

CRITÉRIOS IMPLÍCITOS DE RISCO NA PRISÃO PREVENTIVA POR TRÁFICO DE DROGAS: JUSTIÇA ATUARIAL, SELETIVIDADE PENAL E JURISPRUDÊNCIA PAULISTA

IMPLICIT RISK CRITERIA IN PRETRIAL DETENTION FOR DRUG TRAFFICKING: ACTUARIAL JUSTICE, PENAL SELECTIVITY, AND SÃO PAULO CASE LAW

CRITERIOS IMPLÍCITOS DE RIESGO EN LA PRISIÓN PREVENTIVA POR TRÁFICO DE DROGAS: JUSTICIA ACTUARIAL, SELECTIVIDAD PENAL Y JURISPRUDENCIA DE SÃO PAULO

Tiago Cicotti Furtado¹

RESUMO: Esse artigo buscou analisar os critérios implícitos de risco na decretação de prisão preventiva no crime de tráfico de drogas, procurando identificar em que medida a justiça criminal opera reproduzindo o discurso da Política Criminal Atuarial à margem dos direitos públicos subjetivos previstos na Constituição Federal. A pesquisa possui caráter qualitativo, com enfoque analítico e descritivo e prevê a adoção de três principais métodos: pesquisa bibliográfica, análise de jurisprudência e estudo de caso. A pesquisa bibliográfica consistiu em uma revisão da literatura acadêmica sobre o tema, com a seleção de pesquisas acadêmicas, artigos, teses e dissertações, além de futura análise de casos da jurisprudência paulista. A pesquisa parte da hipótese de que as fundamentações sobre ordem pública, gravidade abstrata e periculosidade indicam a presença de uma racionalidade atuarial implícita. Procurou-se elucidar a aplicação de um padrão decisório que se afasta dos princípios e garantias fundamentais dos cidadãos e reproduz discursos históricos fundada em exclusão social, estigmas sociais e seletividade penal, de forma que fundamentações sobre ordem pública, paz social e periculosidade embasam a incapacitação seletiva de setores vulneráveis da sociedade.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Tráfico de drogas. Justiça atuarial.

ABSTRACT: This article sought to analyze the implicit risk criteria involved in ordering pretrial detention for drug trafficking offenses, aiming to identify the extent to which the criminal justice system operates by reproducing the discourse of Actuarial Criminal Policy, bypassing the subjective public rights enshrined in the Federal Constitution. The study is qualitative in nature, employing an analytical and descriptive approach, and utilizes three primary methods: a literature review, case law analysis, and a case study. The literature review involved examining academic scholarship on the subject—selecting research papers, articles, theses, and dissertations—alongside an analysis of case law from the state of São Paulo. The research is based on the hypothesis that justifications citing public order, the abstract gravity of the offense, and dangerousness indicate the presence of an implicit actuarial rationality. The study sought to elucidate the application of a decision-making pattern that diverges from fundamental principles and citizen guarantees, instead reproducing historical discourses rooted in social exclusion, social stigma, and penal selectivity; consequently, justifications regarding public order, social peace, and dangerousness serve to underpin the selective incapacitation of vulnerable segments of society.

Keywords: Pre-trial detention. Drug trafficking. Actuarial justice.

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Adamantina/FAI (2025). Especialista em Metodologia do Ensino de Filosofia e Sociologia pelo Centro Universitário Barão de Mauá de Ribeirão Preto/SP. Centro Universitário de Adamantina. Centro Universitário Barão de Mauá. Unesp.

RESUMEN: Este artículo tuvo como objetivo analizar los criterios de riesgo implícitos en la imposición de la prisión preventiva por delitos de tráfico de drogas, buscando determinar en qué medida el sistema de justicia penal opera reproduciendo el discurso de la política criminal actuarial, al margen de los derechos públicos subjetivos consagrados en la Constitución Federal. El estudio es de naturaleza cualitativa, emplea un enfoque analítico y descriptivo, y utiliza tres métodos principales: revisión bibliográfica, análisis de jurisprudencia y estudio de caso. La revisión bibliográfica consistió en examinar la literatura académica sobre el tema —seleccionando trabajos de investigación, artículos, tesis y disertaciones—, junto con un análisis de la jurisprudencia del estado de São Paulo. La investigación parte de la hipótesis de que las justificaciones que invocan el orden público, la gravedad abstracta del delito y la peligrosidad evidencian la presencia de una racionalidad actuarial implícita. El estudio buscó esclarecer la aplicación de un patrón de toma de decisiones que se aparta de los principios fundamentales y de las garantías ciudadanas, reproduciendo en su lugar discursos históricos arraigados en la exclusión social, el estigma social y la selectividad penal; en consecuencia, las justificaciones relativas al orden público, la paz social y la peligrosidad sirven de fundamento para la incapacitación selectiva de sectores vulnerables de la sociedad.

