BEM JURÍDICO. PROTEÇÃO. HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITAR. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

No primeiro caso sob análise, foi vedada a aplicação do princípio da insignificância para o caso de porte de droga (cocaína) por um tenente em dependência militar. O entendimento é o de que os bens jurídicos resguardados pela norma penal são a hierarquia e disciplina militar. O importante é notar que a periculosidade social da ação aparece como condição “objetiva” para a aplicação do princípio da insignificância:

1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma **periculosidade social da ação**, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009) 3. In casu, os pacientes foram presos portando um papelote de cocaína nas dependências do 3º Regimento de Cavalaria de Guarda, unidade sujeita à Administração Militar. 4. É que, in casu, “na ocasião da revista, o Tenente [...] veio a encontrar, dentro da carteira do Soldado [...], um papelote de plástico branco, com um pó branco dentro, sobre o qual o ora denunciado veio a confessar tratar-se de uma buchinha de cocaína, entorpecente que tinha adquirido o 2º denunciado Soldado [...]”. 4. Ordem denegada.

2) HC 108969 / MG - MINAS GERAIS

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 14/02/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES (ART. 155, CAPUT, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA: AUSÊNCIA DE CUMULATIVIDADE DE SEUS REQUISITOS. PACIENTE REINCIDENTE. EXPRESSIVIDADE DO COMPORTAMENTO LESIVO. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUCTA. ORDEM DENEGADA

Este HC foi julgado pela Primeira Turma, tendo o mesmo relator do julgado anterior e utiliza os mesmos métodos para aplicação do princípio da insignificância (cumulação de quatro condições “objetivas”). Trata-se aqui, porém, de furto simples, sendo o patrimônio o bem jurídico tutelado: um relógio estimado em R\$ 50,00 (cinquenta reais). A Turma denegou o HC, de forma unânime, para não aplicar o princípio da insignificância, ainda que o paciente tenha aduzido que restituiu o bem à vítima. Para embasar a decisão, invoca-se o *inquérito policial*:

1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma **periculosidade social da ação**, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009) 2. O princípio da insignificância não se aplica quando se trata de paciente reincidente, porquanto não há que se falar em reduzido grau de reprovabilidade do comportamento lesivo. Precedentes: HC 107067, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/5/2011; HC 96684/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 23/11/2010; HC 103359/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ 6/8/2010. 3. In casu, a res furtiva (o relógio) teve o valor estimado em R\$ 50,00 (cinquenta reais) no ano de 2005, ultrapassando o percentual de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos, que era de R\$ 300,00 (trezentos reais), e cuida-se de paciente reincidente, porquanto ostenta condenação pelo delito de homicídio, razão por que não há falar em aplicação do princípio da insignificância. 4. Anote-se a insubsistência do argumento de ter o paciente restituído o bem à vítima e, por isso, pouca implicação teria o fato de tratar-se de agente reincidente ou portador de maus antecedentes para aplicação do princípio da insignificância. **Consta do inquérito** que o acusado foi localizado pela autoridade policial, com parte da res furtiva, minutos após ter subtraído o relógio de pulso, e, tendo a vítima reconhecido a propriedade do bem e a pessoa que praticou o furto, foi efetuada a prisão em flagrante delito. 5. Ordem denegada. (Grifos meus)

3) HC 108282 / MG - MINAS GERAIS

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 14/02/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO TENTADO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. CRIME PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES E MEDIANTE O INGRESSO NA RESIDÊNCIA DA VÍTIMA DURANTE A NOITE. REINCIDÊNCIA E HABITUALIDADE DELITIVA COMPROVADAS. ORDEM DENEGADA.

