

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Marina Quezado Grosner

A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

O TRANCAMENTO DA CRIMINALIZAÇÃO
SECUNDÁRIA POR DECISÕES EM HABEAS CORPUS

1ª Edição



SÃO PAULO

2008



4865
t-5395

IBCCRIM 2008

© Desta edição - IBCCRIM

Produção Gráfica: Ameruso Artes Gráficas e Vídeo - ME

Fone: (11) 6215-3596 - ameruso@ameruso.com.br

Capa: Lili Lungarezi - lililungarezi@uol.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Grosner, Marina Quezado

A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus / Marina Quezado Grosner. — 1ª ed. — São Paulo : IBCCRIM, 2008.

ISBN 978-85-99216-15-6

1. Direito penal - Brasil. 2. Habeas corpus - Jurisprudência - Brasil. 3. Impunidade. 4. Justiça criminal - Administração - Brasil. 5. Superior Tribunal de Justiça. I. Título.

08-02576

CDU: 343.155 (81) (094.9)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Jurisprudência : Habeas corpus : Processo penal
343.155 (81) (094.)
2. Jurisprudência : Habeas corpus : Brasil : Processo penal
343.155 (81) (094.)

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de Agosto, 52, 2º andar

CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 4.500 exs.

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil - *Printed in Brazil*

Abril - 2008

IBCCRIM - Diretoria para o biênio 2007/2008

Diretoria Executiva

Presidente Alberto Silva Franco	1.º Secretário Carlos Alberto Pires Mendes	1.º Tesoureiro Ivan Martins Motta
1.º Vice-Presidente Sérgio Mazina Martins	2.º Secretário Paula Bajer Fernandes Martins da Costa	2.º Tesoureiro Silvia Helena Furtado Martins
2.º Vice-Presidente Theodomiro Dias Neto		

Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas, Marcio Bártoli, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maurício Zanoide de Moraes e Tatiana Viggiani Bicudo

Comissões Especiais - Presidentes

Código Penal Mariângela Gama de Magalhães Gomes	Justiça e Segurança Renato Campos Pinto de Vito	Núcleo de Jurisprudência Rui Stoco
Convênios André Augusto Mendes Machado	Melo Ambiente Adilson Paulo Prudente do Amaral	Política Nacional de Drogas Maurides de Melo Ribeiro
História Roberto Maurício Genofre	Mesas de Estudos e Debates Paulo Sérgio de Oliveira	Sistema Prisional Alessandra Teixeira
Infância e Juventude Renata Flores Tybiriça	Monografias Andrei Koerner	Seminário Internacional Carlos Vico Mañas

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca Ivan Luis Marques da Silva	Iniciação Científica Camila Akemi Perruso	Relações Internacionais Marcos Alexandre Coelho Zilli
Boletim Carina Quito	Internet Ludmila Vasconcelos Leite Groch	Representantes do IBCCRIM junto ao OLAPOC Flávia D'Urso e Glauber Callegari
Cursos Cristiano Ávila Maronna	Núcleo de Pesquisas Jacqueline Sinhoretto	Revista Brasileira de Ciências Criminais Juliana Garcia Belloque
Comunicações Renato Sérgio de Lima	Pós-Graduação Helena Regina Lobo da Costa	
Estudos e Projetos Legislativos Guilherme Madeira Dazem		

Coordenadores Regionais

1.ª Região (Amapá, Maranhão e Pará) João Guilherme Lages Mendes	5.ª Região (Bahia e Sergipe) Wellington César Lima e Silva	9.ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia) Francisco Afonso Jawsnicker
2.ª Região (Acre, Amazonas e Roraima) Fabíola Monteconrado Ghidalevich	6.ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) Marcio Gaspar Barandiar	10.ª Região (São Paulo) Ricardo Guinalz
3.ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte) Patrícia de Sá Laitão e Leão	7.ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins) Pierpaolo Bottini	11.ª Região (Paraná) Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
4.ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas) Oswaldo Trigueiro Filho	8.ª Região (Minas Gerais) Felipe Martins Assis Pinto	12.ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina) Rafael Braude Canterji

Comissão de Monografias Jurídicas - 2008

monografia@ibccrim.org.br — www.ibccrim.org.br

Presidente: Andrei Koerner

Membros da Comissão de Monografias

Ana Lúcia Pontes Menezes Vieira	Ela Wiecko Volkmer de Castilho	Maira Rocha Machado
Ana Sofia Schmidt de Oliveira	Flávia Schilling	Rodrigo G. de Azevedo
Claúdio do Prado Amaral	Flávio Américo Frasseto	Tadeu Antonio Dix Silva
Davi de Paiva Costa Tangerino	José Henrique Rodrigues Torres	Wânia Pasinato Izumino

12º Concurso de Monografias Jurídicas - 2008

Presidente: Edson Luis Baldan

Membros da Comissão do Concurso de Monografias

André Botani e Azevedo, Frederico Normanha Ribeiro de Almeida, Cristiano Ávila Maronna, Daniel Alberto Casagrande, Eduardo Augusto Paglione, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Luciano Anderson de Souza, Luis Geraldo Sant'Ana Lanfredi e Theodomiro Dias Neto

Suplentes

André Adriano Nascimento Silva, Maria Inês Trefliglio Valente, Roberto Soares Garcia, Fábio Machado de Almeida Delmanto e Vinicius Toledo Piza Petusio

*Dedico este trabalho a Ian Grosner,
meu amor para sempre, que me deu um presente,
no ano de conclusão desta pesquisa.
À Júlia, o presente tão aguardado.*

AGRADECIMENTOS ■

Agradeço à Professora Ela Wiecko, orientadora cuidadosa e companheira; às colegas Ana Luiza Pinheiro Flauzina e Fabiana Costa Oliveira Barreto, pelo feliz encontro no mestrado, pela amizade, pelo apoio diário e pelos projetos especiais que fizemos juntas; ao estatístico René Raupp, pelo excelente tratamento que deu aos dados colhidos para a pesquisa; aos assistentes Mario Henrique Buiatti, Paula Frassinette Pires Machado e Mariangela Ferreira Andrade, pelo indispensável auxílio na leitura dos acórdãos.

Agradeço, ainda, aos advogados Dr. José Gerardo Grossi e Dra. Adelaide Queirós, pelo carinho, incentivo e troca de idéias; aos colegas de trabalho Mirella e Tulio, sempre prontos a ajudar; aos colegas do mestrado e do grupo de pesquisa "Sociedade, Controle Penal e Sistema de Justiça"; a todos os professores e funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; ao professor Fernando Acosta, da Universidade de Ottawa, e à professora Vera Andrade, da Universidade Federal de Santa Catarina, pelas conversas inspiradoras; aos professores Nilo Batista e Alexandre Bernardino Costa, por aceitarem o convite para examinar este trabalho; e a todas as pessoas que me ajudaram, de alguma forma, em sua realização, em especial a meus amados pais, Carlos e Sandra, aos meus irmãos, Elisa e Fábio, aos meus cunhados, Thalys e Adriana, aos meus sogros, Peter, Elisa e Lucia, e a todos os meus amigos, que torcem muito por mim.

Ao Dr. Arx da Costa Tourinho, com saudade.

PREFÁCIO ■

Louvável a decisão do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais de publicar a pesquisa de Marina Quezado Grosner. Confirma a importância de um trabalho que se caracteriza pelo rigor metodológico e pela rica produção de conhecimento, e que estimula a reflexão a respeito do funcionamento da administração da justiça penal no Brasil.

Os estudos sobre o funcionamento do controle penal, de modo geral, no Brasil e no mundo, são realizados por sociólogos, historiadores e antropólogos. O jurista pouco reflete sobre sua atuação ou sobre os conflitos nos quais intervém, ocupa-se mais do instrumento de sua atuação, a lei. Essa divisão de tarefas não é errada, mas é limitadora. Quando os limites são transpostos pelo jurista, a análise é qualificada pelo melhor conhecimento dos institutos e do jargão jurídico. Provavelmente, o cientista social encontrará defeitos que, entretanto, não o impedirão de utilizar-se dos dados e aprofundar suas próprias análises.

O trabalho se insere na linha de pesquisa do Grupo "Sociedade, Controle Penal e Sistema de Justiça", da Universidade de Brasília, que se propõe a desenvolver debates e estudos sobre o processo de criminalização, contribuindo para o fortalecimento da criminologia brasileira e latino-americana. Nesse sentido, outras integrantes do Grupo já estudaram o caráter racista do sistema penal brasileiro, a disfuncionalidade da prisão provisória nos crimes de furto e a ideologia do Conselho Penitenciário.

A presente pesquisa tem como objeto as interferências seletivas externas do Poder Judiciário, no caso, do Superior Tribunal de Justiça, no processo de afunilamento da aplicação da lei penal, detectado e destacado por autores nacionais e estrangeiros em todos os sistemas penais, razão pela qual a seletividade é uma característica comum a eles. Não são estudados os juízos

atributivos do status de criminoso, objeto comum das pesquisas criminológicas, mas os juízos excludentes, isto é, as decisões que retiram o indivíduo ou a conduta do sistema penal, realizando o fenômeno da impunidade.

Seu marco teórico de análise, a Criminologia da Reação Social, é apresentada da forma primorosa, em texto sucinto e agradável.

Para alcançar o objetivo de demonstrar a discricionariedade seletiva daquela Corte, a Autora precisou se debruçar inicialmente sobre 3.790 acórdãos em *habeas-corpus* e recursos em *habeas-corpus* proferidos no período de 15 anos (1989-2004). Leu integralmente 988 acórdãos e preencheu os respectivos questionários. Portanto, não se trata de uma amostra, mas de um levantamento substancial. O capítulo em que descreve os passos metodológicos e apresenta os resultados revela o seu compromisso com o rigor científico. Todas as escolhas são justificadas com objetividade.

Portanto, os resultados que expõem devem merecer atenta avaliação, bem como sua conclusão de que o Superior Tribunal de Justiça tem funcionado como instrumento de impunidade, a serviços de estruturas de poder e como reforçador de uma distribuição desigual do status de criminoso.

Brasília, 8 de março de 2008

Prof. Dra. Ela Wiecko V. de Castilho

SUMÁRIO ■

INTRODUÇÃO	19
1 O PARADIGMA CRIMINOLÓGICO	
DA REAÇÃO SOCIAL	27
1.1 A Criminologia positivista	27
1.2 Da Criminologia positivista à Criminologia da reação social	33
2 O CONTROLE PENAL E OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO	47
2.1 Processos de criminalização e seletividade	48
2.2 O processo de criminalização secundária, seus operadores e mecanismos de seleção	52
2.3 O controle judicial	62
3 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CONTROLE JURÍDICO-PENAL: AS DECISÕES EM <i>HABEAS CORPUS</i>	69
3.1. O <i>habeas corpus</i>	69
3.2 O trancamento de inquéritos policiais e ações penais por <i>habeas corpus</i>	78
3.2.1 O trancamento de inquérito policial: hipóteses e competência	80
3.2.2 O trancamento de ação penal: hipóteses e competência	84
3.3 O Superior Tribunal de Justiça no sistema jurídico brasileiro: criação, competência, composição e julgamento de <i>habeas corpus</i>	87

3.3.1 Criação e Competência	87
3.3.2 Composição	94
3.3.3 O julgamento de <i>habeas corpus</i> e recursos ordinários em <i>habeas corpus</i> pelo STJ	95
4 AS INTERFERÊNCIAS SELETIVAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA: A PESQUISA DOCUMENTAL – QUINZE ANOS DE DECISÕES EM <i>HABEAS CORPUS</i>	99
4.1 Características dos processos submetidos a julgamento no STJ	105
4.2 Características dos julgamentos realizados pelo STJ	134
4.3 Decisões excludentes do sistema penal: a seleção operada pelo STJ	163
CONCLUSÃO	185
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	193
APÊNDICE	201

LISTA DE ILUSTRAÇÕES ■

TABELA 1 - Distribuição dos HC/RHC concessivos e denegatórios	106
TABELA 2 - Distribuição do Tribunal coator entre concessivos e denegatórios	107
TABELA 3 - Distribuição do Tribunal coator (modificado) entre concessivos e denegatórios	108
TABELA 4 - Distribuição dos HC/RHC concessivos por estado da federação	109
TABELA 5 - Distribuição dos HC/RHC denegatórios por estado da federação	110
TABELA 6 - Distribuição dos acórdãos concessivos e denegatórios por estado da federação	111
TABELA 7 - Distribuição dos acórdãos concessivos e denegatórios por região geográfica	112
TABELA 8 - Distribuição do tipo de impetrante entre concessivos e denegatórios	113
TABELA 9 - Distribuição do tipo de impetrante (modificado) entre concessivos e denegatórios	113
TABELA 10 - Distribuição do número de pacientes entre concessivos e denegatórios	114
TABELA 11 - Distribuição da ocorrência de paciente feminino entre concessivos e denegatórios	115
TABELA 12 - Profissão do paciente nos acórdãos concessivos	116
TABELA 13 - Profissão do paciente nos acórdãos denegatórios	116
TABELA 14 - A vítima nos acórdãos concessivos	117

TABELA 15 - A vítima nos acórdãos denegatórios	118
TABELA 16 - Distribuição do tipo de trancamento entre concessivos e denegatórios	118
TABELA 17 - Distribuição do tipo de trancamento (modificado) entre concessivos e denegatórios	119
TABELA 18 - Distribuição dos argumentos da impetração .	120
TABELA 19 - Distribuição da natureza do crime (total) - concessivos	123
TABELA 20 - Distribuição da natureza do crime (total) - denegatórios	124
TABELA 21 - Distribuição da natureza do crime (por tipo) entre concessivos e denegatórios	127
TABELA 22 - Distribuição da natureza do crime (por tipo) entre concessivos	128
TABELA 23 - Distribuição da natureza do crime (por tipo) entre denegatórios	128
TABELA 24 - Distribuição da natureza do crime (por gravidade) entre concessivos e denegatórios	134
TABELA 25 - Distribuição das turmas entre concessivos e denegatórios	135
TABELA 26 - Distribuição dos HC/RHC concessivos por Relator	135
TABELA 27 - Distribuição dos HC/RHC denegatórios por Relator	136
TABELA 28 - Distribuição do Relator entre concessivos e denegatórios	137
TABELA 29 - Distribuição dos concessivos por ano de julgamento	138
TABELA 30 - Distribuição dos denegatórios por ano de julgamento	138
FIGURA 1 - Distribuição da frequência relativa (percentual) de acórdãos concessivos e denegatórios por ano	139

TABELA 31 - Composições da Quinta Turma - 07 abr.1989 a 07 abr.2004.....	140
TABELA 32 - Composições da Sexta Turma - 07 abr.1989 a 07 abr.2004.....	141
TABELA 33 - Distribuição dos concessivos por composição da Quinta Turma	142
TABELA 34 - Distribuição dos denegatórios por composição da Quinta Turma	143
TABELA 35 - Distribuição dos concessivos por composição da Sexta Turma	143
TABELA 36 - Distribuição dos denegatórios por composição da Sexta Turma	144
TABELA 37 - Distribuição da composição (completa/incompleta) da turma entre concessivos e denegatórios.....	146
TABELA 38 - Distribuição do tipo de julgamento entre concessivos e denegatórios	146
TABELA 39 - Distribuição do tipo de julgamento (modificado) entre concessivos e denegatórios	147
TABELA 40 - Distribuição da ocorrência de "Relator para acórdão" entre concessivos e denegatórios	148
TABELA 41 - Distribuição da ocorrência de sustentação oral pelo advogado entre concessivos e denegatórios ...	149
TABELA 42 - Distribuição da ocorrência de "Relator para acórdão", nos julgados concessivos, quando houve sustentação oral	151
TABELA 43 - Distribuição da ocorrência de sustentação oral pelo MP entre concessivos e denegatórios.....	153
TABELA 44 - Distribuição do tipo de manifestação do MP entre concessivos e denegatórios	154
TABELA 45 - Distribuição do número de folhas dos acórdãos entre concessivos e denegatórios	155
FIGURA 2 - Distribuição da frequência relativa (percentual) do número de folhas dos acórdãos	156

TABELA 46 - Doutrinadores citados nos acórdãos concessivos e número de acórdãos	157
TABELA 47 - Doutrinadores citados nos acórdãos denegatórios e número de acórdãos	158
TABELA 48 - Distribuição da ocorrência da justificativa "exame aprofundado de provas" entre concessivos e denegatórios	158
TABELA 49 - Distribuição da ocorrência de "Ressalva Típica" entre concessivos e denegatórios	159
TABELA 50 - Distribuição das justificativas entre acórdãos denegatórios	159
TABELA 51 - Distribuição das justificativas para acórdãos concessivos – trancamento de ação penal	160
TABELA 52 - Distribuição das justificativas para acórdãos concessivos – trancamento de inquérito policial	161

INTRODUÇÃO ■

As reflexões e pesquisas preliminares para o presente trabalho tiveram início no Curso de Especialização em Sistemas de Justiça Criminal, oferecido pela Universidade Federal de Santa Catarina, em convênio com a Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, no ano de 2002.

Partiu da experiência de descobrir a Criminologia da Reação Social – o novo paradigma em que se baseia a Criminologia contemporânea –, ao mesmo tempo reveladora e desconstrutora de todo o saber que se adquiriu ao longo de uma jornada de estudos, fundamentada no discurso tradicional-oficial sobre o sistema penal.