Palabras clave: Prisión preventiva. Tráfico de drogas. Justicia actuarial.

1 INTRODUÇÃO

O sistema penal brasileiro tem produzido encarceramento em massa e a prisão preventiva se constitui como umas das causas principais deste fenômeno. Além disso, a promulgação da Lei de nº. 11.343/2006 (Lei de Drogas) impulsionou decisivamente o aumento da população carcerária brasileira nos últimos anos, fazendo com que o Brasil ocupe o terceiro lugar mundial em números absolutos de presos. Sob a justificativa de combate à criminalidade e a defesa da ordem social, a legislação não apenas foi incapaz de seu desígnio, como reforçou o caráter seletivo do sistema penal brasileiro à semelhança da política criminal instalada em outros países. Tal contexto, encontra reflexos diretos na prática jurisprudencial da justiça pátria, cuja lógica se sustenta pela gestão da criminalidade num contexto social racionalizado que visa o controle das chamadas classes perigosas (Dieter, 2012).

Considerando que cerca de um terço dos presos custodiados nos presídios brasileiros respondem processo ou cumprem pena relativos ao crime de tráfico de drogas, este artigo se propõe examinar a prisão preventiva em crimes de tráfico, com específica atenção sobre os casos cujos fundamentos judiciais se relacionam à ordem pública, a gravidade do delito, a periculosidade e o risco de reiteração. Ademais, cumpre observar que a medida cautelar preventiva desempenha fator expressivo sobre o fenômeno do hiperencarceramento. Neste cenário, o problema que orienta este artigo consiste em compreender em que medida decisões judiciais que decretam ou mantêm prisões preventivas nos crimes de tráfico de drogas reproduzem critérios implícitos de risco compatíveis com a lógica da justiça atuarial. Ainda que

o Brasil não utilize expressamente instrumentos atuarias formais, cumpre avaliar o grau de reprodução da racionalidade atuarial por meio de categorias genéricas de risco na dinâmica das decisões judiciais na seara penal.

Diante do cenário crítico do sistema penitenciário reconhecido no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 pelo STF, o qual considerou a violação massiva de direitos humanos, a superlotação crônica dos presídios e a omissão estrutural dos poderes públicos, este artigo objetiva analisar, a partir dos paradigmas da Criminologia Crítica, o teor dos fundamentos que justificam a prisão preventiva em crimes de tráfico de drogas, a fim de refletir sobre os mecanismos de antecipação de culpabilidade, controle de risco e seletividade penal.

A metodologia de pesquisa adotada para embasamento deste artigo envolve a pesquisa bibliográfica em Criminologia Crítica, política criminal e processo penal, além de análise documental referente a decisões judiciais selecionadas do Tribunal de Justiça de São Paulo. Ressalta-se, todavia, que no que concerne a pesquisa documental, esta será procedida futuramente para fins de corroboração das hipóteses levantadas pelo aspecto teórico da bibliografia consultada.

A estrutura textual do presente artigo se dará, primeiramente, pela discussão acerca do fenômeno do encarceramento em massa e sua relação com a política de combate às drogas e a prisão preventiva como instrumento penal de repressão criminal. Em seguida, será examinado o conceito de justiça atuarial e sua relação com a seletividade penal. Na sequência, serão abordados os principais fundamentos genéricos comumente utilizados na decretação da prisão preventiva nos crimes de tráfico de drogas. E, finalmente, serão feitas as considerações críticas acerca dos riscos constitucionais da espécie de racionalidade decisória adotada predominantemente pela prática judicial na seara criminal.

Sob essa perspectiva, propõe-se investigar em que medida o Tribunal de Justiça de São Paulo tem reproduzido um discurso incriminador das classes vulneráveis, ainda que sob a justificativa do combate ao crime organizado e a manutenção da ordem pública. Uma vez que a adoção de medidas rigorosas e punitivistas suprimem garantias individuais fundamentais sob a égide da segurança pública, resta refletir a que serve a lógica do gerenciamento do crime.