Tal decisão, proveniente da Segunda Turma, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa, acompanha o entendimento da Primeira Turma quanto à aplicabilidade do princípio da insignificância, qual seja, os quatro requisitos “objetivos”, entre eles a aferição da periculosidade social da ação. A decisão denegatória no HC 108282 entende que houve, no caso, reprovabilidade do comportamento, ou seja, furto tentado em concurso de agentes, mediante ingresso na residência da vítima durante a noite, e periculosidade da ação:

É entendimento reiterado desta Corte que a aplicação do princípio da insignificância exige a satisfação dos seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. As peculiaridades do delito, o qual foi praticado por criminoso reincidente, em concurso de agentes e com ingresso na residência da vítima sem seu consentimento e em período noturno, demonstram significativa reprovabilidade do comportamento e relevante **periculosidade da ação**, fato este suficiente ao afastamento da incidência do princípio da insignificância. Ordem denegada. (Grifo meu)

4) HC 110888 / TO - TOCANTINS

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 07/02/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE QUADRILHA ARMADA ESPECIALIZADA EM ROUBO DE CARGAS E DE VEÍCULOS. LEGITIMIDADE DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

Trata-se de HC para concessão de liberdade provisória em processo em que ainda não houve sentença condenatória. A decisão da Segunda Turma mantém a prisão preventiva sob o argumento de garantia da ordem pública e *periculosidade* do paciente. Crime em tese de roubo e formação de quadrilha. Ordem denegada:

I – A prisão cautelar se mostra suficientemente motivada para a garantia da ordem pública, ante a **periculosidade do paciente**, e, ainda, para se evitar reiteração criminosa. II – Ação penal que, apesar de complexa, tramita de forma rápida e regular, de modo que não há falar em excesso de prazo. III – As condições subjetivas favoráveis do paciente não obstam a segregação cautelar, desde que presentes nos autos elementos concretos a recomendar sua manutenção. IV - Ordem denegada.

5) HC 107733 AgR / MG - MINAS GERAIS

AG.REG. NO HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 07/02/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DECISÃO DE RELATOR, DO STJ, QUE INDEFERIU PEDIDO DE LIMINAR EM IDÊNTICA VIA PROCESSUAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA: AUSÊNCIA DE CUMULATIVIDADE DE SEUS REQUISITOS. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR (SEIS BARRAS DE CHOCOLATE AVALIADAS EM R\$ 31,80). SUBTRAÇÃO DOS BENS PARA COMPRAR DROGAS: CONDUTA DE CONSIDERÁVEL OFENSIBILIDADE. ACENTUADO GRAU DE REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO PACIENTE. FURTO PRIVILEGIADO (CP, ART. 155, § 2º): PACIENTE REINCIDENTE. NÃO-CABIMENTO. SÚMULA 691-STF: AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA OU DE PATENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

Há aqui uma interessante decisão em Agravo Regimental em Habeas Corpus, na qual aparece, novamente, os quatro critérios “objetivos” para o reconhecimento do princípio da insignificância, e novamente nos deparamos com um furto de valor irrisório. No caso, foram seis barras de chocolate avaliadas em R\$ 31,80 (trinta e um reais e oitenta centavos). Entendeu-se que o paciente furtou para comprar drogas, o que impediu o reconhecimento da

insignificância em razão do alto grau de reprovabilidade da conduta. A mais alta Corte do país desproveu o Agravo Regimental e não conheceu o HC, por maioria dos votos:

1. O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma **periculosidade social da ação**, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. A prática reiterada de furtos para comprar drogas, independentemente do valor dos bens envolvidos, não pode, obviamente, ser tida como de mínima ofensividade, nem o comportamento do paciente pode ser considerado como de reduzido grau de reprovabilidade. Precedente: HC 101144/RS, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 22/10/2010. 3. O princípio da insignificância não se aplica quando se trata de paciente reincidente, porquanto não há que se falar em reduzido grau de reprovabilidade do comportamento lesivo. Precedentes: HC 107067, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/5/2011; HC 96684/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 23/11/2010; HC 103359/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ 6/8/2010; HC 100367, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Fux, DJ de 8/9/2011; 4. O § 2º do artigo 155 do Código Penal (“§ 2º. Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.” - grifei), ao admitir o reconhecimento do furto privilegiado a réu primário, traz ínsita a vedação do benefício a reincidentes. 5. In casu, em que pese o ínfimo valor dos bens furtados, a rejeição da tese da insignificância restou plenamente fundamentado pelo Juízo na existência de duas sentenças transitadas em julgado contra o paciente por **crimes contra o patrimônio**. 6. O paciente duplamente reincidente não tem direito ao privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal, benefício reservado a réus primários. 7. Parecer do MPF pelo desprovimento do agravo regimental. 8. Agravo regimental desprovido. (Grifos meus)