As descobertas feitas por meio do novo paradigma em Criminologia, por exemplo, a de que a criminalidade não existe antes do Direito Penal, mas origina-se no próprio sistema penal, que o senso comum afirma ter sido criado para combatê-la; a presença do comportamento criminoso na quase totalidade da população, fazendo cair por terra a crença de que a criminalidade é o comportamento de uma minoria perigosa, marcada por uma periculosidade nata; a importância da reação da sociedade para que um comportamento seja considerado criminoso e, por fim, a distribuição desequilibrada da “etiqueta” de criminoso, reproduzindo as desigualdades capitalistas, raciais e de gênero, presentes na sociedade, impulsionaram a decisão por uma pesquisa a partir do marco teórico da Criminologia da Reação Social e da Criminologia Crítica.

O interesse pelo estudo da interferência seletiva do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no processo de criminalização surgiu a partir dos questionamentos possibilitados pelos estudos da Criminologia com relação à atividade profissional da magistratura, que trabalhava com a jurisprudência criminal do

STJ, ao auxiliar, na Procuradoria-Geral da República, a elaboração de pareceres nos processos daquela Corte. Com o início do trabalho como advogada, em processos criminais perante o mesmo Tribunal, a mestrandia pode observar, mais ainda, as escolhas feitas pelos julgadores, ora para conceder, ora para denegar uma ordem de *habeas corpus*, principalmente quando tal decisão implicava a exclusão do indivíduo ou da conduta criminosa do sistema penal.

Na monografia apresentada para conclusão do Curso de Especialização, a mestrandia traçou os primeiros contornos teóricos da pesquisa que pretendia aprofundar, em momento posterior, com uma vasta pesquisa documental sobre os julgados do STJ. A oportunidade desse aprofundamento veio com a admissão no curso de mestrado da Universidade de Brasília, quando teve início, assim, o levantamento, leitura e análise de acórdãos do STJ, abarcando quinze anos de jurisprudência em *habeas corpus*.

No STJ, a impetração de *habeas corpus* (ou interposição de recurso em *habeas corpus*) busca, em muitos casos, o trancamento de ação penal ou de inquérito policial e, nessas hipóteses, acaso concedida a ordem, a decisão culmina na exclusão do indivíduo do sistema penal. Assim, para que determinada pessoa seja selecionada no sistema penal, é necessário que passe por um processo composto por três instâncias, começando pela Polícia, passando pelo Ministério Público e culminando com o Juiz, que, ao condená-la, lhe atribui um *status* de criminoso.

Ao conceder uma ordem de *habeas corpus*, no sentido do trancamento de uma ação penal ou de um inquérito policial, o STJ interfere no processo de criminalização secundária, realizado em outra instância. Iniciada a criminalização secundária, com o trabalho policial, e passando pelas demais instâncias formais de controle – Ministério Público e Juiz –, o STJ pode determinar o trancamento daquele processo, a exclusão do indivíduo ou da conduta do sistema penal, por meio de sua decisão.

O interesse pelo estudo do fenômeno, objeto do presente trabalho, está, também, no fato de que o STJ desempenha um papel muito importante na criação da jurisprudência criminal

brasileira. O Tribunal concentra, em si, o julgamento de *habeas corpus* impetrados contra acórdãos de todos os tribunais estaduais e federais do país, conforme previsto em sua competência constitucional, e suas decisões concessivas, na sistemática dos recursos previstos, tornam-se praticamente definitivas. Portanto, seus juízos excludentes têm, realmente, efetividade prática e balizam os juízos seletivos de outros operadores no Poder Judiciário brasileiro.

De qualquer forma, a seleção realizada no STJ pode indicar um perfil da seleção que ocorre nos outros tribunais do país, permitindo uma compreensão do funcionamento do controle penal operado por meio das ordens de *habeas corpus* como um todo.

O objetivo geral da presente pesquisa, portanto, é demonstrar que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, que interferem no processo de criminalização secundária realizado em instâncias judiciais inferiores, revelam a discricionariedade seletiva daquela Corte, como instância formal de controle penal.

Com essa observação e a constatação de que, ao conceder alguns e denegar a maioria dos *habeas corpus* nele impetrados, o STJ faz sua própria seleção, o presente trabalho tenta relacionar alguns dos principais mecanismos seletivos utilizados pelos julgadores, verificando se, por meio da distribuição desigual dos juízos excludentes do sistema penal, proferidos nessas decisões, o STJ dá cumprimento à função declarada da ação de *habeas corpus* de ser remédio constitucional, disponível a *todos* que sofrerem ameaça ou coação à liberdade de locomoção, contra ilegalidade ou abuso de poder.

A adoção dos referenciais teóricos do paradigma da Reação Social e da Criminologia Crítica denota que o trabalho, desenvolvido a partir da pesquisa documental realizada, dá relevância, assim, à análise dos processos de criminalização e dos mecanismos de seleção.

Nesse sentido, o presente trabalho foi realizado, primeiramente, por pesquisa bibliográfica, seguindo metodologia teórico-descritiva, fazendo-se a identificação do tema dentro do marco teórico escolhido, a conceituação dos operadores utilizados no estudo do controle jurídico-penal, a apresentação do papel constitucional do Superior Tribunal de Justiça dentro do sistema jurí-

dico brasileiro e o estudo da ação de *habeas corpus*, quanto às possibilidades de seu uso para o trancamento do processo de criminalização secundária.

À pesquisa teórica se segue a demonstração da pesquisa prática documental, realizada por meio da leitura e preenchimento de questionários relativos a 988 acórdãos selecionados em levantamento jurisprudencial no site do STJ, na *Internet*. Os acórdãos referem-se a *habeas corpus*, e recursos em *habeas corpus* ajuizados e julgados no STJ, desde sua criação, em 07/04/1989, publicados até 07/04/2004, e que tiveram como assunto “trancamento”, quer de ações penais, quer de inquéritos policiais.

A análise dos dados colhidos permitiu verificar as razões mais utilizadas para justificar as decisões proferidas, os principais tipos de crimes objeto das impetrações, as hipóteses para o pedido de trancamento e a qualidade dos impetrantes, evidenciando os mecanismos de seleção e as justificativas subjacentes dos julgadores para escolher entre a concessão ou a denegação da ordem. Ou seja, por um lado, os casos que são excluídos do processo de criminalização e que alimentarão as cifras ocultas (acórdãos concessivos) e, por outro, a seletividade do STJ e os *second codes* dos Ministros que compõem aquela Corte, na escolha dos casos que prosseguirão na criminalização secundária (acórdãos denegatórios).

A pesquisa realizada é inédita. A maioria dos estudos sobre controle penal, na perspectiva do paradigma da reação social, analisa o fenômeno da seletividade dentro do processo de criminalização secundária, identificando os juízos *positivos* de seleção, ou seja, aqueles utilizados para selecionar e etiquetar o indivíduo como criminoso. O presente trabalho sugere uma análise da interferência *externa e negativa*, feita por um órgão do Poder Judiciário (no caso, pelo STJ), no processo de criminalização secundária, por meio de juízos excludentes de indivíduos do sistema penal.

A perspectiva dos juízos excludentes do sistema penal foi inaugurada, vale dizer, pela orientadora do presente trabalho, a Professora Ela Wiecko V. de Castilho, em sua tese de doutoramento “*O Controle Penal nos crimes contra o sistema financeiro*”.

ro nacional” (CASTILHO, 2001). Ao investigar a *exclusão* de agentes do sistema penal, no caso específico da criminalidade econômica, a Professora Ela Wiecko inovou a pesquisa da seletividade que, na maioria dos estudos, como se disse, é feita pela análise dos juízos *positivos* de etiquetamento e seleção.

Durante a realização da pesquisa, a mestranda teve contato com dois trabalhos de análise de decisões judiciais, que contribuíram sobremaneira para o desenvolvimento da dissertação: a pesquisa do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, publicada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, sobre as decisões judiciais nos crimes de roubo em São Paulo (IDDD, 2005) e a dissertação de mestrado de Alessandro Nepomoceno, muito próxima da proposta da presente pesquisa, que analisou acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e dos Tribunais Regionais Federais sobre temas controvertidos na dogmática jurídica (NEPOMOCENO, 2004).

A dissertação está, assim, dividida em quatro capítulos.

O primeiro, intitulado “O paradigma criminológico da reação social”, contextualiza a pesquisa em seu marco teórico, por meio de uma explanação sobre a evolução da criminologia para seus moldes contemporâneos, abordando-se o deslocamento do interesse criminológico da pessoa do criminoso (Criminologia Positivista) para a reação social (*labeling approach*) e o estudo dos mecanismos sociais seletivos de certos indivíduos como criminosos, a partir de sua função real (Criminologia Crítica). A opção por um delineamento teórico mais completo, que parte da origem da Criminologia enquanto ciência e menciona alguns dos estudos realizados em seu trajeto até o novo paradigma, teve a intenção de resumir as atividades e leituras feitas durante o mestrado, já que o presente trabalho é a consolidação desse período de formação acadêmica.

No segundo capítulo, chamado “O controle penal e os processos de criminalização”, faz-se o delineamento dos conceitos introdutórios de seletividade, controle penal e processos de criminalização, trabalhando-se, especificamente, o processo de criminalização secundária, seus operadores e mecanismos de seleção e, por fim, as particularidades do controle judicial.

No terceiro capítulo, denominado “O Superior Tribunal de

Justiça no controle jurídico-penal: as decisões em *habeas corpus*", estuda-se, primeiramente, a ação de *habeas corpus*, propriamente dita, por meio de sua conceituação, previsão constitucional, panorama histórico e procedimento para impetração, além das hipóteses de trancamento de ação penal e de inquérito policial, por esse instrumento. Em seguida, demonstra-se o papel do STJ no sistema jurídico brasileiro e na formação da jurisprudência criminal, abordando sua criação, competência constitucional para apreciação e julgamento de HC e RHC, composição, acesso à Corte e as possibilidades para revisão das decisões proferidas. Os autores escolhidos para o delineamento da dogmática processual penal do *habeas corpus* foram alguns dos doutrinadores adotados nas decisões estudadas, para um retrato mais fiel do "código tecnológico" utilizado pelos juízes.

No quarto e último capítulo, intitulado "As interferências seletivas do Superior Tribunal de Justiça no processo de criminalização secundária: a pesquisa documental – quinze anos de decisões em *habeas corpus*", são apresentados os resultados da pesquisa documental, divididos entre "características dos processos submetidos a julgamento no STJ" e "características dos julgamentos realizados pelo STJ".

Por fim, os resultados são direcionados para a análise das decisões excludentes do sistema penal, proferidas pela Corte, e a verificação da seletividade no julgamento de *habeas corpus* pelo STJ.

No presente trabalho, optou-se por inserir, no corpo do texto, as tabelas e gráficos relativos aos dados colhidos, deixando-se os questionários utilizados para a pesquisa documental à disposição do leitor como apêndice.

Nas referências bibliográficas, foram incluídas, além das obras diretamente citadas no texto, aquelas que foram consultadas e cuja leitura influenciou, de algum modo, a realização da pesquisa.

As conclusões da presente pesquisa devem servir, ao final, para uma reflexão sobre a atuação do Superior Tribunal de Justiça: o STJ está permitindo que o remédio constitucional cumpra sua função protetora contra arbitrariedades na inserção de um indivíduo dentro do processo de criminalização secundária? Ou

está sendo utilizado, tão-só, como reforço à distribuição desigual do *status* de criminoso, ao excluir apenas determinados indivíduos, devidamente selecionados, do sistema penal?

Afinal: por que uns *sim* e outros *não*? O questionamento não só sintetiza a motivação para a escolha desse tema, mas deve motivar também o leitor a pensar sobre ele. Ao longo de seu desenvolvimento, o presente estudo fornece os elementos teóricos e práticos necessários para essa reflexão.

O PARADIGMA CRIMINOLÓGICO DA REAÇÃO SOCIAL

O objeto de investigação do presente trabalho relaciona-se com as pesquisas sobre controle penal, realizadas pelos estudiosos da Criminologia contemporânea¹, a partir do enfoque do paradigma da reação social, surgido na década de 60 do século passado.

Para compreender esse marco teórico, que embasa todo o estudo aqui desenvolvido, é necessário, em primeiro lugar, apresentar uma resumida explanação sobre o surgimento da Criminologia, dentro do percurso histórico de consolidação do moderno saber penal (século XVIII aos dias atuais), para, em seguida, demonstrar a mudança de paradigma em Criminologia que se operou na década de 60 do século XX e que culminou com o novo paradigma criminológico da reação social, base da Criminologia contemporânea.

1.1 A Criminologia positivista

A Criminologia, como ciência, surge e se consolida paralelamente ao paradigma dogmático na Ciência Penal, no marco do positivismo, do final do século XIX. Mas a compreensão quanto ao surgimento dessa criminologia positivista

¹ O termo "Criminologia contemporânea" será utilizado para abarcar todas as linhas criminológicas de natureza não-etiológica, desenvolvidas a partir do paradigma da reação social.

passa por um momento anterior, que remete essa trajetória para o início do percurso, ou seja, às bases fundacionais do moderno Direito Penal e Processual Penal. A história da Criminologia, sem a passagem pela “Escola Clássica”, em que é possível, nos dizeres de Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (DIAS e ANDRADE, 1997, p.6), referenciar uma reflexão sistemática e coerente sobre o problema do crime, “ficaria gravemente truncada”.

Esse período inicial do moderno saber penal vai de meados do século XVIII a meados do século XIX e tem como maiores expoentes Cesare Beccaria e Francesco Carrara, formadores do que, posteriormente, os positivistas chamaram de “Escola Clássica”. Nessa transição da ordem feudal e do Estado absolutista para a ordem capitalista e o Estado de Direito liberal, a questão subjacente, para pensar o Direito Penal, na ótica da Escola Clássica, era a necessidade de impor limites ao poder de punir, em face da liberdade individual, garantindo-se ao indivíduo proteção contra toda intervenção estatal arbitrária: daí, a exigência de observância da estrita legalidade e da neutralidade judicial no exercício do poder punitivo (ANDRADE, 2003a, p. 48-51, BECCARIA, 1998, p.66-70).

A Escola Clássica não se deteve na análise da pessoa do criminoso. Não visualizou, nele, nenhuma anormalidade em relação aos demais homens. “Ao contrário, partindo da premissa de que todos os homens, graças à sua racionalidade, são iguais perante a Lei e podem, por isso, atuar responsabilmente, compreendendo o caráter benéfico do consenso implícito no contrato social [...], criminoso será quem, na posse do livre-arbítrio, viola livre e conscientemente a norma penal” (ANDRADE, 2003a, p.58).

Assim, o Direito Penal, para a Escola Clássica, não está no autor do delito, mas no fato delituoso.

Na década de setenta do século XIX, em meio a transformações nas funções estatais, novas ideologias políticas e predomínio da concepção positivista de Ciência, adveio a Escola Positiva do Direito Penal, com a intenção de resgatar os direitos da sociedade em face do delinquente, diminuídos pelo individualismo da Escola Clássica.

A Escola Positiva defendia a necessidade de identificar, cientificamente, as causas do crime, de forma a possibilitar uma luta contra a criminalidade, em defesa da sociedade, e, dessa forma, alterava o objeto de análise da ciência penal do fato delituoso para o delinqüente e sua personalidade perigosa (ANDRADE, 2003a, p.61-64). Nascia, nesse período, a Criminologia positivista, com os estudos de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garófalo.

Lombroso inaugurou essa concepção criminológica positivista com a obra "O Homem Delinqüente", de 1876, e a tese do criminoso nato, baseada no determinismo orgânico e psíquico do crime, para a formulação da qual se utilizou de método de investigação próprio das ciências naturais: confrontou grupos não criminosos com criminosos dos hospitais psiquiátricos e prisões do sul da Itália, identificando constantes naturalísticas nos presos – principalmente anomalias anatômicas e fisiológicas – que denunciassem um tipo antropológico delinqüente, uma espécie predestinada a cometer crimes (ANDRADE, 2003a, p.66-65; 1996, p.277).

Em seus estudos, a anormalidade do criminoso expressa-se em características físicas: assimetria do crânio, faceta occipital média, maior desenvolvimento da região occipital em relação à frontal, assimetria facial, má formação da orelha, falta de barba, resistência à-dor, "as aplicações de ferro em brasa nas prisões são muitas vezes pouco sensíveis aos criminosos" etc. (RAUTER, 2003, p.32-33).

Ferri, por sua vez, desenvolveu a antropologia lombrosiana sob perspectiva sociológica, ligando causas individuais, físicas e sociais à etiologia do crime, para afirmar que a criminalidade é resultado de múltiplos fatores associados que conformam a personalidade de uma minoria de indivíduos como "socialmente perigosa" (ANDRADE, 2003a, p.65-66; 1996, p.278).

Para Ferri, os criminosos são anormais morais: "[...] são insensíveis, imprevidentes, covardes, preguiçosos, vaidosos e mentirosos. Manifestam incapacidade para o amor fino e delicado, seu apetite sexual é exagerado e tendem para o homossexualismo e a promiscuidade [...] são basicamente inca-

pazes de realizar um adequado controle moral, como o são as pessoas honestas" (RAUTER, 2003, p.34-35). E tal anormalidade, a tendência para o crime, pode, a partir de Ferri, ser reconhecida em hábitos de vida, em comportamentos considerados anti-sociais.

Daí a tese fundamental de que "[...] ser criminoso constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais. Ele apresenta estigmas determinantes da criminalidade" (ANDRADE, 1996, p.278).