2 DESENVOLVIMENTO

ENCARCERAMENTO EM MASSA, LEI DE DROGAS E PRISÃO PREVENTIVA

Em um contexto de aumento vertiginoso da população carcerária e endurecimento das leis penais, faz-se mister trazer à luz a aplicação da lógica atuarial como elemento ideológico que fundamenta as decisões da jurisprudência criminal no estado de São Paulo, tendo como foco de análise sua posição na história da política criminal e suas consequências, especificamente em relação a decretação da prisão preventiva nos crimes de tráfico de drogas.

Nesse contexto, é pertinente indicar que a jurisprudência criminal exerce papel fundamental na configuração dos sistemas penais e penitenciários. O que significa que a prática cotidiana da justiça em suas diferentes instâncias está profundamente entrelaçada com uma prática histórica de Política Criminal. A compreensão destas relações através dos conceitos desenvolvidos pela Criminologia Crítica pode ajudar a enriquecer o debate sobre aquilo que se considera critério implícito de risco. É neste sentido que o trecho seguinte de Vera Malaguti Batista ajuda a elucidar a questão:

O problema da droga está situado no nível econômico e ideológico. Com a transnacionalização da economia e sua nova divisão do trabalho, materializam-se novas formas de controle nacional e internacional. Foi criado todo um sistema jurídico-penal com a finalidade de criminalizar e apenar determinadas drogas. O sistema neoliberal produz uma visão esquizofrênica das drogas, especialmente a cocaína: por um lado, estimula a produção, comercialização e circulação da droga, que tem alta rentabilidade no mercado internacional, e por outro lado constrói um arsenal jurídico e ideológico de demonização e criminalização desta mercadoria tão cara à nova ordem econômica. (BATISTA, 2003, p. 81-82).

Tal como exposto pela autora brasileira, a criminalização das drogas deve ser compreendida e analisada a partir do contexto socioeconômico neoliberal no qual políticas públicas de desenvolvimento social são negligenciadas a fim de se manter as desigualdades históricas que assolam o tecido social brasileiro. Resta, portanto, questionar o grau de seletividade dentro do qual se opera o sistema penal, tendo em vista os mecanismos de criminalização primária e secundária proporcionados pelas agências de controle social punitivo. Por isso, tendo em vista estes processos de criminalização, a autora considera, a par das ideias de Baratta e Foucault, a forma como o poder incide sobre as camadas vulneráveis da sociedade:

Alessandro Baratta relaciona a teoria do poder em Foucault com a atual política anti-drogas. Ele analisa a imagem social estereotipada do criminoso (classes operárias, minoriais

raciais e grupos marginalizados) e o fenômeno que faz com que a criminalização de determinadas substâncias preceda o aparecimento do problema social. A dramática concentração da opinião pública e da ação repressiva do Estado não tem como fator determinante o incremento do consumo real, mas sim o incremento do controle levado a cabo pela medicina e pelo direito penal. São movimentos ligados à disputa de poder interno e internacional. O autor insere a atual política de drogas no sistema de poder pastoral do Estado tecnocrático, onde a criminalização substitui a delimitação de segmentos sociais (BATISTA, 2003, p. 82).

À luz das ideias dos autores supracitados, revela-se que a política de combate às drogas acaba por se legitimar, para além das instituições oficiais de controle social, também através da manipulação ideológica propugnada pelos meios de comunicação de massa, uma vez que são estes os instrumentos insidiosos pelos quais a medicina e o direito penal produzem os significados da repressão às drogas perante a opinião pública, consolidando assim os mecanismos de criminalização. Pode-se identificar, neste sentido, que a legislação penal parece ir além das normas legais, necessitando da corroboração perante a opinião pública de uma imagem construída de “criminoso”, “delinquente”, “inimigo”, dentre outras alcunhas utilizadas para se referir a parcela da sociedade selecionada pelos mecanismos de criminalização. Salo de Carvalho caracteriza bem este processo, referindo-se à criminalização secundária na obra “A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06”:

5

A interpretação e a aplicação das regras do direito e do processo penal, como amplamente demonstrado pela crítica criminológica e dogmática, escapam aos limites das normas legais. Sobretudo quando se trata de criminalização secundária, ou seja, durante a eficaz incidência das instituições penais na captura do indivíduo selecionado, inúmeros signos interpretativos *praeter e citra legem* impõem-se, pautando as estratégias de punitividade. (CARVALHO, 2013, p. 157).