6) HC 109739 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 13/12/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. 1. ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA. 2. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA AO PACIENTE. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO EXAME DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Há aqui mais um HC visando o reconhecimento do princípio da insignificância em caso de furto. A Primeira Turma não reconheceu a insignificância sob alegação de que o paciente é reincidente, e isso basta para considerar a conduta reprovável e materialmente típica:

1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. Para a incidência do princípio da insignificância devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato, tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de **periculosidade social da ação**,

o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 3. Apesar de tratar-se de critério subjetivo, a reincidência deve ser excepcionada da regra para análise do princípio da insignificância, pois não está sujeita a interpretações doutrinárias e jurisprudenciais ou a análises discricionárias. O criminoso reincidente, como é o caso do ora Paciente, apresenta comportamento reprovável, e sua conduta deve ser considerada materialmente típica. (Grifo meu)

7) HC 110313 / MS - MATO GROSSO DO SUL

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 13/12/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. IMPUTAÇÃO DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTE. 1. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA AO EXAME DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. 2. **PERICULOSIDADE DO ORA PACIENTE/IMPETRANTE** EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI E POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA A PRISÃO CAUTELAR. 3. PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM CONCEDIDA A CORRÉU. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE SITUAÇÕES. (Grifo meu)

Trata-se de HC que visou questionar prisão cautelar sob o fundamento do excesso de prazo para a formação da culpa em crime de associação para o tráfico de drogas. Sentença condenatória superveniente tornou superado tal questionamento. Prisão cautelar mantido mesmo após a sentença, segundo o argumento de que há *periculosidade* do agente evidenciada pelo modus operandi e risco concreto de reiteração criminosa.

1. Alegação de excesso de prazo para a formação da culpa. Matéria que, pelo que se tem no julgado objeto do presente habeas corpus, não foi suscitada no Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de conhecimento desta impetração, sob pena de contrariedade à repartição constitucional de competências e indevida supressão de instância. Precedentes. 2. Superveniência da sentença condenatória que torna superada a questão relativa ao excesso de prazo para a formação da culpa. 3. Prisão do Paciente/Impetrante. Conforme reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o habeas corpus fica prejudicado apenas quando a sentença condenatória que mantém o réu preso utiliza fundamentos diversos do decreto de prisão preventiva, o que não ocorreu na espécie vertente. 4. Este Supremo Tribunal assentou que a **periculosidade do agente** evidenciada pelo modus operandi e o risco concreto de reiteração criminosa são motivos idôneos para a manutenção da custódia cautelar. 5. Pedido de extensão dos efeitos da concessão da ordem ao corréu Francisco Humberto Winckler Benites. Ausência de identidade entre a situação desse corréu e a do Paciente/Impetrante. 6. Habeas corpus conhecido em parte e, na parte conhecida, ordem denegada. (Grifo meu)

8) RHC 110741 / RS - RIO GRANDE DO SUL

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA

Julgamento: 13/12/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO PREENCHIMENTO DO

REQUISITO SUBJETIVO CONSTATADO EM AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA COMPREENDIDA NO GÊNERO EXAME CRIMINOLÓGICO. EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO PARA FINS DE PROGRESSÃO: POSSIBILIDADE, MESMO COM A SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 10.792/2003. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA.

Tal decisão apresenta um importante impacto para o funcionamento da justiça penal. Há aqui um Recurso Ordinário em HC que reconhece a possibilidade do exame criminológico para fins de progressão de regime. O juiz se utiliza de discursos “psi” e exteriores ao saber penal para embasar sua decisão. A periculosidade aparece, aqui, como algo a ser buscado, estudado, medido na personalidade do apenado.