Essa noção de periculosidade social foi projetada para o Direito Penal por Garófalo (ANDRADE, 1996, p.278), justificando a pena como meio de defesa da sociedade (bem) contra o delinqüente (mal), que deve ser ressocializado e neutralizado. Em sua lógica cientificista, quantitativa e fisicalista, a Criminologia Positivista interessava-se, basicamente, pelo *quem* (quem é o delinqüente), pelo *como* (como se delinqüiu) e pelo *quanto* (quanta delinqüência existe) e buscava o diagnóstico para a "enfermidade" (ANIYAR DE CASTRO, 1982, p.77).

O Direito Penal passou, então, a ser um Direito Penal do autor, não mais do fato, e a pena perdia seu significado retributivo para constituir-se em meio de defesa social, voltada, pois, para o *tratamento* do criminoso.

As legislações penais que se seguiram à Escola Positiva, entretanto, não abandonaram as concepções herdadas da Escola Clássica e, como ocorreu com o Código Penal Brasileiro vigente, conviveram tanto com o discurso de garantia do indivíduo, como com o discurso da defesa social, restando "cindidas entre as exigências de objetividade, certeza e segurança jurídica e de valorização da concreta individualidade perigosa do criminoso" (ANDRADE, 2003a, p.73).

A Criminologia, nessa fase, consolidou-se como ciência causal-explicativa da criminalidade, tendo por objeto a criminalidade concebida como fenômeno natural e causalmente determinado, como uma realidade ontológica, pré-constituída ao Direito Penal. Assumia para si, portanto, a tarefa de explicar as causas do crime e de prever os remédios para combatê-lo, em defesa da sociedade (ANDRADE, 1996, p.277).

Por esse caráter de cientificidade, a Criminologia, quando surgiu, suplantou o Direito Penal em importância, sofrendo, posteriormente, a reação do positivismo jurídico, a partir do final do século XIX, que trouxe para o Direito Penal o paradigma dogmático da Ciência Jurídica (ANDRADE, 2003a, p.79-80).

A Escola Técnico-Jurídica, que trouxe essa reação, na Itália (inspirada pela dogmática penal alemã), colocou sua crítica tanto na herança jusracionalista da Escola Clássica, quanto na herança criminológica da Escola Positiva, para afirmar que se teria, com elas, esvaziado o conteúdo propriamente jurídico do Direito e da Ciência Penal. Daí se ter colocado um limite para o objeto da Ciência Penal, restrito, agora, ao Direito Penal Positivo, ao estudo geral e especial do delito e da sanção, a partir de um ponto de vista eminentemente jurídico (ANDRADE, 2003a, p.83).

A Criminologia passou, assim, a ter um caráter auxiliar à hegemônica Dogmática Penal, modelo que se consolidou no século XX. Como explica Manoel da Costa Andrade (apud ANDRADE, V., 2003a, p.100):

Desta forma, se após a luta entre as Escolas e a disputa criminodogmática se chegou a um modelo relativamente “equilibrado” entre as Ciências Penais, tal “(...) equilíbrio assentava no primado absoluto do Direito Penal que definia o espaço em que operavam tanto a Criminologia como a Política Criminal. A primeira, investigando as causas do crime (legalmente definido); a segunda, elaborando as estratégias mais racionais para prevenção e repressão do crime.”

A Dogmática Penal, por sua vez, passou a ser concebida como “a” Ciência do Direito Penal, estando, até hoje, legitimada pelo *paradigma da defesa social*. Esse paradigma, construído na trajetória de consolidação do moderno saber penal, dominou ideologicamente não só a Ciência Penal, mas a Criminologia Positivista, o sistema penal e até o senso comum dos homens sobre a criminalidade e a pena.

Na construção de Alessandro Baratta (ANDRADE, 2003a, p. 136-137; BARATTA, 2002, p.42-43), a *ideologia da defesa social* baseia-se nos seguintes princípios:

a) *princípio do bem e do mal*, segundo o qual o fato punível representa um dano para a sociedade, e o delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social: o comportamento criminal é o “mal”, enquanto a sociedade é o “bem”;

b) *princípio de culpabilidade*, pelo qual o delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque seu autor atua conscientemente contra valores e normas existentes na sociedade mesmo antes de sua sanção pelo legislador;

c) *princípio de legitimidade*, que informa que o Estado, como expressão da sociedade, está legitimado a reprimir a criminalidade, pela qual são responsáveis determinados indivíduos. Essa repressão se realiza por meio das instâncias oficiais de controle do delito (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias), que representam a legítima reação da sociedade, dirigida tanto à reprovação e condenação do comportamento individual desviante, como à reafirmação dos valores e normas sociais;

d) *princípio de igualdade*, segundo o qual o Direito Penal é igual para todos, aplicando-se de igual maneira a todos os autores de delitos, e a criminalidade, como violação da lei penal, é comportamento de uma minoria desviante;

e) *princípio do interesse social e do delito natural*, pelo qual os interesses que o Direito Penal protege são interesses comuns a todos os cidadãos; e

f) *princípio do fim ou da prevenção*, segundo o qual a pena não tem (ou não tem unicamente) a função de retribuir o delito, mas de preveni-lo. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contramotivação ao comportamento criminal, isto é, intimidá-lo (prevenção geral negativa) e, como sanção concreta, tem como função a ressocialização do delinqüente (prevenção especial positiva).

Com base nesses princípios, a Dogmática Penal sustenta suas funções e promessas, permanecendo hegemônica, en-

quanto a Criminologia Positivista justifica a necessidade do Direito Penal e o influencia fortemente, até os dias de hoje. Enquanto a Dogmática Penal procede a uma racionalização garantidora do sistema penal, por meio da legalidade, vinculada ao Direito Penal do fato e à segurança jurídica, a Criminologia Positivista realiza uma racionalização utilitarista do sistema penal, vinculada ao Direito Penal do autor e à defesa social (ANDRADE, 2003a, p.177).

1.2 Da Criminologia positivista à Criminologia da reação social

A partir da década de 60 do século XX, impulsionada pela radicalização social, política e cultural e dos conflitos que caracterizaram a época, vê-se uma revolução desconstrutora do paradigma da defesa social e da legitimidade teórica do sistema penal, que culminou na Criminologia contemporânea (ANDRADE, 2003a, p.182). Inicialmente colôcada como uma crítica à prisão, essa revolução criminológica teve seu apogeu com a passagem do questionamento sobre o sistema prisional para a crítica ao sistema penal, globalmente considerado.

Várias teorias, construídas desde o final do século XIX, e ainda os estudos da Sociologia Criminal americana, desde a Escola de Chicago, dos anos 20 e 30 do século XX, auxiliaram no questionamento daqueles princípios embaixadores da ideologia da defesa social. Embora, em tais estudos, remanescesse um nítido caráter etiológico, buscando ainda, embora não mais em fatores bioantropológicos e psicológicos, as causas do crime, eles permitiram, em momento posterior, a superação teórica da Criminologia positivista.

Por exemplo, a partir da teoria estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade, introduzida por Émile Durkheim, em 1895, e desenvolvida por Robert Merton, em 1938, pôde-se questionar o princípio do bem e do mal. Afinal, segundo tal teoria, a criminalidade é um fenômeno "normal" de toda estrutura social:

Não há, portanto, fenômeno que apresente de maneira mais irrefutável todos os sintomas da normalidade, dado que aparece como estreitamente ligado às condições de qualquer vida coletiva. Transformar o crime numa doença social seria admitir que a doença não é uma coisa acidental mas que, pelo contrário, deriva, em certos casos, da constituição fundamental do ser vivo; seria eliminar qualquer distinção entre o fisiológico e o patológico. Pode, sem dúvida, acontecer que até o crime tome formas anormais; é o que acontece quando, por exemplo, atinge uma taxa exagerada. Efetivamente, não há dúvida de que este excesso é mórbido. O que é normal é simplesmente que exista uma criminalidade, contanto que atinja e não ultrapasse, para cada tipo social, um certo nível que talvez não seja impossível fixar de acordo com as regras precedentes. [...] o crime é normal porque uma sociedade isenta dele é completamente impossível (DURKHEIM, 2004, p.83).

E, mais que normal, o crime é um fenômeno necessário e útil: "O crime é necessário; está ligado às condições fundamentais de qualquer vida social mas, precisamente por isso, é útil; porque estas condições de que é solidário são elas mesmas indispensáveis à evolução normal da moral e do direito" (DURKHEIM, 2004, p.86).

O criminoso, por sua vez, é visto da mesma forma:

Assim vistos, os fatos fundamentais da criminologia surgem-nos sob um aspecto inteiramente novo. Contrariamente às idéias correntes, o criminoso já não aparece como um ser radicalmente insociável, como uma espécie de elemento parasitário, de corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade; é um agente regular da vida social. Por seu lado, o crime deve deixar de ser concebido como um mal que nunca é demais limitar [...] (DURKHEIM, 2004, p.87).

Em razão dessa teoria, o desvio só é negativo para a estru-

tura social quando são ultrapassados certos limites, em que ocorre um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor. Dentro dos limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sociocultural (BARATTA, 2002, p.59-60).

Outra teoria, a teoria das subculturas criminais, consagrada na obra de Albert K. Cohen, *Delinquent Boys* (1955), na tentativa de explicar a delinquência em geral e, em particular, a juvenil e de Edwin H. Sutherland, sobre a criminalidade de colarinho branco, favoreceu a desconstrução do princípio da culpabilidade.

Por tal teoria, o crime resulta da interiorização e da obediência a um código moral ou cultural que torna a delinquência imperativa e, assim, “ao obedecer às normas subculturais, o delinquente mais não pretende do que corresponder à expectativa dos outros significantes que definem o seu meio cultural e funcionam como grupo de referência para efeitos de status e de sucesso” (DIAS e ANDRADE, 1997, p.291).

Ademais, o comportamento delinquente é aprendido, não herdado. Nos estudos de Sutherland, o que ocorre é que, nas definições dos códigos legais pelas pessoas com que se associa, os motivos e impulsos são direcionados como favoráveis ou desfavoráveis. Assim, “uma pessoa torna-se criminosa ou delinquente porque recebe mais definições favoráveis à violação da lei do que definições desfavoráveis a essa violação” (COHEN, 1968, p.202).

Dessa forma, o comportamento delitivo não pode ser interpretado como a expressão de uma atitude interior reprovável, dirigida conscientemente contra valores e normas existentes na sociedade antes de sua sanção legislativa, “porque [...] inexistente um único sistema oficial de valores, mas uma série de subsistemas que se transmitem aos indivíduos mediante mecanismos de socialização e aprendizagem específicos dos ambientes e grupos sociais particulares nos quais se inserem” (ANDRADE, 2003a, p.201).

Mas essas teorias, advindas da Sociologia Criminal, ainda

integravam uma Criminologia de cunho positivista e adotavam um modelo sociológico do *consenso*, de manutenção do *status*, da negação da transformação, da negação da luta entre opostos, presente desde a Criminologia Clássica. Com efeito, na Escola Clássica, vê-se uma Criminologia acrítica e submissa, que tem o Código Penal como "um monumento incontestado e incontestável. Definidor supremo do bem e do mal" (ANIYAR DE CASTRO, 1982, p.73). E essa falta de questionamento da ordem estabelecida prosseguiu na Criminologia Positivista, que "partiu, código na mão, para perseguir o que desde então se denominou de criminosos natos, loucos morais, personalidades criminosas, desorganizados sociais, inadaptados etc" (ANIYAR DE CASTRO, 1982, p.75).

A passagem para um outro modelo sociológico, o modelo do *conflito*, inicia-se com a Criminologia Interacionista ou da Reação Social, inaugurada pela teoria do etiquetamento ou *labeling approach*. Para o modelo do *conflito*:

[...] o Código Penal não representaria um consenso, mas sim os interesses garantidos em função da classe dominante. A sociedade não tem os mesmos valores: é plural. O que é bom para uns, pode ser ruim para outros. Uma Criminologia derivada deste ponto de vista não deve, portanto, partir para a busca dos seres presumidamente anormais que violam a lei para castigá-los, melhorá-los ou readaptá-los, mas sim liberar-se da camisa de força dos códigos penais e estabelecer, autonomamente, seu objeto de estudo (ANIYAR DE CASTRO, 1982, p.75).

O advento de uma nova Criminologia e a adoção do modelo de *conflito*, em que se passaria a questionar "a sacralidade dos Códigos Penais e sua afirmação maniqueísta do bem e do mal" (ANIYAR DE CASTRO, 1982, p.80), representou, na Criminologia, uma mudança de paradigma. Passava-se do paradigma etiológico para o paradigma da reação social; de uma ciência das causas da criminalidade para uma ciência das condições da criminalização; mudança essa motivada pela crítica

sociológica inaugurada com o *labeling approach* de base interacionista (ANDRADE, 2003a, p.184).

O *labeling approach*², que serviu de base para o paradigma criminológico da reação social e, depois, para a Criminologia Crítica, surgiu nos Estados Unidos, no final da década de 50 e início da década de 60 do século XX. Seu principal autor foi Howard Becker, com a obra *Outsiders*, publicada em 1963, cuja tese principal é a de que *o desvio é criado pela sociedade*.

Becker (1971, p.19) explica tal afirmação nos seguintes termos:

[...] os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e ao aplicar essas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais. [...] o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e das sanções para um "ofensor". O desviante é uma pessoa a quem foi possível aplicar, com êxito, dita qualificação; a conduta desviada é a conduta assim chamada pelas pessoas.

E adverte, ainda, que não se pôde presumir que a categoria das pessoas qualificadas como desviadas incluirá todos aqueles que tenham violado uma regra: "muitos infratores podem evitar ser descobertos e, em consequência, não serem incluídos na categoria de desviados" (BECKER, 1971, p.20). Como essa categoria não é homogênea e não inclui todos os casos de desvio, é impossível encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida que expliquem o suposto desvio. Assim, Becker situa sua análise na consideração do desvio como uma "transação que tem lugar entre um grupo social e um indivíduo que é considerado por certo grupo como um transgressor das regras" (BECKER, 1971, p.20). Com isso, Becker se dedicará mais ao processo pelo qual se chega a considerarem-se certas pessoas

² O *labeling approach* é designado também como teoria do interacionismo simbólico, do etiquetamento, da rotulação ou, ainda, como paradigma da reação social, do controle ou da definição.

como marginais e suas reações ante a esse juízo do que a características pessoais e sociais dos desviados.

A teoria de Howard Becker é, por isso, chamada de teoria do etiquetamento (ou *labeling approach*) porque a ele importou o processo de atribuição da “etiqueta”, do “rótulo” de criminoso a certas pessoas e o impacto que tal atribuição teria na pessoa a partir disso. Como assinala Baratta (2002, p.89), Becker, nessa primeira direção da pesquisa do *labeling approach*, deteve-se sobre os efeitos da estigmatização na formação do *status* social de desviante, ou seja, na mudança de identidade do indivíduo, a partir do momento em que é etiquetado como delinqüente. Os resultados dessa primeira pesquisa revelaram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas de prisão, antes de ter um efeito reeducativo sobre o delinqüente, determinava uma consolidação da identidade desviante do condenado, por meio da rotulação, e o início, por essa razão, de uma verdadeira carreira criminosa (BARATTA, 2002, p.89).

Os resultados sobre a efetividade dos fins atribuídos à pena, contestadores da sua função reeducativa e da ideologia do tratamento do delinqüente, permitiram questionar mais um dos princípios da ideologia da defesa social, qual seja, o do fim ou da prevenção.

Em um segundo momento, o novo paradigma foi desenvolvido a partir da dimensão do poder e, pois, a partir do juízo pelo qual a qualidade de desviante é atribuída a um comportamento ou a um sujeito. E, aí, Becker trabalhou com a noção de “reação social” (e daí o nome Criminologia da Reação Social), pela qual um ato será considerado desviado dependendo de como reagem as pessoas frente a ele (BECKER, 1971, p.23):

[...] o desvio não é uma simples qualidade presente em alguns tipos de conduta e ausente em outros. É o resultado de um processo que implica as reações das outras pessoas frente a esta conduta. A mesma conduta pode ser uma infração às regras em um momento e não em outros; pode ser uma infração ao ser cometida por

uma pessoa, mas não quando é outra quem a pratica; algumas regras podem violar-se impunemente, outras não. Em resumo, o fato de que um certo ato seja desviado ou não depende em parte da natureza do ato (ou seja, de ser violada ou não alguma regra) e em parte do que as demais pessoas fazem a respeito dele.

Assim, “não é o comportamento, por si mesmo, que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre “normal” e “desviante”, mas somente a sua *interpretação* [...]” (BARATTA, 2002, p.94). Para haver criminalidade é necessário, portanto, o desencadeamento de uma reação social correspondente. O simples desvio não é suficiente.

As bases sociológicas do *labeling approach* foram o interacionismo simbólico – e a concepção de que a sociedade não é estanque, de estruturas imutáveis, mas é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos – e a etnometodologia, na idéia de que a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer objetivamente, mas o produto de uma “construção social” (ANDRADE, 2003a, p.204).

A tese central da teoria do etiquetamento é, portanto, como coloca Vera Andrade (2003a, p.205; 1996, p.280), a de que a criminalidade não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação social, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos por meio de complexos processos de interação social, de processos formais e informais de definição e seleção.