O autor brasileiro compreende que na história dos sistemas penais são definidas metanormas que viabilizam às agências oficiais de controle, tais como MP, Polícia Civil, Magistrados e Agentes Penitenciários, a identificação e formulação da imagem do “criminoso”. Segundo Carvalho, na América Latina a herança do positivismo lombrosiano continua a perpetrar e fundamentar a política criminal de repressão. Nesta medida, é possível identificar uma pista histórica e genealógica no campo da ideologia jurídico-penal que permite relacionar os critérios implícitos de decretação da prisão preventiva com a imagem estereotipada de

criminoso formulada no bojo do pensamento etiológico tradicional. Assim, Salo de Carvalho descreve a função dos estereótipos criminais no funcionamento do sistema penal:

Os estereótipos criminais não apenas modelam o agir dos agentes da persecução, sobretudo das polícias, como direcionam o raciocínio judicial na eleição das inúmeras variáveis existentes entre as hipóteses condenatórias ou absolutórias e à fixação da quantidade, qualidade e espécie de sanção. (CARVALHO, 2013, p. 158).

As consequências do autoritarismo e do punitivismo e suas recentes reconfigurações, destacadas pelos estudos da Criminologia Crítica, tendem a recair sobre os setores mais vulneráveis da população, uma vez que no contexto da lógica da seletividade penal, na maioria das sociedades, o monopólio legítimo da violência estatal seleciona dentro das classes marginais o alvo preferencial de repressão criminal, tal como aponta Salo de Carvalho, especificamente em relação à criminalização do tráfico de drogas por meio da Lei:

[...] a eleição do uso e do comércio de droga e de seus sujeitos como inimigos da sociedade tem reduzido toda a discussão sobre o problema ao âmbito do penal, impossibilitando a busca por soluções menos danosas e efetivas alternativas à criminalização, em face da demonstração da absoluta incapacidade resolutiva do sistema penal. Pelo contrário, o proibicionismo apenas potencializou efeitos colaterais à incriminação: a promessa de contramotivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e com intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população. A manutenção da ilegalidade da droga produziu sérios problemas sanitários e econômicos; favoreceu o aumento da corrupção dos agentes do poder repressivo; estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes; e restringiu os programas médicos e sociais de prevenção. (CARVALHO, 2013, p. 277-278).

Feitas as considerações acerca da seletividade penal e da criminalização dos setores vulneráveis da sociedade, cumpre ressaltar o aspecto relativo à instrução processual dos acusados nos crimes de tráfico no que tange especificamente à decretação da prisão preventiva a partir de critérios implícitos de riscos. Propõe-se avaliar em que medida a decretação irrestrita da prisão preventiva contribui para sua banalização atentando assim contra o princípio da presunção de inocência e transformando-se em cumprimento de pena antecipada pelo acusado, o que afronta diretamente princípios constitucionais processuais penais, tais como o da proporcionalidade e da presunção de inocência. Atualmente, a prisão preventiva é regulamentada pelo Código de Processo Penal que preceitua a impossibilidade da decretação por

ofício pelo juiz. Tal impedimento tem por objetivo assegurar ao processo penal pátrio a execução do sistema acusatório em contraposição ao inquisitório, uma vez que mais adequado ao Estado Democrático de Direito preceituado pela Constituição. Todavia, faz-se mister rememorar o contexto cultural inquisitorial dominante, anterior à adoção do sistema acusatório (ou misto, confusão que dificulta a regulação efetiva deste instrumento processual, como será analisado em seguida), como descreve Aury Lopes Junior:

Durante muito tempo, por conta da cultura inquisitória dominante, se admitiu que o juiz decretasse a prisão preventiva de ofício no curso do processo ou que convertesse a prisão em flagrante em preventiva, de ofício. O erro era duplo: primeiro permitir a atuação de ofício (juiz ator = ranço inquisitório), em franca violação do sistema acusatório; depois em não considerar que o ativismo judicial implica grave sacrifício da imparcialidade judicial, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. (LOPES JUNIOR, 2026, p. 721)

Ainda, segundo o autor, a atuação de ofício do juiz em papel ativo na investigação confronta diretamente o princípio da imparcialidade judicial e da jurisdicionalidade, uma vez que no sistema acusatório, adotado pelo ordenamento pátrio, o Estado representado na figura do juiz deve manter-se alheio ao interesse das partes, permanecendo inerte até que seja provocado para atuar. Entretanto, no Brasil tem-se observado que na esfera penal, os juízes tem muitas vezes demonstrado o papel de protagonistas na execução de suas funções judiciais, o quem tem implicado numa série de polêmicas e impedido a consagração dos princípios constitucionais no contexto do processo penal. Tanto que o STJ, a fim de tentar sedimentar o entendimento acerca da atuação judicial na seara da prisão preventiva, publicou a Súmula nº 676: “Em razão da Lei n. 13.964/2019, não é mais possível ao juiz, de ofício, decretar ou converter prisão em flagrante em prisão preventiva.” (STJ, 2024).