1. Conforme entendimento firmado neste Supremo Tribunal, a superveniência da Lei n. 10.792/2003 não dispensou, mas apenas tornou facultativa a realização de exame criminológico para a aferição da personalidade e do **grau de periculosidade** do sentenciado. Precedentes. 2. As avaliações psicossociais estão compreendidas no gênero “exame criminológico” e podem servir de subsídio técnico para a formação da livre convicção do magistrado. 3. Impossibilidade de reexame de prova para análise do preenchimento do requisito subjetivo. Precedentes. 4. Recurso ao qual se nega provimento. (Grifo meu)

9) RHC 107856 / DF - DISTRITO FEDERAL
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 13/12/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa: ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS A HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 121, § 2º, II, DO CP E ART. 14 DA LEI Nº 10.826/2003). MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. GRAVIDADE DA CONDUTA E **PERICULOSIDADE** DO ADOLESCENTE DEMONSTRADOS PELO MODUS OPERANDI. PROPORCIONALIDADE E ADEQUAÇÃO CONCRETAMENTE DEMONSTRADAS NAS INSTÂNCIAS ORIGINÁRIAS. ART. 122, I, DO ECA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS DESPROVIDO. (Grifo meu)

Recurso ordinário constitucional questionando decisão do STJ que determinou a continuidade da internação do adolescente em virtude de prática de ato infracional. A decisão vai no sentido da decisão anterior atacada e mantém a internação reconhecendo ser a medida mais adequada.

3. Deveras, não apenas a prática de ato infracional mediante violência, mas também a adequação e proporcionalidade da medida de internação foram consignados nas instâncias originárias, revelando-se suficiente a fundamentação declinada para impor-se a privação da liberdade. 4. Ademais, a aferição sobre a efetiva contribuição do recorrente nos fatos, a fim de definir a medida socioeducativa mais adequada ao caso sub judice, demandaria revolvimento do conjunto fático-probatório, tarefa inviável nesta sede. 5. Parecer do MPF pelo desprovimento do recurso. 6. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

10) HC 107629 / PB - PARAÍBA
HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER
Julgamento: 07/02/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO CAUTELAR. **PERICULOSIDADE**. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DA CAUSA. ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. (Grifo meu)

Para finalizar a exposição pormenorizada das dez decisões recentes do STF que trazem em seu bojo a noção de periculosidade, vale a análise do HC 107629, que foi julgado no dia 07/02/2012 e portanto é um pouco mais antigo (questão de dias) do que o julgado analisado anteriormente. O aspecto interessante deste julgado é a construção da argumentação que denega a ordem. Há um excesso de prazo, porém como os integrantes são perigosos (e por isso a eles não são aplicadas as garantias constitucionais da duração razoável do processo e da presunção de inocência), “os prazos processuais devem amoldar-se às necessidades da vida”.

1. Homicídio qualificado cujas circunstâncias concretas indicam a pertinência do paciente a grupo de extermínio, o que é justificativa suficiente para a prisão cautelar diante da **periculosidade** dos integrantes e do risco de reiteração delitiva e à ordem pública. 2. Excesso de prazo decorrente da complexidade da causa e de dificuldades na instrução, com a oitiva de testemunhas por precatória. O iminente encerramento da instrução afasta a caracterização do excesso de prazo. 3. Em casos complexos e envolvendo crimes de acentuada gravidade concreta, há que tolerar alguma demora na instrução. **Os prazos processuais não são inflexíveis, devendo amoldar-se às necessidades da vida.** 4. Habeas corpus denegado. (Grifos meus)

3.3. Resultado das pesquisas acerca das cinquenta jurisprudências mais recentes no STJ e STF: em quais crimes aparece a periculosidade e qual o resultado das decisões?

Ademais da análise do discurso das dez decisões mais recentes das duas Cortes, foi feito um levantamento das cinquenta decisões mais recentes no STJ e STF e os resultados serão expostos a seguir. A divisão da pesquisa foi feita da seguinte forma: em quais crimes aparece a noção ou ideia de periculosidade e qual o resultado das decisões.

STJ: crimes nos quais aparece a noção de periculosidade (número de vezes em que aparece o termo, por crime)²⁶	
Tráfico e associação para o tráfico de drogas	8

²⁶ HC 226949, 228432, 221931, 221931, 217832, 217778, 212836, 213413, 193530, 226877, 202897, 209006, 217634, 151865, 206723, 219925, 226950, 214813, 199910, 167242, 223997, 223746, 223561, 222395, 223790, 207564, 214674, 171495, 218300, 163101, 199868, 204965, 191466, 210635, 221446, 200958, 224439, 216245, 207626, 193260, 189150, 219713, 219907, 226391, 220877, 216825, 197162, RHC 25826, 28158, AgRg no HC 130573.