A atribuição do caráter criminal a uma conduta e do caráter de criminoso a um indivíduo depende, portanto, não de traços da personalidade do autor ou influências de seu meio ambiente, mas desses processos sociais, em que se *definirá* a conduta como delituosa, selecionando os bens jurídicos penalmente protegidos e os comportamentos ofensivos a esses bens, descritos nos tipos penais, e se *selecionará* o indivíduo a ser estigmatizado como delinqüente, entre todos aqueles que praticam tais comportamentos (BARATTA, 2002, p.161). Por isso, em vez de falar-se em *criminalidade* e *criminoso*, é preferível dizer-se *criminalização* e *criminalizado*:

Ao acentuar que o crime (e a criminalidade) não é o objeto, mas o produto da reação social e, portanto, não tem natureza ontológica, mas social e definitorial, o *labeling* acentua o papel co-constitutivo do controle na sua construção social de forma que as agências controladoras não “detectam” ou “declaram” a natureza criminal de uma conduta, a “geram” ou “produzem” ao etiquetá-la assim. (PABLOS DE MOLINA *apud* ANDRADE, 2003a, p.206).

Desloca-se, assim, a investigação das “causas” do crime “[...] para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal, como conjunto articulado de processos de definição (criminalização primária) e de seleção (criminalização secundária) e para o impacto que produz o etiquetamento na identidade do desviante”. (ANDRADE, 2003a, p.207). Para o novo paradigma, “[...] não importa por que alguém se torna delinqüente. O importante é saber quem define e como se define a delinqüência e como se assinala alguém como delinqüente [...]” (ANIYAR DE CASTRO, 1982, p.79).

A partir da teoria do *labeling approach*, estudos sobre a criminalidade de “colarinho branco”, a “cifra oculta” da criminalidade e a crítica das estatísticas criminais oficiais permitiram conclusões que contestaram, definitivamente, o princípio da igualdade e o mito de que a lei penal é igual para todos.

Esses estudos demonstraram, em primeiro lugar, como a criminalidade de colarinho branco é escassamente perseguida e escapa facilmente das malhas finas da lei. Em segundo lugar, como as estatísticas criminais retratam, apenas, a criminalidade identificada e perseguida, sugerindo um quadro falso da distribuição da criminalidade nos grupos sociais e que justifica uma definição, equivocada, mas corrente, de que a criminalidade está concentrada nos estratos inferiores da sociedade e, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais ligados à pobreza. E, por fim, as pesquisas de autodenúncia e vitimização realizadas a partir do novo paradigma demonstraram que “a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria [...], mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos ou mes-

mo da maioria dos membros de nossa sociedade" (BARATTA, 2002, p.103).

Do *labeling approach*, a passagem para uma Criminologia Crítica³ veio com a necessidade de explicar as razões políticas pelas quais certo comportamento seria enquadrado como desviante ou certo sujeito seria considerado delinquente, e outras condutas e indivíduos não. Sem esse entendimento, a criminalidade poderia ser vista apenas como um inexplicável acidente (PAVARINI *apud* ANDRADE, 2003a, p.216).

A Criminologia crítica recupera, portanto, a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores do poder econômico e político, a criminalidade organizada etc.) (ANDRADE, 2003a, p.217; 2003c, p.48).

Com essa abordagem marxista, a Criminologia Crítica é a proposta de construção de uma teoria materialista, econômico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, na evidência de que o sistema penal se revela desigual quanto às chances de os indivíduos serem definidos e controlados como desviantes e privilegia os interesses das classes dominantes.

Ao identificar que os interesses que estão na base da formação e da aplicação do direito penal são os interesses daqueles grupos que têm o poder de influir sobre os processos de criminalização, ou seja, os interesses protegidos pelo direito penal não são interesses comuns a todos os cidadãos, a Crimi-

³ Denomina-se "Criminologia Crítica" a evolução dos estudos de dois grupos, surgidos no final dos anos 60 até meados dos anos 70: a "Criminologia Radical", desenvolvida nos Estados Unidos da América, a partir da Escola de Criminologia de Berkeley, na Califórnia, é a "Nova Criminologia", desenvolvida na Europa, mais especificamente na Inglaterra, por Taylor, Walton e Young (ANDRADE, 2003a, p.187-188).

nologia baseada na sociologia do *conflito* permitiu questionar o princípio do interesse social e do delito natural (BARATTA, 2002, p.119, ANDRADE, 2003a, p.213). As verdadeiras variáveis do processo de definição estariam nas relações de poder e nos grupos sociais e, tomando em conta a estratificação social e os conflitos de interesse, restaria evidenciada a distribuição desigual do status de criminoso (ANDRADE, 2003a, p.202).

A Criminologia contemporânea, assim, no deslocamento que fez da investigação dos controlados para os controladores e, então, para o poder de controlar, chegou a importantes resultados, relacionados por Alessandro Baratta (1987, p.624-626):

a) a pena, especialmente suas manifestações mais drásticas, que têm por objeto a esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, é uma *violência institucional*. Limita direitos e reprime necessidades fundamentais dos indivíduos por meio do poder punitivo;

b) os órgãos da justiça penal não representam nem tutelam interesses comuns a todos os membros da sociedade, mas interesses de grupos minoritários dominantes e socialmente privilegiados;

c) o funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, tanto no que diz respeito à proteção outorgada aos bens jurídicos, quanto no que se refere ao processo de criminalização e recrutamento da clientela do sistema penal. O sistema penal, em todas as suas fases e agências de controle, está direcionado quase exclusivamente contra as classes mais pobres, apesar de os comportamentos socialmente negativos estarem distribuídos em todos os estratos sociais;

d) o sistema punitivo produz mais problemas do que os resolve, porque não soluciona os conflitos, apenas os reprime;

e) o sistema punitivo, pelo modo como funciona, é inadequado para cumprir as funções socialmente úteis propostas por seu discurso oficial: o cárcere, por exemplo, como pena principal, é instituição que historicamente fracassou em combater a criminalidade e ressocializar o condenado.

Vale dizer que esse posicionamento crítico, trazido pelo modelo do *conflito*, permitiu, inclusive, verificar que a proteção aos interesses das classes dominantes estava presente até mesmo no surgimento da Criminologia positivista, na busca de explicações para os fenômenos sociais “que nem sequer aludissem à existência das classes sociais e da exploração” (BERNAL, J.D. *apud* DEL OLMO, 2004, p.39).

Rosa Del Olmo (2004, p.45) demonstra, por exemplo, como o surgimento do paradigma etiológico e da Criminologia como ciência fazia sentido, porque suas formulações sobre a inferioridade física e moral do delinquente reforçavam a ideologia dominante e justificavam as desigualdades de uma sociedade que se proclamava igualitária. Afinal, vivia-se o fim da era do individualismo e início do imperialismo e a Criminologia poderia ser utilizada, perfeitamente, para neutralizar as críticas que poderiam surgir, racionalizando as desigualdades e reformulando o conceito de liberdade. A função da criminologia seria legitimar, em nome da ciência, a intervenção estatal contra os “resistentes” ao sistema (DEL OLMO, 2004, p.44, 48).

De fato, as conclusões dos estudos de Lombroso se justificam pela situação vivida na Itália, à sua época, contada por Rosa Del Olmo, de antítese entre a Itália do Norte e a Itália do Sul, entre uma economia agrária miserável e uma rica e potente organização, dicotomia surgida a partir de uma unificação que deixou o sul em estado de total atraso em relação ao norte. A propaganda que se seguia era a de que a região sul era o entulho que impedia o desenvolvimento da Itália e que os meridionais eram seres biologicamente inferiores. Se o sul está atrasado, isso não é culpa do capitalismo, mas da natureza dos meridionais: preguiçosos, imprestáveis, criminosos, bárbaros... (DEL OLMO, 2004, p.49-50). Coincidentemente, os estudos de Lombroso foram feitos no Sul da Itália.

Nesse contexto, o racismo teve papel central. E a Criminologia positivista, assimilada da Europa de pronto e acriticamente na América Latina, permitiu – e permite, ainda – essas manifestações.

Na América Latina, a Criminologia positivista se mani-

festou forte em obras que, com inspiração na teoria do homem delinqüente, atribuíam aos índios e negros a condição de inferiores e, portanto, perigosos e, então, nossos primeiros delinqüentes. Os índios cometeriam delitos pelo seu atraso e ignorância e os negros, pela simples condição de serem negros – porque, por sua individualidade inferior, teriam maior predisposição ao delito (DEL OLMO, 2004, p.175). Depois, além de negros e índios, todos os que atentassem contra a ordem estabelecida, opositores religiosos, grevistas, anarquistas (DEL OLMO, 2004, p.181), brancos revolucionários.

Mas foi na América Latina, também, como nota Zaffaroni (2001, p.35), que o aparecimento da Criminologia da Reação Social manifestou, com maior evidência, a falsidade do discurso jurídico-penal, revelando uma situação insustentável, em razão da gravidade dos resultados práticos da violenta operacionalidade dos sistemas penais.

A operacionalidade desse sistema será explicada no próximo tópico.

Antes disso, entretanto, é importante pontuar, diante de todo o percurso histórico da Criminologia até aqui apresentado, o referencial teórico do presente trabalho. Aqui, a opção teórica é pelo paradigma da reação social, na negação do paradigma etiológico da criminalidade e da ideologia da defesa social, no estudo das condições da criminalização e na análise do funcionamento do sistema penal. Mas é também pela crítica iniciada pela Criminologia Crítica, embora em amplitude maior do que a seletividade motivada pelos interesses de classes econômicas, para abranger outras assimetrias sociais, de gênero e raça, como se têm orientado os estudos mais recentes de Vera Andrade (2004, p.269). Embora haja, aqui, uma opção teórica de estudo macrossociológico, o estudo não perde, é de reconhecer, uma conotação interacionista e ao mesmo tempo etnometodológica, no sentido das explicações dadas por Fernando Acosta (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM, 2002): ao mesmo tempo em que se trabalhará com os processos de definição, objeto de estudo do interacionismo simbólico, o foco também estará no papel dos ato-

res do sistema penal, no método utilizado pelas pessoas para se chegar a uma definição, como ocorre nas pesquisas da etnometodologia. Assim, a análise do funcionamento do sistema acaba por ter uma característica também microsociológica.

O CONTROLE PENAL E OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO

O controle penal está inserido dentro do controle social. Este é exercido por vários mecanismos, por exemplo, vários sistemas normativos (religião, moral, ética, usos e costumes, educação e terapêutica social, direito) e diversos órgãos ou portadores (família, igreja, ciência, legislador, partidos, sindicatos, organizações públicas e privadas) (CASTILHO, 2001, p.39) e divide-se em controle informal e controle formal.

Nas instâncias informais, atuam como agentes de controle a família, os vizinhos, os amigos, a escola, a igreja, os colegas de trabalho, o sindicato, o partido político, os meios de comunicação de massa. Nas instâncias formais, atuam a Polícia, o Ministério Público, os órgãos judiciários, os órgãos da execução penal e, pois, dentro dessa instância, está o controle jurídico-penal, como subsistema do controle social (CASTILHO, 2001, p.39, 43).

Como dito anteriormente, com a superação do paradigma etiológico, a Criminologia tem seu objeto de investigação deslocado para o sistema penal, para as condições da criminalização e para o funcionamento dos mecanismos de controle social.

O sistema penal, enquanto objeto dessa abordagem, segundo adverte Vera Andrade, não se reduz ao conjunto de normas penais, mas é “concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem todas as agências do controle social formal”, desde o Legislador, por meio do mecanismo da produção das normas (criminalização primária), passando pela Polícia, a Justiça e o Ministério Público, ou seja, o

processo penal e os mecanismos de aplicação das normas (criminalização secundária) e culminando com o sistema penitenciário e os mecanismos do controle social informal (ANDRADE, 1996, p.281; BARATTA, 2002, p.161).

Nos tópicos seguintes, serão explicadas as fases de criminalização e o fenômeno da seletividade que permeia todo o processo de controle penal, abordando-se, em particular, a fase de criminalização secundária e seus operadores e, mais especificamente, o controle penal judicial.

2.1 Processos de criminalização e seletividade

As três etapas de criminalização correspondem a três níveis de investigação realizados pela teoria do *labeling approach*: a) a investigação do processo de definição da conduta desviada (criminalização primária) e o estudo da distribuição do poder social dessa definição; b) a investigação do processo de atribuição do *status* criminal (processo de seleção ou criminalização secundária); e c) a investigação do impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante (ANDRADE, 2003a, p.208; 2003c, p.44-45).

O primeiro nível investiga, no controle formal, o processo de criação das normas penais, a definição dos bens jurídicos protegidos, as condutas que devem ser criminalizadas, a qualidade e a quantidade das penas e a distribuição do poder para operar com esse mecanismo de criminalização na sociedade. No controle informal, pesquisam-se as definições informais dadas pelo senso comum e suas possíveis influências.

No controle formal, define-se a criminalização primária como “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas” (ZAFFARONI et.al., 2003, p.43) e é ela realizada pelas agências políticas (parlamentos, executivos).

Importante na compreensão do processo de criminalização primária são os estudos da teoria do *labeling approach* sobre a definição dos desvios e o conceito de “empresários morais”, tra-

balhado por Howard Becker. Becker (1971, p.113) entende que a imposição de regras é, em primeiro lugar, um ato de iniciativa e ocorre quando aquelas pessoas que querem que a regra seja publicamente imposta (os “empresários morais”), em razão de um interesse pessoal, chamam a atenção dos outros sobre a infração, já que, quando essa se faz pública, não pode mais ser ignorada.

Assim, segundo Becker (1971, p.134-135), na criação e aplicação de regras, é possível que sempre esteja presente um indivíduo ou grupo que toma a iniciativa, como “instigadores da moral”, a partir de seu código próprio do que seja bom e do que seja mau e que, para isso, tentará conseguir o apoio de grupos similares e dos meios de comunicação, desenvolvendo um clima de opinião favorável a seus fins, numa verdadeira “cruzada moral”.

Eugênio Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2003, p.45) reconhecem que “sem um empresário moral, as agências políticas não sancionam uma nova lei penal nem tampouco as agências secundárias selecionam pessoas que antes não selecionavam.”. Os “empresários morais” podem ser, por exemplo, um comunicador social, um político em busca de admiradores, um grupo religioso à procura de notoriedade, um chefe de polícia em busca de poder ou uma organização que reivindica os direitos das minorias.

Intrinsecamente ligado aos “empresários morais”, um outro fenômeno ocorre na criminalização primária. Quando as agências políticas não conseguem resolver determinados conflitos, elas se valem da renormatização da situação conflitiva, criando leis penais que criminalizam aquele comportamento e, ao mesmo tempo, reconhecendo o *status* de vítima da pessoa subjugada. Tem-se, aí, a vitimização primária (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p.53).

Deste modo são tranquilizadas as pessoas que reivindicam o reconhecimento de seus direitos lesionados em meio a essas situações conflitivas, cujos explicáveis impulsos vindicativos passam a ser canalizáveis para a realimentação do sistema penal, estimulando-se que a opinião

pública se identifique com eles, e procurando que todos aqueles que suportam ofensas análogas se satisfaçam com o reconhecimento de seu novo *status* (vítimas). Desta maneira, a situação *desnormalizada se renormatiza* (sai do centro da atenção pública). A urgência em normatizar acelera a essência competitiva das agências políticas: o recurso à vitimização primária é um dos principais métodos para obter prestígio e clientela dentro dessas agências, sendo empregado com frequência proporcional à reafirmação do *mito de que renormatizar é resolver* (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 53-54).

O processo de criminalização primária representa, assim, a primeira fase da distribuição seletiva e desigual do *status* de criminoso, que se realiza pela escolha dos bens jurídicos que a sociedade pretende defender, por meio da criação de normas penais e, pois, pré-selecionando os indivíduos criminalizáveis, ainda que abstratamente.

O segundo nível de investigação, que é objeto do presente trabalho, estuda o processo de criminalização secundária, realizado por meio da aplicação das normas penais pela Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário, e a atribuição da etiqueta de desviante à conduta ou ao indivíduo selecionado.

Enquanto a criminalização primária é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 43).

Da mesma forma que a criminalização primária, também a criminalização secundária é orientada pela atuação dos “empresários morais”. É que a criminalização secundária, dada sua escassa capacidade operacional, realiza uma parte muito pequena do programa primário e, assim, a impunidade acontece muito mais do que a criminalização, que ocorrerá como exceção. Assim, “os empresários morais sempre dispõem de material para

seus empreendimentos”, reivindicando contra a impunidade (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p.45).

Becker (1971, p. 145) reconhece que o resultado final da “cruzada moral” é uma organização policial: “O que começara como uma campanha para convencer o mundo da necessidade moral de uma nova regra se transforma, finalmente, em uma organização dedicada à imposição de certa regra.”

Orientada pelo poder dos “empresários morais”, a criminalização secundária realiza-se também com limitações operativas, influenciando a seleção. Com inegável violação ao princípio da igualdade, a criminalização secundária, em regra, seleciona primeiramente a prática de fatos de detecção mais fácil, “a obra tosca da criminalidade” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p.46) e as pessoas que causem menos problemas, em termos de acesso ao poder político e econômico. Esses selecionados serão considerados os únicos delitos e os únicos delinquentes, alimentando um estereótipo no senso comum, com componentes de classe social, etnia, idade, gênero e até aparência estética, que acaba por se tornar o principal critério seletivo da criminalização secundária (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p.46).

A correspondência com um estereótipo criminal coloca a pessoa em situação de vulnerabilidade, ou seja, em posição concreta de risco criminalizante e “o estado de vulnerabilidade será mais alto ou mais baixo consoante a correspondência com o estereótipo for maior ou menor” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p.49).

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003, p.49) explicam que a seleção pode ocorrer não só pelo estereótipo, mas também pelo tipo de comportamento ou pela falta de cobertura. Assim, em regra, são selecionadas as pessoas que “se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (criminalização conforme ao estereótipo).” Em seguida, selecionam-se pessoas que não se enquadram no estereótipo, mas por terem “atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc) (criminalização por comportamento grotesco ou trágico).” E, por fim, há a seleção de

pessoas que eram invulneráveis ao poder punitivo, mas que sofrem, excepcionalmente, uma ruptura nessa vulnerabilidade, numa luta de poder hegemônico em que saíam derrotadas.