Todavia, o mesmo STJ em decisão proferida no julgamento do HC 145.225/2022, 6ª Turma, resolveu que o juiz pode decretar medidas cautelares ainda que mais gravosas que aquelas requeridas pelo MP, não caracterizando decretação de ofício. Para Aury Lopes Junior, tal entendimento opõe-se ao que a própria Turma argumentara, asseverando:

Decretar uma prisão preventiva quando o órgão acusador postula a aplicação de uma fiança, monitoramento eletrônico ou qualquer outra medida cautelar diversa da prisão é sim decretar uma prisão sem pedido, é, portanto, decretar uma prisão de ofício, violando o *ne procedat*

iudex ex officio, a estrutura acusatória constitucional e o princípio da correlação. Neste ponto, portanto, a decisão é completamente equivocada e não supera os argumentos que a própria Turma adota para vedar (corretamente) a prisão preventiva de ofício. (LOPES JÚNIOR, 2026, p. 722).

Esta circunstância, portanto, parece contribuir para o fenômeno da banalização da decretação da prisão preventiva, uma vez que faz retornar às mãos do magistrado “o poder” de decretar de ofício a prisão preventiva. Além disso, para Aury Lopes, os requisitos legais da prisão preventiva devem ser observados sob o olhar sistemático e constitucional, uma vez que as expressões “indícios suficientes de autoria” e “garantia da ordem pública”, como expressas no artigo 312 do CPP, não indicam por si só os atributos da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade, condições mínimas para imputação de conduta criminosa, além de contrariarem o caráter cautelar e excepcional da prisão provisória:

Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais e possuem um defeito genético. Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-as indevidamente como medidas de segurança pública. A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos.

8

Para além disso, a prisão para garantia da ordem pública encerra um insuperável problema: se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para fazer valer seus atos prepotentes (LOPES JUNIOR, 2026, p. 731).

A leitura crítica dos referidos dispositivos nos permite inferir que a própria redação do Código de Processo Penal possui falhas e lacunas que não se coadunam aos princípios constitucionais estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito. Tal questão remete a um anacronismo histórico relevante e que se revigora regularmente, tal como demonstrou o resgate do conceito lombrosiano de “periculosidade” pela Lei n. 15.272/2025 inserido no art.312, § 3º, a

fim de “dar concretude ao vago conceito de ordem pública” (Lopes Júnior, 2026). Assim, a descaracterização da prisão preventiva em referência a sua cautelaridade, implica em inversão da proibição legal de antecipação de pena, na qual se verifica que um mecanismo provisório tende a se tornar mais gravoso do que a medida condenatória definitiva.

A banalização da prisão preventiva, sedimentada pelos instrumentos processuais penais analisados acima, tem relação direta com o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e demonstra, portanto, a necessidade de controle rigoroso das prisões cautelares tendo em vista o avanço da sanha punitivista e autoritária no processo penal pátrio, uma vez que parcela considerável da população carcerária no Brasil cumpre pena em caráter preventivo.

No contexto do crime de tráfico de drogas, esta situação parece mais grave, uma vez que os indivíduos criminalizados são em sua maioria jovens, negros e periféricos, cuja vulnerabilidade social e o distanciamento relativos ao acesso à justiça fazem com que a punição criminal recaia de maneira mais brutal sobre as parcelas marginalizadas da sociedade (Zaccone, 2014). Nesta perspectiva, há de se pensar sobre os modelos de atuação adotados pela justiça criminal, cujo poder de repressão demonstra que as classes vulneráveis estão sempre à mercê da política criminal vigente, o que pode ser observado com clareza no discurso midiático de combate ao crime e as medidas de segurança cujo instrumento mais explícito é a violência estatal perpetrada pelas forças policiais. O que nos induz ao necessário e urgente exame acerca dos fundamentos decisórios da preventiva, se baseados em fatos concretos ou em prognósticos abstratos de risco a partir da lógica da justiça atuarial.