Homicídio	10
Furto	17
Formação de Quadrilha	3
Roubo	11
Latrocínio	2
Falta grave (execução penal)	1
Extorsão	1
Lavagem de dinheiro	1

As decisões foram no seguinte sentido:

Ordem denegada	46 (92%)
Ordem concedida	4 (8%)

No STF houve a apuração dos seguintes resultados:

STF: crimes nos quais aparece a noção de periculosidade (número de vezes em que aparece o termo, por crime)²⁷	
Tráfico e associação para o tráfico de drogas	8
Homicídio	10
Furto	11
Formação de quadrilha	2
Roubo	2
Latrocínio	2
Porte de entorpecente em área militar	1
Estelionato	3
Porte ilegal de substância entorpecente	1
Apropriação indébita previdenciária	1
Exame criminológico (execução penal)	1
Ato infracional equiparado ao homicídio	1
Receptação de bens	1

²⁷ HC 107167, 107689, 108056, 108969, 108282, 110446, 110475, 110711, 110124, 110888, 107733, 107629, 109739, 110313, 109879, 110024, 108091, 110004, 1100353, 108946, 109037, 108134, 109054, 105868, 107339, 101443, 107679, 101698, 109230, 107184, 101537, 109436, 108431, 108512, 108794, 107483, 108244, 109081, 108872, 107644, 107674, 102475, 104522, 106790, 100367, 108652, RHC 110741, 107856, 100383, Rcl 8712.

Extorsão mediante sequestro	1
Uso de algema (Rcl 8712/RJ)	1
Medida de segurança (execução penal)	1
Atentado violento ao pudor contra menor	1
Atentado violento ao pudor e corrupção de menores	1
Contrabando	1

As decisões foram no seguinte sentido:

Ordem denegada	38 (76%)
Ordem concedida	12 (24%)

4. Considerações finais

Os resultados da pesquisa materializam, por assim dizer, os estudos a respeito da expansão e funcionamento do sistema penal no final do século XX e início do século XXI. Vem ganhando espaço, na construção epistemológica do direito penal, as teses de Jakobs, a respeito do direito penal do inimigo, a ideia de que um inimigo, perigoso, não deve ser tratado exatamente como uma pessoa. “Satã é substituído pelo degenerado, que ainda deve ser neutralizado”²⁸. A essência da ideia de inimigo é tirar do indivíduo a sua humanidade, negar o seu reconhecimento como pessoa.

Nas pesquisas foi possível apurar uma grande quantidade de crimes contra o patrimônio em que foi reconhecida no agente uma periculosidade social. Não seria exagero dizer que um percentual considerável de presos que lotam os presídios e carceragens pelo Brasil decorra de crimes contra o patrimônio. O STF e o STJ, as cortes mais importantes do país, investem tempo e recursos humanos no julgamento e feitura de decisões relativas, muitas vezes, a crimes de furto de bens avaliados em R\$ 50,00 (cinquenta reais), como demonstrou um dos casos analisados.

O resultado das pesquisas podem indicar o que Wacquant chamou de “transição da gestão social para o tratamento penal das desordens, induzida pela fragmentação do trabalho

²⁸ PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: elementos para uma reflexão crítica**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Salvador - BA, nos dias 19, 20 e 21 de junho de 2008, p. 5486-5503.

assalariado”²⁹, embora no Brasil esta transição de fato talvez nunca tenha ocorrido, pois temos em nosso sangue, desde o nosso nascedouro enquanto nação, o hábito de punir e recorrer às práticas policiais e repressivas quando se trata de gestão social. A pesquisa, todavia, não serve para dizer o que já se sabe, mas mostrar os mecanismos de funcionamento do poder punitivo e contra quem de fato ele opera. Com efeito, é um poder que não apenas reprime, mas instaura uma estética da punição e do delinquente. As estratégias punitivas acoplam-se aos veículos de comunicação quando se trata de construção da imagem do criminoso. Em outras palavras, o poder punitivo, além de reprimir, também produz delinquentes, mediante o funcionamento do sistema penal que alimenta e é retroalimentado pelos veículos midiáticos que reproduzem a imagem do criminoso em nosso cotidiano. Como diz Marx, citado por Wacquant:

O criminoso produz uma impressão ora moral, ora trágica, e presta um “serviço” ao despertar os sentimentos morais e estéticos do público. Ele produz não somente os manuais de lei penal e a própria lei penal, e portanto os legisladores, mas também a arte, a literatura e o teatro dramático [...] O criminoso rompe com a monotonia e a segurança da vida burguesa. Assim, ele a protege da estagnação e suscita essa tensão constante, essa mobilidade de espírito sem a qual o estímulo da própria competição esmoreceria.³⁰

Quanto ao aparecimento da noção de periculosidade e sua utilização em julgamentos como fundamento para punir ou para aplicar ou não o princípio da insignificância, cabe-nos fazer algumas observações para futuras pesquisas: sabe-se que a maioria dos presos hoje encontra-se em caráter provisório, com prisões decretadas cautelarmente, antes de sentença com trânsito em julgado (Zaffaroni fala em medidas de contenção aplicadas a processados não condenados para aproximadamente 3/4 dos presos na América Latina³¹). Por isso, para este fim, e para continuar produzindo prisões de maneira industrial e frenética, o sistema tenha encontrado uma utilização favorável do dispositivo da periculosidade. Devemos lembrar que a noção de periculosidade, construída pelo direito penal, deve ser aplicada aos casos de inimputabilidade penal, sujeitos a medidas de segurança. Na pesquisa, apenas um caso, pesquisado no STF, apresentou a noção de periculosidade vinculada à aplicação de medida de segurança.

²⁹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. – Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 63.

³⁰ MARX, Karl. **Theories of Surplus Value**. Citado em Tom Bottomore e Maximilien Rubel (org.). **Karl Marx: Selected Writings in Society and Social Philosophy**. Nova Iorque: McGraw-Hill, 1958, p.159. In: WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. – Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 63.

³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 70.

A isso soma-se uma tendência mundial de adotar legislações penais cada vez mais autoritárias, que permitam uma defesa contra atos nebulosos de terrorismo (leia-se: suspender garantias constitucionais de determinados presos), com as “guerras preventivas de intervenção unilateral e legislações autoritárias com poderes excepcionais”³². No Brasil, assistiu-se ao surgimento, em 2003, do Regime Disciplinar Diferenciado, com a Lei 10.792/2003, que alterou a Lei de Execução Penal. Desta forma, a noção de periculosidade apresenta-se de forma útil para cancelar uma punição cautelar e uma punição com mais rigor. Serve também para impedir a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, figurando como “condição subjetiva desfavorável”, presente no subjetivismo dos aplicadores das leis (para os quais ela é bastante “real”). Serve também para impedir a progressão de regime prisional, a partir da análise dos mesmos requisitos subjetivos pelos juízes. Não raro a noção de indivíduo perigoso, com periculosidade social intensa, vem acompanhada da noção de manutenção da ordem pública. A partir dos resultados das pesquisas, em que os resultados de reconhecimento de periculosidade mostraram que houve uma concentração sobretudo nos crimes patrimoniais (furto, roubo, latrocínio, extorsão, estelionato), cabe-nos perguntar qual ordem pública e qual sociedade se quer defender.

5. Referências

ABRAMOVAY, Pedro. **O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal**. In: Depois do grande encarceramento, seminário / organização Pedro Vieira Abramovay, Vera Malaguti Batista. – Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. trad. Fernando Tomaz. 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. – Rio de Janeiro: Revan, 2011.

³² Ibid. p. 66.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. trad. Berilo Vargas. 7. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. **A esquerda punitiva**. In: Discursos Sediciosos, nº 1, Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal, vol. 1**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NEDER, Gizlene. **Criminalidade, justiça e mercado de trabalho no Brasil**. São Paulo: Edusp, 1986.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil: elementos para uma reflexão crítica**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Salvador - BA, nos dias 19, 20 e 21 de junho de 2008, p. 5486-5503.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. – Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.