Com isso, dada a impossibilidade de que todas as relações sociais se subordinem a um programa de criminalização primária – o que produziria o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população (ZAFFARONI, 2001, p.26) e a limitada capacidade operacional das agências de criminalização secundária, a seletividade ocorrerá sempre. É importante ressaltar que a seleção não se opera somente sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados, estando entre os mais vulneráveis à vitimização a classe média em seus estratos inferiores, os trabalhadores manuais e desocupados forçados, as crianças, os velhos e as mulheres (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p.44; 55).

Por fim, o terceiro nível de investigação do *labeling approach* estuda as conseqüências da estigmatização pelo rótulo de criminoso, conferido ao indivíduo selecionado, orientadas para os estudos da reincidência, das carreiras criminosas e do fracasso da concepção reeducativa da pena e da ideologia do tratamento. Pode-se falar, aqui, em uma “criminalização terciária”, que se dá com a entrada do indivíduo selecionado no sistema prisional.

Como já dito, o presente trabalho é realizado no segundo nível de investigação do *labeling approach*, limitando seu objeto de análise, portanto, ao processo de criminalização secundária.

2.2 O processo de criminalização secundária, seus operadores e mecanismos de seleção

O processo de criminalização pode dar-se, como já explicado, em três diferentes direções:

[...] 1) A criminalização de condutas, que seria o ato ou conjunto de atos dirigidos no sentido de converter uma conduta que antes era lícita, em ilícita mediante a criação de uma lei penal. 2) A criminalização de indivíduos, que

consiste nos procedimentos, situações, ritos ou cerimônias que levam a marcar como delinquentes, determinadas pessoas em vez de outras, embora tenham praticado atos semelhantes [...]. 3) A criminalização do desviante que compreenderia o processo psicológico e social mediante o qual quem não é mais do que um simples desviante, se transforma em criminoso, quer dizer, o processo de formação de carreiras criminais. (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p.103)

Cada direção orienta uma fase desse processo: primária, secundária e terciária.

Embora a criminalização primária implique um primeiro passo seletivo, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003, p.44) explicam que ela permanece, sempre, em certo nível de abstração porque “na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam.” A seleção se efetuará, concretamente, com a criminalização secundária.

Dentre os três processos mencionados, o processo de criminalização secundária acentua ainda mais o caráter seletivo do direito penal (BARATTA, 2002, p.165) e, assim, o estudo da seletividade na distribuição da criminalidade passou a ser um dos temas centrais das pesquisas orientadas pelas teorias criminológicas fundadas no paradigma da reação social.

Para o *labeling approach*, não há como compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam). Segundo Baratta (2002, p.86), “o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.”

Por essa razão, o *labeling approach* tem-se ocupado principalmente das reações das instâncias oficiais de controle social na constituição da criminalidade.

Para estudar o processo de criminalização secundária, necessário, primeiramente, visualizá-lo graficamente. Sua representação gráfica é a de um funil.⁴

Como já estudado, a criminalidade é um comportamento da maioria da população e todo o conjunto de condutas criminosas (ou seja, previstas na programação legislativa) praticadas passa por um funil seletivo, no processo de criminalização secundária, tramitando pelas instâncias oficiais de controle que o compõem (Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário). Essas condutas e os indivíduos que as praticaram podem ou não ser, ao final, etiquetados com o rótulo de criminosos e enfrentar as consequências dessa estigmatização e os efeitos da passagem pelo sistema prisional.

Por isso, a primeira providência para uma compreensão desse “funil” é a observação dos resultados de campo de investigação que influenciou sobremaneira o paradigma da reação social: os estudos sobre cifra oculta da criminalidade e a crítica das estatísticas criminais.

Aniyar de Castro (1983, p.67) relaciona três tipos de criminalidade: uma criminalidade legal, uma criminalidade aparente e uma criminalidade real.

A *criminalidade legal* é a que aparece registrada nas estatísticas oficiais e, geralmente, decorre dos registros dos casos em que houve condenação. A *criminalidade aparente* é toda a criminalidade conhecida por órgãos de controle social – polícia, juízes, Ministério Público –, mas que não aparece registrada nas estatísticas oficiais, por várias razões: ou porque o processo não seguiu seu curso normal ou porque não houve (ainda) condenação. A *criminalidade real*, por fim, é a da totalidade dos delitos cometidos.

Entre a criminalidade real e a criminalidade aparente, há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pelas instâncias oficiais de controle e que, então, constituem as cha-

⁴ Fala-se nessa “representação gráfica” de “efeito-funil” (CASTILHO, 2001, p.53, ANDRADE, 2003a, p.263, DIAS e ANDRADE, 1997, p.367) ou de “filtro” (ZAFFARONI e BATISTA, 2003, p.49).

madras cifras ocultas⁵ ou criminalidade oculta. Assim, as cifras ocultas constituem os crimes que nem chegam a nascer como fato estatístico, todo crime que não atinge o limiar mínimo de crime conhecido pela polícia.

A expressão “cifras ocultas”, como esclarecem Dias e Andrade (1997, p.133), apesar de ser preferencialmente utilizada como sinônimo de criminalidade oculta ou latente, para abranger, tão-só, a diferença entre criminalidade real e a criminalidade conhecida pela Polícia, pode servir, também, para indicar os crimes que, embora “nascidos”, não conseguiram “sobreviver” na passagem do crime de instância a instância.

O efeito “funil” se dá, exatamente, com as cifras ocultas nesse sentido amplo, que será o sentido adotado para esse trabalho. Afinal, “nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação” (ANDRADE, 2003a, p.262-263).

Nesse sentido, importante explicar, aqui, a definição de outros dois termos recorrentes na presente pesquisa: *imunidade* ou *imunização* e *impunidade* de indivíduos ou condutas. *Imunidade* ou *imunização* é o termo comumente utilizado para as situações que não foram objeto de criminalização primária (CASTILHO, 2001, p.49) ou que, passadas por essa fase, sequer chegam a entrar no sistema penal. Assim, ao se falar em *imunidade*, no presente trabalho, estar-se-á falando do sentido mais estrito da expressão “cifras ocultas”, como já explicado. *Impunidade*, por sua vez, é o termo utilizado para os casos que são conhecidos pelo sistema, mas que não culminam com a atribuição da etiqueta de criminoso. Esse termo será mais bem explicado adiante.

Para tentar quantificar essa criminalidade oculta, os estudos sobre as cifras ocultas fazem-se por três métodos: a) método da autoconfissão (pesquisas anônimas direcionadas a saber quantas pessoas cometeram fatos delituosos em determinado período

⁵ Será dada preferência, no presente trabalho, ao termo “cifras ocultas”, em alternativa ao também utilizado termo “cifras negras”, pela preocupação em se evitar expressões que reforcem estereótipos de discriminação racial.

de tempo e qual foi a consequência de tal ato); b) método da vitimização (pesquisas sobre quantas pessoas foram vítimas de delitos e quais as providências tomadas); e c) método de análise das maneiras de prosseguir ou abandonar os casos que têm as instâncias oficiais de controle (Polícia, Ministério Público e Judiciário) – estudo sobre as entradas e saídas de delitos e delinquentes do sistema de controle formal (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p.67, DIAS e ANDRADE, 1997, p.136).

Essas pesquisas indicam que o sistema penal tem, sob sua administração, menos que 10% do total das infrações (BARATTA apud ANDRADE, 2003a, p.263, 266). Isso mostra, por sua vez, que a seletividade do sistema é, em primeiro lugar, *quantitativa*, decorrente da própria incapacidade operacional do sistema, dada a discrepância entre o número de situações em que ele é chamado a intervir e aquelas em que ele pode intervir e intervir.

Com essa defasagem na operacionalização do sistema, e considerando as constatações sobre a criminalidade oculta, é fácil ver o porquê da crítica às estatísticas oficiais, que têm servido como instrumento para a justificação dos estereótipos criados pela Criminologia Positivista. As estatísticas oficiais representam os casos conhecidos e, na maior parte das vezes, os que culminaram em condenação. Deixam de lado, porque não os conhecem, os dados relativos à criminalidade real.

Dessa forma, as estatísticas criminais, como baseadas apenas na criminalidade identificada e perseguida e, pois, nos resultados da criminalização, falsearam a distribuição da criminalidade nos grupos sociais e distorceram as teorias da criminalidade baseadas nesta distribuição, chegando-se a afirmar que a criminalidade estaria relacionada a fatores como a pobreza, por exemplo, ou a outros estereótipos. Pobres têm, na verdade, não maior tendência a delinquir, mas de serem criminalizados (ANDRADE, 2003a, p.264-265).

Um segundo momento do funil operado no processo de criminalização secundária está na seletividade *qualitativa*.

Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua, mas a clientela do sistema penal é composta, regularmente, de pessoas pertencentes aos estratos sociais mais baixos, é evidente que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população total,

que passam a ser qualificadas como criminosos (ANDRADE, 1996, p.283).

O sistema penal, assim, recebe, primeiramente, aquela parcela de criminalidade selecionada *quantitativamente* – seja pela incapacidade operacional do sistema, seja por fatores de seleção da vítima, que serão a seguir explicitados, que impedem que aquele fato chegue ao conhecimento das instâncias oficiais de controle. Chegando ao conhecimento do sistema, nova seleção ocorre nos casos, agora *qualitativamente*. Da totalidade dos casos que formam essa criminalidade aparente, apenas uma parcela deles percorrerá o processo de criminalização secundária e uma parcela ainda menor desses casos será etiquetada e entrará no sistema prisional. Esses casos sofrerão uma seleção qualitativa – das condutas e indivíduos que serão ou não etiquetados.

Visível se torna, nesta perspectiva, como a criminalidade estatística não é, em absoluto, um retrato da criminalidade real, mas o resultado de um complexo processo de refração existindo entre ambas um profundo defasamento não apenas quantitativo, mas também aqui qualitativo. Pois o “efeito-de-funil” ou a “mortalidade de casos criminais” operada ao longo do corredor da delinquência, isto é, no interior do sistema penal, resulta da ampla margem de discricionariedade seletiva dos agentes do controle (ANDRADE, 2003a, p.263).

Nesse afunilamento seletivo é que se identifica o fenômeno da *impunidade*.

A *impunidade* ocorre quando os indivíduos, inseridos no sistema penal, dele são excluídos durante o processo de criminalização secundária, isentos, portanto, da atribuição do *status* de criminoso e das consequências da estigmatização, pela vivência no sistema penitenciário.

Vale esclarecer, entretanto, que o fenômeno da impunidade não tem, aqui, a conotação negativa que o senso comum lhe atribui. Em primeiro lugar, porque a impunidade integra a lógica seletiva do sistema penal – da totalidade de casos que chegam ao sistema, alguns serão etiquetados, outros, excluídos.

Em segundo lugar, porque, como se estudará no próximo capítulo, a exclusão de indivíduos e condutas do sistema pode representar, ainda que na minoria dos casos, um curativo para um constrangimento ilegal sofrido pelo indivíduo sujeito ao processo de criminalização – por exemplo, por excesso de acusação, falta de provas para incriminação etc.

Por último, pela advertência que fazem Dias e Andrade e Zaffaroni:

[...] a selecção assim operada não tem sido por todos encarada em termos absolutamente negativos. Desde logo, porque casos há em que a própria comunidade se opõe à aplicação da lei. Mas sobretudo porque, como LaFave recorda, o *total enforcement* seria socialmente disfuncional, vale dizer, incompatível com o normal funcionamento da vida social (DIAS e ANDRADE, 1997, p.367).

[...] Se o sistema penal concretizasse o poder criminalizante programado “provocaria uma catástrofe social.” E diante da absurda suposição – absolutamente indesejável – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere em toda sua extensão (ZAFFARONI apud ANDRADE, 2003a, p.265).

Cabe, portanto, a essa parte do trabalho observar o fenômeno da impunidade, analisando a seletividade realizada pelos operadores do processo de criminalização secundária – Polícia, Ministério Público, Juízes – na escolha desigual dos “etiquetados”.

As pesquisas sobre a seletividade do processo de criminalização secundária ressaltam a discricionariedade da atuação dos operadores do controle formal, integrantes dessa fase, que está condicionada por fatores e variáveis latentes, que transcendem o catálogo de elementos legais e oficiais que formalmente vinculam a tomada de decisões das agências de controle (ANDRADE, 2003a, p.267-268). Assim, a seletividade, que está longe de ser determinada por um caráter fortuito (ou por uma “concepção conspiratória” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p.48)), é operada, primeiramente, por um código social latente, chamado *second*

code, *basic rules* ou “meta-regras”, expressões essas que “designam a totalidade do complexo de regras e mecanismos reguladores latentes e não-oficiais que determinam efetivamente a aplicação da lei penal pelos agentes do controle penal” (ANDRADE, 2003a, p.268).

Essas regras e mecanismos foram especialmente trabalhados por Fritz Sack, principal representante da recepção alemã do *labeling approach*, que se dedicou a explicar o fenômeno da criminalidade latente (BARATTA, 2002, p.103-104) e para quem as meta-regras básicas (*basic rules*) são as “regras objetivas do sistema social que, correspondendo às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade no senso comum e seguidas conscientemente ou não pelos aplicadores da lei, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre as relações de poder entre grupos e sobre as relações sociais de produção” (ANDRADE, 2003a, p.277; BARATTA, 2002, p.105-106).

Os *second codes* ou as “meta-regras” são, portanto, as regras que determinam todo o processo de filtragem, que faz com que apenas uma parte das condutas contrárias à lei penal seja criminalizada (CASTILHO, 2001, p.30).

Na visão de Sack, a criminalidade, como realidade social, não é uma entidade pré-constituída em relação à atividade dos juízes, mas uma qualidade atribuída por esses últimos a determinados indivíduos (juízos atributivos), produzindo neles a qualidade criminal, com as conseqüências jurídicas (responsabilidade penal) e sociais (estigmatização, mudança de *status* e de identidade social) conexas (BARATTA, 2002, p.107). Sack utiliza-se das definições de Hart, para usar o termo “juízos atributivos”, em vez de “juízos descritivos”, porque não se estão descrevendo qualidades existentes no sujeito, mas tais qualidades lhe estão sendo atribuídas (ANDRADE, 2003a, p.274).

Integrado por mecanismos de seleção, “operadores genéricos que imprimem sentido ao exercício da discricionariedade real das instâncias formais de controle” (ANDRADE, 2003a, p.268-269), o *status* criminal é atribuído de acordo com imagens, estereótipos e preconceitos, existentes no *second code* dos agentes do controle formal.

Entre os mecanismos de seleção mais frequentemente mencionados pelos estudiosos do controle penal, estão o poder relativo dos sujeitos potenciais do processo formal de controle e os estereótipos (DIAS e ANDRADE, 1997, p.387). Mas, em cada uma das instâncias – Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário –, particulares manifestações de discricionariedade operam a seleção da atribuição do *status* de criminoso.

Nos primeiros níveis do funil, por exemplo, é importante ressaltar a relação entre vítima e polícia, determinante da cifra oculta. Muitos fatos contrários à lei penal não são levados pela vítima ao conhecimento da polícia. A vítima pode não ter conhecimento do fato ou não ter percepção de que aquele fato é criminoso ou, ainda, não saber se aquele fato pode ser perseguido criminalmente. A vítima pode, também, ter medo de levar o fato ao conhecimento da polícia ou, ainda, ter simpatia pelo acusado. Pode pertencer a uma comunidade que é contra a denúncia ou pode ter receio de represálias ou de ser envolvida no caso. A vítima pode, ainda, ter receio de que a condenação lhe acarrete (ou ao indivíduo que o praticou) algo mais grave do que o dano sofrido ou pode sentir-se satisfeita com a reparação do dano que obterá por outra via (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p.69-70).

E a polícia, por sua vez, sabendo da ocorrência de um fato contrário à lei penal, pode não dar seguimento à apuração. Pode considerá-lo desimportante, pode escolher os casos de acordo com a capacidade técnica e operacional de seu efetivo, ou pode sucumbir a pressões do poder (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p.69-70).

Esse primeiro filtro da criminalização secundária é decisivo na seleção, sendo reconhecido o impacto que a polícia exerce nesse processo, “por ser ela quem está na primeira linha de contato com a população” (ANIYAR DE CASTRO, 1983, p.119).

Com efeito, a polícia, de regra, opera a primeira triagem seletiva dos casos que entram no sistema penal (exceção nos casos em que a notícia do crime é levada diretamente ao Ministério Público) e, por isso, tem papel determinante na criminalização secundária.

Além disso,

[...] a polícia é não só a instância que processa o caudal mais volumoso de *deviance*, mas também a que o faz em condições de maior *discrecionalidade*. Por princípio, a polícia interage apenas com “leigos” – os denunciante e os suspeitos –, em posição de domínio e à margem da vigilância dos demais intervenientes processuais que vão progressivamente povoando o cenário [...] (DIAS e ANDRADE, 1997, p.443).