JUSTIÇA ATUARIAL E SELETIVIDADE PENAL

Com o fracasso das promessas ressocializadoras e reeducadoras do sistema penal e prisional verificadas a partir das décadas de 70 e 80 nos EUA, emerge a chamada “criminologia administrativa” cujos aspectos fundamentais foram conceituados inicialmente por Malcolm Feeley e Jonathan Simon em artigos produzidos em 1992 e 1994. Para estes autores, o atuarialismo alterou os pressupostos tradicionais do sistema penal adotado durante todo o século XX, de modo a substituí-los por práticas tecnocráticas sem qualquer pretensão de mudança social como um todo. Neste sentido, Anitua (2008, p. 814) caracteriza a justiça atuarial:

A justiça atuarial modifica a maneira como se concebe e se fala sobre a política criminal, mas não porque é uma ideologia ou pensamento no sentido de um conjunto de crenças e ideias

que impulsionam a ação. Ao contrário, impõe práticas, mas não as reduz a uma tecnologia específica ou a um conjunto de comportamentos guiados por uma racionalidade idêntica. A justiça penal atuarial é poderosa e significativa, para Feeley e Simon, precisamente porque carece de um pensamento bem articulado e porque não se identifica com uma tecnologia específica. Desse modo, torna-se difícil de ser combatida, e essa indefinição contribuiu para o seu poder.

No contexto de emergência da justiça atuarial, surgiu nos EUA uma série de instrumentos técnicos de gerenciamento do risco de modo a permitir a administração penal e penitenciária a classificação contábil de grupos considerados perigosos (Anitua, 2008). Assim, a lógica atuarial não pretende a punição de indivíduos, mas sim a gestão contábil-administrativa de grupos e classes considerados perigosos (Dieter, 2012). O modelo de gerencialismo penal encontrou nas teorias estatísticas da incapacitação seletiva seu fundamento de operação técnica e teórica. Nos EUA, as teses da incapacitação seletiva fomentaram a adoção de instrumentos atuariais formais, tal como a lei californiana dos “*Three strikes*” de 1994, e guiaram uma nova Política Criminal baseada no controle de riscos de grupos perigosos. Neste sentido, descreve Dieter (2012, p. 91):

Autorizada formalmente a detenção por longos períodos de tempo, estava aberto enfim o caminho para incapacitação seletiva dos criminosos de alto risco mediante simples confinamento. Dispensado de atender à ineficiente função de ressocialização, o passo seguinte foi adaptar o sistema penitenciário para executar esta atribuição, o que provocou mudanças significativas em seu cotidiano a partir da década de 80. Desde então, conforme o sistema de gestão, os presos deveriam ser organizados dentro de estruturas adequadas ao seu nível de risco e o modelo adotado para este fim foi o “warehousing” (armazenamento), que remete à logística própria de manutenção do estoque e distribuição automatizada de produtos em grandes depósitos com o menor custo possível. Presídios foram reformados ou construídos em torno desta ideia, que justificava o isolamento como forma mais segura para redução dos riscos inerentes à contenção de seres humanos em grande escala.

No Brasil, em que pese a ausência de instrumentos atuariais formais de gerenciamento de risco de grupos perigosos tal como adotados nos EUA, pode-se verificar, entretanto, a presença da racionalidade atuarial implícita que sustenta e norteia a Política Criminal e a atuação das diferentes agências penais e penitenciárias. No contexto da decretação de prisões preventivas, categorias abstratas como “periculosidade”, “risco à ordem pública” e “probabilidade de reiteração” são fundamentos comuns de motivação das decisões do sistema

de justiça penal (Lopes Júnior, 2026) e tendem a reproduzir lógica semelhante às ferramentas estatísticas de cálculo de risco.

A seletividade penal, ao lado do etiquetamento e da estigmatização de grupos vulneráveis, é efeito direto do aumento da punitividade estatal (Carvalho, 2013). Neste sentido, a aplicação da lógica atuarial na administração do sistema de justiça criminal implica na atualização dos mecanismos de seleção das classes vulneráveis a partir da criminalização primária e secundária. Assim, não parece haver dúvida, no contexto brasileiro, que a racionalidade atuarial, travestida com a roupagem do discurso da neutralidade técnico-administrativa, tende a corroborar os matizes da seletividade penal denunciados pela Criminologia Crítica em seus primórdios.

Da reflexão crítica sobre o papel da lógica atuarial incluída como novo paradigma de Política Criminal adotado pelos sistemas penais, importa a propósito observar sua relação intrínseca ao controle social das chamadas classes perigosas. Considerando o contexto histórico-social brasileiro de base colonial e escravista, o estudo das relações do poder punitivo não pode deixar de incluir em seu horizonte a construção do imaginário racista a respeito das classes rotuladas como perigosas:

A economia política da pena revela, pois, a razão do nascimento do poder punitivo no Brasil destinado ao controle social da população negra em punições públicas e privadas, bem como práticas policiais e de criminalização que, ainda no século XXI, teimam em permanecer sobre os mesmos destinatários. As relações entre sistema penal e reprodução do modo de produção vigente conferem um importante caminho para a compreensão do papel da pena em sua dimensão histórica e concreta. (Cacicedo, 2022, p. 387).

II

A partir da identificação genealógica do poder punitivo pátrio e a recepção recente do viés gerencialista de condução do sistema penal, cumpre indagar se a prisão preventiva tem operado menos como resposta a um risco processual concreto e mais como mecanismo de neutralização de grupos previamente selecionados como perigosos.

A instrumentalização da prisão preventiva para fins de gestão de risco opõe-se frontalmente ao princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que alicerçada em suposição abstrata que pretende controlar uma possibilidade futura, a decretação da preventiva dentro destes moldes ofende também os requisitos legais da fundamentação concreta. Além disso, cumpre ressaltar que no ordenamento jurídico pátrio, as prisões cautelares são a exceção

e não a regra do processo penal. Aury Lopes Junior (2023, p. 21) bem descreve a difícil coexistência entre princípios constitucionais e as prisões cautelares:

[...] a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a *ultima ratio* do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que FERRAJOLI denomina “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”.

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.

2.3 Fundamentos genéricos da prisão preventiva: ordem pública, periculosidade e risco de reiteração

No Brasil, a partir da consolidação da Política Criminal de Drogas e sua cristalização com a Lei 11.343/06, tem-se verificado o aumento exponencial da população carcerária, causado pelas prisões relacionados aos crimes de tráfico de drogas, além de se ter fortificado um discurso político e midiático em torno da figura do traficante como elemento “perigoso”. Assim, procura-se investigar nesta seção o frequente uso de fundamentos genéricos da prisão preventiva, tais como ordem pública, periculosidade e risco de reiteração.

A prisão preventiva motivada sob o fundamento da garantia da ordem pública é inconstitucional, pois não se coaduna com o objeto da prisão cautelar, uma vez que neste momento processual não se procura “fazer justiça”, mas sim, estabelecer parâmetros para o andamento do processo de conhecimento. Além disso, a prisão preventiva deve se justificar a partir de elementos concretos e não apenas à gravidade abstrata do delito:

Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim a garantir o normal funcionamento da justiça por meio 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 quadrado.

Trata-se de grave degeneração transformar uma medida processual em atividade tipicamente de polícia, utilizando-a indevidamente como medida de segurança pública.

A prisão preventiva para garantia da ordem pública ou econômica nada tem que ver com os fins puramente cautelares e processuais que marcam e legitimam esses provimentos. (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 52).

A tendência em fundamentar a prisão preventiva a partir da gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas também é problemática, pois contraria diretamente o que dispõe o art. 312, §4º do CPP. Tal indicativo exemplifica, no entanto, o conjunto de metarregras orientadoras da agências criminais no Brasil e se coaduna com a inserção equivocada da noção de periculosidade pela Lei 15.272/2025 em seu art. 312, §3º:

Na história dos sistemas penais, o marco teórico de definição das metanormas que direcionarão as agências administrativas (Polícia e Ministério Público), judiciais (Magistrados singulares e Tribunais) e executivas (Agentes Penitenciários) será a formulação do tipo ideal de criminoso pelo positivismo criminológico. [...]

[...] Característica comum deste estado de inimizade, nas políticas de repressão à criminalidade de massas ou organizada, é a vulnerabilidade do sujeito ao rótulo da periculosidade, seja pela atribuição ou pela adesão do estigma. (CARVALHO, 2013, p.158-159).

Neste contexto, a decretação automática de prisão preventiva para crimes de tráfico de drogas fundamentada apenas na gravidade do delito, passa a se caracterizar como regra, e não exceção, contrariando a excepcionalidade da medida. Tal como exposto, o funcionamento das agências criminais opera sob determinada lógica política de criminalização a determinadas condutas e grupos, o que tende a afrontar princípios constitucionais conquistados. Assim, a adoção das noções de periculosidade e risco de reiteração dentro do processo penal tendem a contribuir para o fortalecimento de um Direito Penal de 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 quanto 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... (LOPES JÚNIOR, 2023, p. 55).