Sua *discrecionalidade* é marcada pela seleção das investigações a que procederão. As variáveis que determinam essa seleção são indicadas por Dias e Andrade (1997, p.454-459): a) *gravidade da infração* (disponibilidade da polícia para cuidar do caso aumentaria com a gravidade do fato); b) *atitude do denunciante* (a polícia evitaria processar um caso contra a vontade da vítima); c) *distância social da polícia em relação à comunidade em que ocorreu o fato* (quanto maior o distanciamento do policial da comunidade local, maior a obediência aos critérios de legalidade); d) *atitude do suspeito* (a polícia tenderia a ser particularmente compreensiva para com os suspeitos que exibem humildade, respeito e vontade de confessar e menos complacente com aqueles que desafiam sua autoridade); e) *relações entre as diferentes instâncias de controle* (em meio aos conflitos entre polícia e as demais instâncias, a polícia pode alinhar a seleção a uma previsível atitude do tribunal ou mesmo desviar o caso do tribunal, encaminhando-o para soluções informais); f) *interiorização e adesão às normas legais* (as normas criminais contam com limitada adesão da polícia); g) *poder relativo do infrator* (quanto maior for o poder e o *status* do infrator, menor será a probabilidade de ele ser formalmente processado pela polícia).

A segunda instância do controle penal é o Ministério Público, incumbido de, recebendo a investigação feita pela Polícia, acusar ou arquivar o processo. No Brasil, tem ele o monopólio da ação penal pública e age segundo os princípios da obrigatoriedade e da legalidade, isto é, “sempre que ocorram, em concreto, certas condições de fato previstas pela lei, ele tem o dever de promover a ação penal” (CASTILHO, 2001, p.145-146). Assim, sua *discrecionalidade*, no processo penal “tradi-

cional"⁶, é orientada pelos esclarecimentos da Polícia, pela apreciação da prova (feita sob as concepções político-criminais e os estereótipos de seus membros) e características dos suspeitos (confissão, antecedentes criminais, gravidade da infração e vítima) (CASTILHO, 2001, p.147-148).

A última instância do processo de criminalização secundária é, por fim, o Poder Judiciário.

2.3. O controle judicial

Na terceira instância do processo de criminalização secundária, o Poder Judiciário tem o papel de, basicamente, fixar os fatos, sua valoração e qualificação jurídico-criminal e, finalmente, escolher e determinar a medida da pena (DIAS e ANDRADE, 1997, p.501).⁷ É um poder, entretanto, limitado. Ao contrário do que pensa o senso comum e defende o discurso jurídico, o poder punitivo é exercido bem mais pela polícia, limitando-se as agências judiciais a resolver os poucos casos selecionados pelas agências policiais:

O poder direto dos juristas dentro do sistema penal limita-se aos raros casos que as agências executivas selecionam, abarcando o processo de criminalização secundária, e restringe-se à decisão de interromper ou habilitar a continuação desse exercício (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p.64).

A discricionariedade dos juízes inicia-se com a busca pela veracidade dos fatos, na qual os indícios aparecem como a prin-

⁶ Para excluir os mecanismos seletivos presentes nos novos institutos de transação e suspensão do processo penal e as negociações presentes em outros sistemas penais.

⁷ Dias e Andrade reconhecem que muitas outras decisões podem ter impacto na seleção, mesmo as desprovidas de cunho efetivamente decisório do mérito do caso. Para além de valerem como formas de seleção, podem, ainda, influenciar o resultado final do processo em termos de condenação ou absolvição, agindo sobre a estigmatização do sujeito (DIAS e ANDRADE, 1997, p.501-502).

cipal base para a formação da convicção e, neles, os estereótipos: "eles operam claramente em benefício das pessoas que exibem os estigmas da respeitabilidade dominante e em desfavor dos que exibem os estigmas da associalidade e do crime" (DIAS e ANDRADE, 1997, p.541).

Na construção da realidade que fazem os juízes, não se nega a influência das impressões do juiz sobre o comportamento do indivíduo, a partir de seus *second codes*, marcados, por exemplo, pela concepção particular que o juiz tenha sobre determinado tipo de crime ou característica da pessoa. Por exemplo, a tendência por parte dos juízes, mostrada em estudo empírico dos *second codes*, de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos dos estratos médios e superiores e de buscar a criminalidade nos indivíduos de estratos inferiores, onde seria "normal" encontrá-la (ANDRADE, 2003a, p.280, CASTILHO, 2001, p.55). Sem falar na perversa relevância do "passado", levado em conta para efeitos de credibilidade do indivíduo e expresso nos antecedentes criminais, e que desconsidera o fato de que tal "passado" é o "passado" conhecido, criado pelo próprio tribunal, preferencialmente para os membros das classes inferiores (DIAS e ANDRADE, 1997, p.546-547).

Aqui, sobressai o fato de que os indivíduos e grupos sociais interagem, no tribunal, em condições de insuperável desigualdade (DIAS e ANDRADE, 1997, p.542). Os juízes provêm dos estratos médios e superiores da sociedade -, e se provêm dos estratos sociais mais baixos, passam a integrar o estrato superior, com a profissão de juiz - e julgam, mais frequentemente, os indivíduos provenientes da classe proletária.

Dessa forma, pesquisas têm revelado as condições particularmente desfavoráveis em que o imputado proveniente de grupos marginalizados se encontra, durante o processo, em comparação com imputados provenientes de estratos superiores da sociedade: "A distância linguística que separa julgadores e acusados, a menor possibilidade de desempenhar um papel ativo no processo, bem como de contratar advogados competentes, colocam em desvantagem os indivíduos socialmente mais vulneráveis" (CASTILHO, 2001, p.55). E, com efeito, a discricionariedade dos juízes passa, também, pela capacidade das partes

em produzir impressões e impor os seus pontos de vista ao juiz, evidenciando o impacto que a atuação da parte e a qualidade da defesa do acusado têm nesse processo.

Essas variáveis integram o que Vera Andrade denomina de “código ideológico”, um código latente, que não aparece na fundamentação das sentenças, mas é condicionante de seu conteúdo, e que é invisível (ANDRADE, 2003a, p.269, NEPOMOCENO, 2004, p.32). Para dar uma aparência de legalidade à decisão – e encobrir a seletividade –, os juízes se utilizam do “código tecnológico”, composto pela lei e pela dogmática penal e processual penal.

A incidência das variáveis que integram o “código ideológico” foi revelada por outro campo de investigação influenciador do paradigma da reação social: a teoria sobre o papel do juiz como criador do Direito. Aplicada para os operadores da criminalização secundária (Polícia, Ministério Público, Juízes), os teóricos da reação social afirmam que:

[...] a definição da conduta desviada não se resolve definitivamente no momento normativo. [...] a lei penal configura tão-só um marco abstrato de decisão, no qual os agentes do controle social formal desfrutam ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam, desenvolvendo uma atividade criadora proporcionada pelo caráter “definitorial” da criminalidade. Nada mais errôneo que supor (como faz a Dogmática Penal) que, detectando um comportamento delitivo, seu autor resultará automática e inevitavelmente etiquetado. Pois, entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instâncias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração (ANDRADE, 2003a, p.260).

Para essa teoria, a lei não pode assegurar por completo sua própria aplicação e, assim, dá margem à incidência de regras, princípios e atitudes subjetivas do intérprete, quando então adquire seus contornos. Lei é projeto de Direito (BASTOS, 1998,

p.68). Assim, a lei “só atinge contornos precisos no momento de sua interpretação pelo juiz”, ou seja, a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário aplicam a etiqueta de criminoso de acordo com suas particulares concepções acerca da lei (CASTILHO, 2001, p.28).

Pode-se dizer que há, nas definições comumente dadas à tarefa de decidir do juiz, duas posições polarizadas, que se alinham em posturas ideológicas entre o formalismo e o realismo. A primeira, de cunho mais formalista, rejeita a pessoa do juiz como órgão criador de direito e coloca sua atuação “como mero canal entre o ordenamento jurídico positivo e o fato *sub judice*” (BRUM, 1980, p.7). A outra põe em relevo a figura do juiz que “declara o que sente”, criando através da interpretação e da avaliação” (BRUM, 1980, p.7).

Assim, para o conservador (formalista), a sentença será a declaração do direito no caso concreto e a interpretação, a operação pela qual se determina o exato sentido da norma. Para o criativo (realismo), a sentença é o ato pelo qual o juiz diz o que sente e a interpretação, a redefinição do direito (BRUM, 1980, p.15).

De se lembrar, aqui, o mito da neutralidade, elevado na Escola Clássica: “Não há coisa mais perigosa do que aquele axioma comum que obriga a consultar o espírito da lei. É uma brecha aberta à torrente das opiniões” (BECCARIA, 1998, p.68-69).

A neutralidade do juiz foi fortalecida, nessa época, por motivos hoje bem conhecidos: “se os juízes possuíam de modo geral uma ideologia antagônica à da nova legislação, era necessário dobrá-los à vontade dos legisladores, era preciso anular sua liberdade de interpretação” (BRUM, 1980, p.17).

[...] o juiz em sendo homem está mergulhado na formação social em que vive como produto culturalmente condicionado pelo seu meio social. Na sua sentença influirão sua formação jurídica, suas crenças políticas e religiosas, seu caráter e temperamento, sua condição econômica e os interesses dos grupos sociais com os quais se identifica (BRUM, 1980, p.9)

Essa neutralidade foi obtida por meio da concepção de que a sentença constitui um silogismo perfeito, pelo qual o juiz aplica o direito (vontade do legislador) ao caso concreto: a lei é a premissa maior; o fato, a premissa menor; e o juiz, o elemento neutro que chega à conclusão desejada pelos legisladores (BRUM, 1980, p.17). E nisso reside uma das promessas da Dogmática Penal:

[...] vincular o horizonte decisório à legalidade penal e ao Direito Penal do fato-crime; ou seja, vincular as decisões judiciais à lei e à conduta do autor de um fato-crime, objetiva e subjetivamente considerada em relação a este e exorcizar, por esta via, a submissão do imputado à arbitrariedade judicial (ANDRADE, 2003a, p. 27).

Mas a operacionalidade do sistema penal mostra à incongruência com a programação do sistema penal porque as decisões judiciais não são sempre dogmaticamente pautadas e, assim, igualitárias, seguras e justas.

A perspectiva realista revela o espaço, de discricionariedade judicial: o direito positivo é vago e ambíguo; as fontes do direito são os motivos que determinam ou influenciam as decisões judiciais; o trabalho do juiz é dar sentido às leis e, assim, os juízes criam direito; a ciência do direito não é neutra, mas condicionada por ideologias e, por fim, a sentença não é um silogismo demonstrativo, mas um silogismo retórico “em que se parte da conclusão para depois buscar as premissas” (BRUM, 1980, p.45).

De fato, admite-se que, no momento de prolatar a sentença, o juiz já decidiu se condenará ou absolverá o réu e por motivos que, na maioria das vezes, não são lógicos, nem derivados da lei. Sabendo que suas motivações “não seriam aceitas pela comunidade jurídica sem uma roupagem racional e tecnicamente legítima” (BRUM, 1980, p.72), o juiz elaborará, então, um discurso retórico que apresentará a decisão como derivada da previsão legal.

A decisão, assim, é previamente tomada com base no “código ideológico”, que a orientará “de acordo com a expectativa do operador jurídico sobre o fenômeno criminal e quem dele é regular cliente” (NEPOMOCENO, 2004, p.63).

[...] o julgador a todo o momento vai fazer escolhas diante do caso concreto, o qual será analisado sob o seu prisma ético, moral, religioso, e também sob os estereótipos, o senso comum sobre a criminalidade (teoria de todos os dias), o tráfico de influências, enfim, tudo o que encerra o código ideológico, revestindo essa decisão com a roupagem técnica, pois, ao contrário, lançaria por terra o ideário da segurança jurídica [...] (NEPOMOCENO, 2004, p.84).

Assim, “o julgador decide com o código ideológico e fundamenta com a codificação tecnológica, a qual é composta pela lei e Dogmática Jurídica” (NEPOMOCENO, 2004, p.87).

Cabe, portanto, aos juízes, o recrutamento final das pessoas que, em cada sociedade, vão desempenhar o papel de delinquentes. Vale dizer que a seleção judicial se manifesta tanto por meio das sentenças prolatadas pelas instâncias de primeiro grau, quanto por acórdãos prolatados nas instâncias superiores.

O presente trabalho se dedicará a estudar os mecanismos de seleção operados pelos juízes, mas sob dois enfoques diversos do que até agora se disse sobre a teoria da seletividade do controle penal.

Em primeiro lugar, não se estudará o papel seletivo do Poder Judiciário, enquanto elemento normal e último desse processo de afunilamento, caracterizado pela passagem do indivíduo por três instâncias formais de controle: Polícia, Ministério Público e Judiciário, em que este tem a função final de atribuir ou não o *status* de criminoso ao indivíduo, condenando-o ou absolvendo-o.

O objeto da presente pesquisa são as interferências seletivas *externas* do Poder Judiciário nesse processo de afunilamento – no caso, do Superior Tribunal de Justiça – por meio de decisões em *habeas corpus*.

Em segundo lugar, não se estudarão os juízos atributivos do *status* de criminoso, mas os juízos negativos desse *status*, os juízos excludentes, ou seja, as decisões que retiram o indivíduo ou a conduta do sistema penal, realizando o fenômeno da *impunidade*.

Ultrapassado o delineamento teórico por que partiu a pes-

quiza realizada para o presente trabalho, o próximo capítulo tratará do "código tecnológico" por que se norteiam as decisões em *habeas corpus* e o funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, com explicações da lei e da dogmática jurídica sobre o tema.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO CONTROLE JURÍDICO-PENAL: AS DECISÕES EM *HABEAS CORPUS*

Concluindo-se o desenvolvimento do marco teórico balizador desta pesquisa, no capítulo anterior delimitou-se o objeto do presente trabalho para o estudo do processo de criminalização secundária e, nele, para o papel seletivo do Poder Judiciário, enquanto instância formal do controle penal.

O objeto delimitado, entretanto, sofreu novo corte, com o esclarecimento de qual atuação seletiva do Poder Judiciário será estudada: não se pesquisará a atuação do Poder Judiciário enquanto terceira instância de controle do processo de criminalização secundária – com seu papel de atribuição final do *status* de criminoso, por meio da sentença condenatória –, mas, sim, a atuação de outros órgãos do Poder Judiciário que, externamente ao processo de criminalização, nele interferem seletivamente.

A interferência seletiva que será estudada, nesta opção de pesquisa, é a do Superior Tribunal de Justiça, por meio dos julgamentos de *habeas corpus*.

3.1 O *habeas corpus*

O *habeas corpus*⁸ é “a ação constitucionalmente garantida a todo indivíduo, nacional ou estrangeiro, apta a impedir ou

⁸ Utilizar-se-á, no presente trabalho, além da abreviatura HC, as expressões “writ”, “ordem”, “remédio heróico” e “remédio constitucional”, para designar a ação de *habeas corpus*.

fazer cessar uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade física, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder" (PACHECO, 2002, p.24).

Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes (1997, p.339), é a mais importante das ações autônomas de impugnação a decisões proferidas no âmbito da justiça criminal, "não só por propiciar o reexame de qualquer tipo de provimento, mas principalmente pela celeridade e simplicidade de seu procedimento, bem como pela possibilidade de sua utilização como forma de tutela preventiva, impedindo a concretização de eventuais ameaças ao direito de liberdade."

Embora regulado no Código de Processo Penal (arts. 647 a 667) e de maior aplicação no âmbito criminal, tem o *habeas corpus* previsão constitucional, como garantia ao direito à liberdade de locomoção (CF/88, art. 5º, LXVIII), e visa atacar qualquer ato judicial, administrativo ou de particulares, não necessariamente vinculados a matéria criminal, que interfiram com a liberdade de ir e vir.

Os estudiosos do *habeas corpus* são unânimes, no traçado de sua evolução histórica, em indicar sua origem inglesa, com a "Magna Carta", de 1215, imposta ao rei João Sem-Terra, apesar de suas raízes estarem no Direito Romano (no *interdictum de homine libero exhibendo*).

Na Magna Carta, entre outras garantias, estava a de que "nenhum homem livre poderia ser preso, nem perder os seus bens, nem ser declarado fora da lei ou desterrado, senão em virtude de um julgamento por seus pares, de acordo com a lei do lugar" (*apud* GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 1997, p.340).

Para garantir esse direito, surgia, então, o *writ of habeas corpus ad subjiciendum*⁹, uma ordem que determinava a apresenta-

⁹ Do latim, *habeas* (ter), *corpus* (corpo): o *habeas corpus* era um meio de se obter o comparecimento físico de alguém perante uma corte. "[...] Daí a referência histórica a várias espécies de *habeas corpus*: *ad respondendum*, destinado a assegurar a transferência do preso de um lugar a outro, para ali responder a uma ação penal; *ad testificandum*, para que a pessoa fosse trazida sob custódia para

ção imediata do preso e do caso perante o juízo, para que se pudesse decidir sobre a legitimidade da restrição ao direito de liberdade.

Essa prática foi consolidada, na Inglaterra, pelo *habeas corpus Act* de 1679, que a fortaleceu sobremaneira, por várias características:

[...] um novo rito, mais célere, com previsão de multas e outras penalidades àqueles que o descumprissem, prazo para a apresentação do preso perante a corte, proibição da transferência do preso de uma prisão para outra sem consentimento da autoridade competente, além da proibição (hoje elementar) de que a pessoa que fosse posta em liberdade por meio de uma ordem de *habeas corpus* fosse presa novamente pelo mesmo motivo (AMARAL, 2001, p.112).

Em seguida, o *habeas corpus Act* de 1816 ampliou a garantia para todas as violações à liberdade de locomoção e não só as relativas à prisão criminal. Assim, estendeu-se a admissibilidade do *writ*, também, para os atos de coação praticados por particulares.

O instituto foi incorporado à Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, e tem sido previsto na maioria dos textos constitucionais modernos do mundo.