Diante do exposto, conclui-se que a repetição de fundamentos genéricos indica a presença de uma racionalidade decisória voltada à neutralização de riscos no âmbito dos processos penais envolvendo crimes de tráfico de drogas, permanecendo aquém da proteção concreta do processo penal. Ademais, as agências penais, contrariamente aos princípios constitucionais, embora amparadas pela presença de noções problemáticas presentes no próprio CPP, tendem a reproduzir o fenômeno das desigualdades sociais a partir da seletividade penal e da estigmatização de grupos vulneráveis, tal como entende Aury Lopes Júnior ao se referir a vagueza das noções mencionadas acima:

Esse tipo de categoria é curinga hermenêutico para seletividade penal, que escolhe e rotula os ‘inimigos’. Exatamente por toda essa vagueza, impossibilidade de refutação, futurologia e seletividade, é tão criticada. Portanto, por qualquer ângulo que se olhe, a tal ‘periculosidade’ é extremamente criticável. (LOPES JÚNIOR, 2026, p. 735).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, este artigo procurou demonstrar que a prisão preventiva nos crimes de tráfico de drogas pode ser atravessada por fundamentos implícitos de risco. Isto significa dizer que o estudo da questão das drogas deve partir da Política Criminal adotada e das tendências ideológicas hegemônicas que procuram de algum modo legitimar o papel da violência arbitrária exercida pelas agências penais.

14

Além disso, buscou-se ressaltar e avaliar as consequências que a lógica da justiça atuarial pode causar dentro do Processo Penal a partir de categorias como ordem pública, periculosidade, gravidade abstrata e risco de reiteração, na medida em que são usadas genericamente como fundamentos das decisões para decretação da prisão preventiva; compreendeu-se que tal banalização aproxima-se da racionalidade atuarial e pode afetar sensivelmente o princípio da presunção inocência.

Acredita-se que este artigo contribui às discussões sobre o tema, pois aproxima criminologia crítica, processo penal e visa a análise da jurisprudência em momento posterior, a fim de compreender o papel da prisão preventiva no encarceramento em massa.

Reconhece-se que resta ainda ao artigo o complemento da pesquisa jurisprudencial, que pretende aprofundar e analisar empiricamente as decisões do TJ/SP nos últimos 5 anos acerca da decretação de prisões preventivas nos crimes de tráfico de drogas.

Em suma, considera-se que a prisão preventiva deve partir de rigoroso controle constitucional e fundar-se em elementos concretos para se sustentar. Ademais, deve-se considerar a análise individualizada dos casos e rejeitar decisões fundadas em prognósticos abstratos de perigo, sob pena de transformar a medida cautelar em instrumento da gestão seletiva da pobreza e da vulnerabilidade social.

REFERÊNCIAS

ANITUA, G. I. *Histórias dos pensamentos criminológicos*/ Gabriel Ignácio Anitua; tradução Sérgio Lamarão. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal* / Alessandro Baratta; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 6. ed., out. 2011. 2. reimpr., ago. 2014.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Dispõe sobre o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941.

CACICEDO, P. *Punição e estrutura social no Brasil Colônia: o público e o privado na reprodução da ordem escravista*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 193. ano 30. p. 363-390. São Paulo: Ed. RT, nov./dez. 2022.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06* – Salo de Carvalho. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, J. *A criminologia radical* / Juarez Cirino dos Santos. 4. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

CIRINO DOS SANTOS, J. *A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DE GIORGI, A. *A miséria governada através do sistema penal* / Alessandro De Giorgi. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2006. (Pensamento criminológico; v. 12).

DIETER, Maurício. *Política Criminal Atuarial: A Criminologia do Fim da História*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 312.

FOUCAULT, M. *A governamentalidade*. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 277-293.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal* - 23^a Edição 2026. 23. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2026. E-book. p.iv. ISBN 9786551771675. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786551771675/> . Acesso em: 05 ago. 2026.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Prisões cautelares*. 8. ed. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2023. E-book. p.21. ISBN 9786553624504. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553624504/> . Acesso em: 07 ago. 2026.

RUSCHE, G. *Punição e estrutura social* / Georg Rusche; Otto Kirchheimer; tradução, revisão técnica e nota introdutória por Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

WACQUANT, L. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]* / Loïc Wacquant; tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 3. ed. rev. e ampl., ago. 2007. 3. reimpr., fev. 2018.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 3. ed., ago. 2011. 1. reimpr., out. 2014.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo do direito penal* / E. Raúl Zaffaroni; tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. 2. ed., jun. 2007. 3. ed., dez. 2011. 2. reimpr., set. 2014. 224 p. (Pensamento criminológico; 14).