No Brasil, a primeira Constituição, de 1824, não o previu, embora contivesse a garantia do direito à liberdade. O *habeas corpus* surgiu na legislação brasileira, pela primeira vez, no Código de Processo Criminal de 1832, em seu art. 340: "Todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir

prestar um testemunho; *ad satisfaciendum*, previsto para a hipótese de ser necessária a transferência de um preso já condenado a um tribunal superior, a fim de se executar a sentença etc. [...]” O *habeas corpus ad subjiciendum*, como medida para assegurar plenamente o direito de liberdade consagrado na “Magna Carta”, consistia na apresentação pessoal à corte juntamente com os motivos do encarceramento, “[...] para que sua regularidade fosse imediatamente submetida à apreciação judicial, determinando-se o que de direito” (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 1997, p.340-341).

uma ordem de *habeas corpus* em seu favor” (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 1997, p.343, MIRABETE, 1997, p.698).

Posteriormente, a Lei nº 2.033, de 1871, estendeu a garantia aos estrangeiros e previu a concessão da ordem para os casos em que o constrangimento não era atual, mas apenas uma ameaça (*habeas corpus* preventivo).

Na Carta Política da República, de 1891, o *habeas corpus* adquiriu *status* constitucional, previsto no art. 72, §22: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder” (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 1997, p.343).

A falta da expressão “liberdade de locomoção”, na previsão do remédio constitucional, permitiu que se alargassem as hipóteses de admissibilidade do *habeas corpus*, que, por isso, foi utilizado, por algum tempo, para remediar toda e qualquer lesão a direitos. A reforma constitucional de 1926 aboliu essa interpretação ampla, ao dar nova redação ao art. 72, § 22: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção” (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 1997, p.344).

Mantida nas demais Cartas, a garantia veio assim prevista, na Constituição Federal de 1988: “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.” A única vedação para seu uso está nas transgressões disciplinares militares, por força do art. 142, § 2º, da CF/88, justificado pelos princípios de hierarquia e disciplina presentes nas organizações militares.

A natureza jurídica do *habeas corpus*, segundo a teoria predominante, não é de recurso, mas de uma *ação*. “Habeas-corpus não é recurso; habeas-corpus é ação: a ação de habeas-corpus supõe a pretensão ao habeas-corpus, a tutela jurídica (pré-processual) e exerce-se como “ação” de ritmo legalmente estabelecido” (PONTES DE MIRANDA, 1979, v.2, p. 4).

Como definem Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1997,

p.345), o *habeas corpus* é ação “que tem por objeto uma prestação estatal consistente no restabelecimento da liberdade de ir, vir e ficar ou, ainda, na remoção de ameaça que possa pairar sobre esse direito fundamental da pessoa.”

Além disso, sua definição como *ação* não fica comprometida com a hipótese, prevista no Código de Processo Penal (CPP), de concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício pelo juiz ou tribunal, quando verifique que alguém sofre ou está ameaçado de sofrer coação ilegal (CPP, art. 654, §2º):

[...] ainda quando o juiz independe da iniciativa da parte para instaurar o processo, uma vez iniciado a parte é investida dos poderes e faculdades que caracterizam o direito de ação. Na hipótese, a natureza do bem protegido e a urgência da tutela justificam plenamente o exercício espontâneo da jurisdição, sem que com isso se desnature o fenômeno da ação (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 1997, p.345).

O *habeas corpus* pode ser, conforme sua finalidade, tanto liberatório, quanto preventivo. No primeiro, o que se pretende é a restituição da liberdade de alguém que se encontra efetivamente preso. No segundo, pede-se a tutela antecipadamente para evitar que a ameaça de prisão se efetive.

Apesar de o CPP referir-se à iminência da violência ou coação para a concessão do *habeas corpus* preventivo, não há essa limitação na ordem constitucional. Assim, o *writ* é admissível “mesmo em situações em que a prisão constitua evento apenas possível a longo prazo; essa característica tem permitido que o *habeas corpus* seja, entre nós, um remédio extremamente eficaz para o controle da legalidade de todas as fases da persecução criminal” (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 1997, p.347).

Por isso o *habeas corpus* representa um importante mecanismo de interferência no processo de criminalização secundária, já que é instrumento de controle da legalidade de todas as fases desse processo. Assim,

Admite-se [...] o remédio constitucional para o trancamento

mento de ação penal, ou até de inquérito policial, mesmo que o acusado ou investigado não esteja preso ou com ordem de prisão expedida, pois a simples tramitação do procedimento penal já encerra, potencialmente, o risco de uma futura restrição à liberdade (GRINOVER, GOMES FILHO e FERNANDES, 1997, p.347).

Como condições para sua impetração, Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1997, p.347) mencionam, primeiramente, as seguintes: a) possibilidade jurídica, presente no cabimento da tutela (existir uma ilegalidade na coação ou ameaça à liberdade de locomoção) e b) interesse de agir, na demonstração da necessidade e adequação da tutela (aptidão da providência solicitada para proteção do *direito de locomoção* do paciente, ameaçado por *uma prisão atual ou ameaça dela*, ou seja, se, pelo teor da impetração ou das informações prestadas pela autoridade coatora, ficar evidenciado que a coação não existe, já cessou, ou sequer pode vir a ocorrer, não há interesse de agir, como não o há se o *habeas corpus* é pedido para remediar ilegalidade a outros direitos, que não a liberdade de locomoção).

O *habeas corpus* pode ser impetrado por qualquer pessoa (física, jurídica, nacional ou estrangeiro, sem plena capacidade civil), mesmo não sendo ou não tendo representação de advogado (que, em princípio, detém, privativamente, a capacidade postulatória), e também em próprio benefício, o que se justifica pela necessidade de proteção rápida e efetiva ao direito de liberdade. Nessa mesma linha, pode o Ministério Público impetrar *habeas corpus* em favor do réu (CPP, art. 654).

A pessoa que pede a concessão da ordem é chamada *impetrante* e a que está sofrendo o constrangimento ilegal ou ameaça dele é o *paciente*. A pessoa responsável pelo ato de restrição ou ameaça ao direito de liberdade de locomoção é o *coator*, que pode ser um órgão ou autoridade pública ou um particular.

A petição inicial de *habeas corpus* não requer maiores formalidades, mas deve ser escrita, em língua portuguesa e deve conter: o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer a violência ou coação; quem é o coator; a espécie do constrangimento ou, no caso de ameaça, as razões que fundamentam o

temor de que ela exista; e, por fim, a assinatura do impetrante e seu endereço. Por seguir características de simplicidade e sumariade, a petição inicial deve vir acompanhada, preferencialmente, de prova documental pré-constituída, já que, no rito do *habeas corpus*, não há uma fase de instrução probatória.

A impetração deve ser, então, dirigida ao órgão judicial competente.

A competência para o processo de *habeas corpus* é fixada pelos critérios de territorialidade e hierarquia, ou seja, em primeiro lugar, a competência para processar e julgar ordem de *habeas corpus* será do juiz em cuja comarca ou circunscrição judiciária estiver ocorrendo a coação ou ameaça, respeitando-se, para os tribunais, da mesma forma, seus limites territoriais. Em segundo lugar, sempre que a coação partir de autoridade judiciária, a competência será do tribunal imediatamente superior, ou seja, "do Tribunal que deveria conhecer do recurso ordinário que se pudesse interpor no litígio ou causa penal em que teria ocorrido a vulneração ou ameaça ilegal ao direito de ir e vir" (MARQUES, 1997, p.378).

A competência de cada tribunal, para julgamento de *habeas corpus*, está prevista na Constituição Federal e nas Constituições de cada Estado e pode ser determinada tanto pela qualidade do paciente, quanto do coator. A competência para o julgamento de *habeas corpus*, pelo STJ, será explicada no próximo tópico.

No julgamento do *habeas corpus*, quatro tipos de decisão podem ser proferidas. Sem apreciação de mérito, a ordem pode não ser conhecida, no caso de a coação não existir ou sequer poder vir a ocorrer; se o *habeas corpus* é pedido para remediar ilegalidade a outros direitos, que não a liberdade de locomoção ou, ainda, se dirigida a impetração para órgão judicial incompetente. Pode, ainda, ser julgada *prejudicada*, quando se verificar que a violência ou coação ilegal já cessou (CPP, art. 659).

Com apreciação de mérito, a ordem pode ser concedida (total ou parcialmente) ou denegada. No caso de denegação da ordem, uma nova impetração pode ser ajuizada ao mesmo órgão judicial, desde que não idêntica à anterior, caso em que a nova ordem não será conhecida, por "reiteração de pedido".

Concedida a ordem, não é necessária a instauração de procedimento executório para o cumprimento da sentença. O órgão judicial determina o cumprimento imediato da ordem, com expedição de alvará de soltura (no caso de decisão pela liberdade de paciente preso), de salvo-conduto (no caso de *habeas corpus* preventivo) ou pela simples comunicação da decisão, no caso de trancamento de inquérito ou ação penal (MARGUES, 1997, p.379).

Proferida a sentença, *concedendo* ou *denegando* a ordem de *habeas corpus*, há três recursos possíveis. O primeiro, chamado *recurso de ofício*, é previsto no art. 574, I, do CPP, para a hipótese em que o juiz de primeira instância *concede* a ordem. Assim, ao proferir uma decisão concessiva de *habeas corpus*, o juiz de primeiro grau deve encaminhar os autos ao tribunal competente para reexame do processo.

O segundo recurso é o recurso em sentido estrito, previsto no art. 581, X, do CPP, tanto para a hipótese de concessão quanto para a de denegação da ordem e se trata de um recurso voluntário, interposto pelo impetrante ou pelo paciente, no caso de denegação, ou pelo Ministério Público ou a autoridade coatora, no caso de concessão.

O último recurso é previsto pela Constituição Federal, chamado, por isso, de recurso ordinário constitucional (RHC). É cabível apenas para o Supremo Tribunal Federal (STF) ou para o STJ, na hipótese de *denegação* da ordem de *habeas corpus*.

O RHC é dirigido para o STF quando o *habeas corpus* tiver sido julgado, em única instância, pelos Tribunais Superiores (CF/88, art. 102, II, *a*) e é dirigido para o STJ quando a decisão tiver sido proferida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal (CF/88, art. 105, II, *a*)¹⁰.

O Código de Processo Penal, em seu art. 648, define as hi-

¹⁰ A jurisprudência do STF e do STJ tem admitido que, contra acórdão denegatório de ordem de *habeas corpus*, se impetre ordem de *habeas corpus* originária, na hipótese de não se ter interposto o recurso ordinário constitucional. O HC impetrado, nessa hipótese, será recebido como *habeas corpus* substitutivo (de recurso ordinário).

póteses em que a coação à liberdade de locomoção será considerada ilegal: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade.

No inciso I, a falta de justa causa refere-se à “ausência do *fumus boni juris*”¹¹ para a prisão, inquérito ou ação penal, ou qualquer constrangimento à liberdade de locomoção. Não se trata de saber se a coação é justa ou injusta, o que só se decide na sentença após regular instrução, mas se o constrangimento é ou não legal” (MIRABETE, 1997, p. 706). Fala-se, assim, em justa causa para aquela causa “conforme ao direito; que se ajusta à norma legal; que se amolda à regra jurídica” (MOSSIN, 1996, p.84). Sob esse fundamento é que se discute, por exemplo, a regularidade das prisões e o pedido de trancamento de inquérito policial e de ação penal.

O inciso II trata do excesso de prazo, no recolhimento do paciente à prisão, por exemplo, por mais tempo do que o fixado em lei para a conclusão do inquérito policial, da ação penal, ou para a prisão temporária (Lei nº 7.960/1989).

O inciso III, por sua vez, trata da necessidade de que a coação seja determinada pela autoridade *competente* e o inciso IV refere-se à cessação da causa da prisão, como o total cumprimento da pena, ou à anulação da prisão em flagrante, ou a absolvição do paciente, permanecendo esse, entretanto, preso.

Por fim, o artigo mencionado prevê, no inciso V, o constrangimento ilegal por não ser facultado ao paciente prestar fiança, apesar de autorizada por lei (CPP, arts. 322 a 350); no inciso VI, a possibilidade de se reconhecer nulidade no andamento do processo ou mesmo após a sentença transitada em julgado e, no inciso VII, a hipótese de já estar extinta a punibilidade, conforme a previsão legal (Código Penal, art. 107 e outras disposições).

¹¹ Do latim, quer dizer “a fumaça do bom direito”.

Na dogmática processual penal, entretanto, encontram-se relacionadas, pelos doutrinadores, outras hipóteses correntes de impetração de *habeas corpus*, as quais não é necessário, aqui, reproduzir.

Seguindo a proposta de pesquisa para o presente trabalho, serão analisadas, tão-só, as decisões do Superior Tribunal de Justiça, em *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*, sobre o tema “trancamento de inquérito policial” e “trancamento de ação penal”.

3.2 O trancamento de inquéritos policiais e ações penais por *habeas corpus*

Antes de iniciar o estudo da utilização do “remédio heróico” para o trancamento de inquéritos policiais e ações penais, é necessário um esclarecimento preliminar sobre o termo utilizado nesta pesquisa: “trancamento”.

O processualista penal Paulo Rangel (2003, p.833) considera que, conquanto se utilize freqüentemente a expressão comum da prática jurídica “trancar” o inquérito ou a ação penal, o termo, na verdade, seria incorreto:

Não se tranca ação penal ou o inquérito policial, mas sim arquiva-se o inquérito ou extingue-se o processo com (ou sem) julgamento do mérito. A ação tem seu pedido julgado procedente ou improcedente, mas jamais trancado. A doutrina usa essa expressão (“trancar”) sem que ela tenha qualquer previsão em lei. Trata o inquérito ou o processo como se fossem portas que se trancam.

Apesar da crítica técnica, o presente trabalho continuará a utilizar o termo “trancamento”, por duas razões principais. Em primeiro lugar, porque, para a identificação de casos, no trabalho empírico, é imprescindível buscar os acórdãos pelos termos do jargão jurisprudencial, no qual, como mesmo reconhece Paulo Rangel, as expressões “trancar” e “trancamento” são as mais

largamente utilizadas. Em segundo lugar, porque a expressão, segundo sua definição gramatical, não significa apenas “fechar com tranca”, mas também “pôr fim a; concluir, terminar, rematar” (FERREIRA, 1999, p. 1984). E é esse o sentido essencial do termo para o objeto da presente pesquisa: pôr fim ao inquérito policial ou à ação penal, pondo fim ao processo de criminalização secundária.

Dirigindo-se o *habeas corpus* contra qualquer ato atentatório da liberdade de locomoção, ele pode ter como objeto tanto uma ameaça real, como uma ameaça potencial. Pacelli de Oliveira (2005, p.716) situa a ameaça potencial exatamente no tema do presente trabalho, no “simples início de qualquer atividade persecutória que tenha por objeto a apuração de fato imputado ou imputável à pessoa individualizada.”

Na impetração de *habeas corpus* para o fim de trancar um inquérito policial ou uma ação penal, normalmente o fundamento legal está na falta de *justa causa*, previsto no art. 648, I, do Código de Processo Penal. Assim, alega-se, no pedido, que não há justa causa para o indiciamento do indivíduo e, portanto, para estar ele sendo investigado por determinada conduta. Ou, ainda, diz-se que não há justa causa para que o indivíduo esteja respondendo à ação penal e, portanto, sujeito a responsabilização por algum fato. As justificativas e as hipóteses, para ambos os pedidos, são inúmeras, relacionando-se diretamente com o processo de criminalização secundária, como se verá.

Em linhas gerais, entretanto, há de se observar que, no tema do *trancamento*, a expressão *justa causa* pode ter tanto a dimensão do cumprimento de exigências processuais – como a existência de um *suporte probatório mínimo* para a instauração do procedimento investigatório ou da ação penal e a regularidade da peça inicial acusatória –, quanto a dimensão da procedência das *questões de mérito*: materialidade (existência do fato), autoria (fato imputável ao acusado) e configuração do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) (OLIVEIRA, 2005, p.79-80, 90-92).

Conhecido e provido o *habeas corpus* impetrado com o fim de trancamento, poderá ocorrer o encerramento do procedimento (inquérito) ou processo (ação penal), que serão definitiva-

mente interrompidos e, desde logo, encerrados (OLIVEIRA, 2005, p.716).

Essa decisão, porém, pode ter dois efeitos. Na hipótese de reconhecimento da ausência de suporte probatório mínimo ou da inaptidão da peça inicial acusatória, a concessão do *habeas corpus* (ou provimento do recurso em *habeas corpus*) culmina no encerramento do inquérito ou do processo, *sem solução de mérito*. A decisão terá efeitos típicos de *coisa julgada formal* e, no caso de ser reunido material probatório apto a embasar um novo procedimento investigatório ou uma nova acusação sobre o mesmo fato, não obstará a instauração de novo inquérito ou ação penal.

Na hipótese de decisão que envolva as questões de mérito acima mencionadas (materialidade, autoria, tipicidade etc.), o trancamento do inquérito ou da ação penal terá efeito de *coisa julgada material*, não se podendo reinstaurar a investigação ou o processo encerrados com a decisão proferida no *writ* (OLIVEIRA, 2005, p.718).

Com essas linhas gerais, o tema do trancamento de ações e inquéritos será, agora, aprofundado.

3.2.1 O trancamento de inquérito policial: hipóteses e competência

O inquérito policial, na dogmática processual penal, pode ser iniciado por várias formas, dependendo se o crime a ser apurado é de ação penal pública incondicionada ou condicionada ou de ação penal privada.

Para os crimes de ação penal pública incondicionada, em que o Ministério Público promove a ação independentemente da vontade ou interferência de terceiros, o inquérito policial pode começar (CPP, art. 5º, I e II e §§ 1º, 2º e 3º): a) *de ofício* (a autoridade policial tem obrigação de instaurar o inquérito, independentemente de provocação, sempre que tomar conhecimento imediato e direto do fato, por meio de delação verbal ou por escrito feita por qualquer do povo, notícia anônima, por meio de sua atividade rotineira ou no caso de prisão em flagrante) ou b)

por requisição da autoridade judiciária¹² ou do Ministério Público (quando esses verificarem a ocorrência de crime de ação pública, por elementos de autos ou papéis de que tenham conhecimento) (CAPEZ, 2003, p.76).

Para os crimes de ação penal pública condicionada, em que é necessária a manifestação de vontade do ofendido ou de seu representante legal, no sentido da persecução (e, em alguns casos, de requisição do Ministro da Justiça), o inquérito policial depende dessa manifestação para ser iniciado, quer por ato de ofício da autoridade policial, quer por requisição judicial ou ministerial (CPP, art. 5º, § 4º). A representação do ofendido é que dá ao Estado a permissão para investigar o delito, apurar sua autoria e aplicar a lei penal a seu autor (CAPEZ, 2003, p.78).

Para os crimes de ação penal privada, por fim, não há requisição do Juiz ou do Ministério Público, iniciando-se o inquérito policial, tão-só, a pedido da pessoa que detenha a titularidade da ação (CPP, art. 5º, § 5º e arts. 30 e 31).

Essas noções sobre o início do inquérito policial fornecem dois elementos importantes para o desenvolvimento desse trabalho: ao mesmo tempo em que marca o começo do processo de criminalização secundária, com a instauração do inquérito, e a passagem, seleção e etiquetamento do indivíduo pela Polícia, indica quem figuraria como autoridade coatora, na impetração de *habeas corpus*, visando ao seu trancamento.

Mirabete (1997, p. 702-703) pontua a competência para julgamento de *habeas corpus*, conforme a instauração do inquérito se dê de ofício pela autoridade policial, ou por requisição de autoridade judiciária ou ministerial:

Efetuada uma prisão ou instaurado um inquérito policial pelo Delegado de Polícia, será este a autoridade a ser apontada como coatora pelo alegado constrangimento ilegal decorrente da prisão ou do indiciamento do paciente. Entretanto, se o inquérito policial foi instaurado mediante

¹² A requisição de instauração de inquérito policial pela autoridade judiciária é entendida, por alguns doutrinadores, como incompatível com a Constituição Federal de 1988 (OLIVEIRA, 2005, p.39).

requisição do Juiz de Direito, a coação é da autoridade judiciária. O mesmo se diga quando o juiz defere requerimento do Ministério Público com a mesma finalidade, ou quando determina a realização de diligências por ele requeridas. Se a requisição é uma ordem, não pode a autoridade policial estar obrigada a atendê-la e, ao mesmo tempo, ser considerada como coatora, passível das consequências que, eventualmente, possam decorrer do deferimento do pedido. [...]

Também o Promotor de Justiça é autoridade coatora quando requisita a instauração de inquérito policial, determina o indiciamento ou outras diligências constritivas ou expede requisições ou notificações para comparecimento. Evidentemente, quando a instauração do inquérito policial decorre de requisição do Procurador Geral de Justiça é este a autoridade coatora.

Dessa forma, sendo a autoridade coatora o Delegado de Polícia, o *habeas corpus* será impetrado perante o Juiz de primeiro grau. Sendo a autoridade coatora o Juiz ou o Promotor de Justiça (ou Procurador da República, na esfera federal), a ordem é impetrada perante o Tribunal respectivo. Nessas duas hipóteses, o caminho até o Superior Tribunal de Justiça, como será explicado posteriormente, começa por um ato de coação praticado por Tribunal, claro na segunda hipótese, em que a impetração é para ele dirigida. Na primeira hipótese, por sua vez, o Juiz, denegando a ordem, enseja uma nova impetração ou recurso ao Tribunal, que, mantendo a decisão, torna-se o coator.

Para configurar a falta de justa causa, como fundamento para o trancamento do inquérito policial, há várias possibilidades, dentro das duas linhas anteriormente mencionadas: pode não haver suporte probatório mínimo para a investigação ou pode não estar caracterizado algum dos pressupostos para a configuração do crime (questões de mérito). Assim, o fato noticiado à autoridade policial pode não configurar, nem em tese, um ilícito penal; ou, ao ponto em que o Delegado de Polícia tem notícia do fato, está extinta a punibilidade do crime; ou o fato narrado pode não existir, porque não há sinais de que tenha mesmo ocorrido; ou não há qualquer elemento que ligue o fato ao indivíduo investigado.

A partir dessas possibilidades básicas de impetração de HC, para o trancamento de inquérito, outras justificativas para a falta de justa causa delas derivam e são correntes, nos julgados, com tratamentos diversos da jurisprudência conforme o caso: reabertura de inquérito arquivado sem novas provas, duplicidade de inquéritos apurando o mesmo fato (*bis in idem*), constrangimento ilegal pelo indiciamento, arbitrariedade do Ministério Público na requisição de instauração do inquérito etc.

Entretanto, doutrina e jurisprudência têm relutado em admitir, amplamente, o uso do *habeas corpus* para trancar inquérito policial, sob o argumento de que, para sua instauração, bastam elementos indicativos da ocorrência de fato que configure, em tese, um ilícito penal e indícios que apontem determinada pessoa como participante dele (MIRABETE, 1997, p.708).

• Por isso e dado o fato de que o inquérito policial é fase ainda preliminar à acusação, há recomendação de que a falta de justa causa resulte incontroversa, não ensejando uma análise profunda de prova.

Esta, aliás, se tornou a justificativa predileta utilizada nas decisões que denegam o trancamento de inquérito, pedido em *habeas corpus*, especialmente no STJ:

O trancamento do inquérito policial por ausência de justa causa, postulado na via estreita do *habeas-corpus*, somente se viabiliza quando se constata, de pronto, a atipicidade da conduta imputada ou a inexistência de elemento demonstrativo da autoria do delito praticado pelo impetrante. Embora seja o *habeas-corpus* um instrumento que, pela sua magnitude constitucional na proteção da mais relevante franquia democrática – o direito de locomoção –, não deva sofrer restrições descabidas, seu rito especial, que não comporta dilação probatória, impossibilita a sua utilização para o deslinde de temas que envolvam longa indagação sobre matéria de fato controvertida. Recurso ordinário desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 11.814/MG. Relator Ministro Vicente Leal. 19 de dezembro de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

[...] 1. O “Habeas Corpus” não se presta ao exame dos fatos e provas inerentes ao contraditório penal. As provas, nesta via, devem ser incontroversas, e os fatos, convergentes. 2. O inquérito policial é mera peça informativa, destinada a apurar o fato noticiado. Havendo, ao menos em tese, crime a ser apurado, não se tranca o inquérito, exceto em situações em que desponte flagrante o constrangimento ilegal. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 10.841/PR. Relator Ministro Edson Vidigal. 03 de setembro de 2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

A vedação ao exame de provas, entretanto, é contornada nas várias vezes em que a ordem é concedida para o fim do trancamento de inquérito.

3.2.2 O trancamento de ação penal: hipóteses e competência

O processo de criminalização secundária, terminada a fase policial, passa à atuação do Ministério Público, nas ações penais públicas, ou à atuação da vítima ou de seu representante legal, nas ações penais privadas, figurando, pois, esta ou aquela na segunda instância desse processo de seleção.

Na ação penal pública, recebendo as peças do inquérito policial e já operada a seletividade da Polícia com sua instauração, o Ministério Público realiza seu juízo seletivo: pode, analisando o material colhido, requerer o *arquivamento* do inquérito policial, sobre o qual decidirá o Juiz.

Na ação penal privada, o ofendido pode realizar a mesma seleção, se verificar que não há elementos para iniciar o processo penal. Mas, nesse caso, não necessita pedir o arquivamento do inquérito, bastando deixar fluir o prazo decadencial que possui para oferecer a queixa-crime, peça inaugural da ação penal, na modalidade privada.

Não pedindo o arquivamento, ou não deixando fluir o prazo decadencial, Ministério Público e ofendido, então, iniciam a ação penal propondo, respectivamente, denúncia e queixa, em que

devem estar presentes as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade ativa.

A denúncia e a queixa, assim, serão rejeitadas quando o fato narrado não constituir crime – e a análise proposta, aqui, é de perquirir sobre o fato *tal como narrado* na peça inicial, e não como concretamente se passou (CPP, art. 43, I). Além disso, deve-se verificar a necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais para a defesa do interesse material pretendido e a adequação do procedimento à causa: assim, não será recebida a inicial quando já estiver extinta a punibilidade do acusado ou se, pela análise da pena possível de ser imposta ao final, se comprovada a culpabilidade do acusado, já se antevê a ocorrência de prescrição (chamada prescrição antecipada, hipótese menos aceita na jurisprudência) (CPP, art. 43, II). Por fim, deve ser observada a legitimidade para a propositura da ação, devendo o Ministério Público, titular da ação penal pública, ou o ofendido, titular da ação penal privada, promovê-las, respectivamente (CPP, art. 43, III) (CAPEZ, 2003, p.99-101).

Recorde-se que o Ministério Público, nas ações penais públicas condicionadas, só atua com a manifestação de vontade do ofendido, autorizando a persecução penal.

Não preenchidas as condições da ação, denúncia e queixa devem ser rejeitadas, como o devem ser se não preencherem, ademais, os pressupostos formais previstos no art. 41, do CPP: a) descrição precisa do fato, em todas as suas circunstâncias, especificando a conduta de cada autor, na hipótese de concurso de agentes (embora a necessidade de individualização das condutas, nos crimes de autoria coletiva, venha sendo mitigada pela jurisprudência); b) qualificação do acusado, com todos os dados para sua identificação; c) classificação jurídica do fato, com indicação do dispositivo legal em que se subsume o fato imputado; d) arrolamento de testemunhas; e) pedido de condenação do acusado; f) endereçamento da petição ao juízo competente, nome, cargo e posição funcional do denunciante e assinatura. Na queixa, se o ofendido não possuir capacidade postulatória (ser advogado), deverá ser representado por procurador com poderes especiais para propor a ação penal, indicando o nome do querelado e o fato criminoso que lhe será imputado (CPP, art. 44).

A falta de justa causa para a ação penal, portanto, fundamenta-se na acusação: pela inexistência das condições da ação, antes mencionadas, ou pelo não-preenchimento dos requisitos formais da denúncia ou queixa, hipótese em que se alega *inépcia* dessas peças iniciais.

Assim é que o pedido de trancamento da ação penal pode basear-se, por exemplo, na falta de suporte indiciário mínimo para o oferecimento da denúncia; na descrição genérica de condutas nos crimes de autoria coletiva; no oferecimento da queixa após o prazo decadencial; na hipótese de o Ministério Público oferecer denúncia em ação penal privada; na inexistência de representação do ofendido, nos crimes de ação penal pública condicionada; em estar o fato narrado coberto por excludente de ilicitude; em não estar comprovada a materialidade do crime; na inexistência de elementos que indiquem a autoria; na não-configuração do crime objeto da denúncia; na ausência de elemento subjetivo do tipo (o "especial fim de agir" (FRAGOSO, 1986, p.179) que aparece em certas definições de delitos e que condiciona ou fundamenta a ilicitude do fato); na ocorrência de prescrição da pretensão punitiva; no abuso do poder de denunciar; na existência de duas condenações pelo mesmo fato (*bis in idem*); ou, ainda, na aplicação de princípios de política criminal, como o princípio da insignificância (segundo o qual o Direito Penal só vai até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico).

Recebida a denúncia ou queixa pelo Juiz, é ele o coator e a impetração de *habeas corpus*, pedindo o trancamento da ação penal, deve ser dirigida ao Tribunal competente. Decidindo o Tribunal pela denegação da ordem, a matéria pode chegar ao STJ pela via da impetração originária ou pelo recurso ordinário constitucional.

Entretanto, o maior óbice ao trancamento da ação penal por *habeas corpus*, embora se mostre menos forte do que no caso do trancamento de inquérito policial, ainda é a vedação de exame de provas, demandando que a demonstração do constrangimento ilegal o seja de forma inequívoca.

É certo, entretanto, que, da mesma forma como ocorre no trancamento de inquérito policial, essa vedação é muitas vezes contornada. Como anota Pacheco (2002, p.34), é impossível

“verificar ser delituosa a conduta do acusado ou a sua não participação na empreitada criminosa sem se analisar, ainda que minimamente, o conjunto probatório.”

3.3 O Superior Tribunal de Justiça no sistema jurídico brasileiro: criação, competência, composição e julgamento de *habeas corpus*

3.3.1 Criação e Competência

O STJ foi criado com a Constituição Federal de 1988, para ser o “guardião” do direito federal comum.

Apesar de instituído apenas em 1988, sua criação já era pensada desde a década de 60 do século XX, em razão da crise por que passava o STF, originada pelo acúmulo de processos e recursos para julgamento. À época, vários juristas e ministros da Suprema Corte escreviam artigos e participavam de debates nesse sentido, colocando a criação do STJ como uma das possíveis alternativas para a superação da crise – apesar das tentativas regimentais, restringindo as possibilidades de interposição do recurso extraordinário, principal recurso julgado pelo STF, a crise ainda era presente e perdurava na década de 80. Assim:

Seria criado um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e *habeas corpus* originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados¹³ (VELLOSO, 1989, p.82).

¹³ Relatório de uma mesa-redonda realizada na Fundação Getúlio Vargas, em 1965, integrada por vários juristas brasileiros: Caio Tácito, Lemy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques, Gilberto de Ulhôa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale, presidida pelo Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti.

A criação do novo Tribunal não representaria perda de prestígio para o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, que “teria a seu cargo somente matérias da mais alta relevância jurídica e constitucional, dispensando-o de outras mais da competência dos tribunais comuns, federais ou estaduais” (VELLOSO, 1989, p.82).

O STJ, assim, foi criado para ser a corte superior da Justiça comum federal e estadual, pela Constituição Federal de 1988 (CF/88, arts. 104 e 105), tendo sido instalado em 7 de abril de 1989, pela Lei nº 7.746/89.

Sua competência, prevista no art. 105, da CF/88, foi dividida em originária, ordinária e especial e dispôs, inicialmente¹⁴, que competiria ao STJ:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os habeas-data contra ato de Ministro de Estado ou do próprio Tribunal;

c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no artigo 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

¹⁴ A competência do STJ sofreu alteração pelas Emendas Constitucionais nºs 22 e 23, de 1999.

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) os habeas-corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Logo após o advento da Constituição Federal de 1988, alguns doutrinadores já verificavam um problema na competência do STJ para julgamento de *habeas corpus*.

Havia previsão de que as ordens de *habeas corpus*, impetra-

das quando o ato de coação fosse de desembargador ou de outros membros de Tribunal, seriam julgadas pelo STJ (CF/88, art. 105, I, c). Mas restava um problema quando a coação fosse de Tribunal, considerado como um todo.

Considerando-se as razões históricas para a criação do STJ, a hipótese da coação emanada de Tribunal levaria o julgamento do *habeas corpus*, de pronto, para a competência do STJ. Entretanto, para o STF, estava prevista competência originária para o julgamento do *writ* quando o coator fosse “tribunal”.¹⁵

Nos primeiros dias de instalação do STJ, ainda sob as dúvidas existentes na interpretação da competência do tribunal recém-criado, o STF, julgando o HC 67.263-9, relatado pelo Ministro Moreira Alves, assentou que a Suprema Corte teria competência para “julgar originariamente *habeas corpus* cujo coator seja qualquer Tribunal do País (Tribunal de Alçada, Tribunais de Justiça, Tribunais de Justiça Militar Estadual, Tribunais Regionais Federais)”, além dos casos em que a coação proviesse dos Tribunais Superiores.

A divergência estava então instaurada e partia dos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal. O Ministro Marco Aurélio de Mello (1995, p.142) colocava sua crítica no desencontro com os propósitos históricos da criação do STJ:

[...] as alterações introduzidas pelo Legislador Constituinte tiveram origem na necessidade de reservar o tempo da Suprema Corte para as grandes questões nacionais. A Carta de 1988 reforçou o perfil do Supremo, ou melhor, revelou-o essencialmente como uma Corte Constitucional.

Contudo, o que se tem até aqui?

Prevalece, em relação ao julgamento originário de *habeas corpus*, a óptica elástica sobre a competência da Corte, com mitigação do papel reservado ao Superior Tribunal de Justiça no campo penal.

¹⁵ CF/88, art. 102, I, i: o “*habeas-corpus*”, quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.

A crítica justificava-se, também, por outra contradição criada na interpretação do texto constitucional. O STJ detinha competência para julgar, em recurso ordinário, os *habeas corpus* decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão fosse denegatória. Assim, estava excetuada, no acórdão do Ministro Moreira Alves, a hipótese de *habeas corpus* originário quando fosse mero substitutivo de recurso ordinário cabível para o STJ. A crítica também partiu do Ministro Marco Aurélio de Mello (1995, p.144):

E é até mesmo estranho que se admita que o Superior Tribunal de Justiça seja competente para julgar *habeas corpus* em grau recursal, quando denegatória a decisão, concluindo, assim, sobre o acerto ou desacerto da decisão proferida por tribunal inferior, mas não o seja para apreciar matéria e provimento da mesma origem, na via da competência originária, o que vale dizer: tem a competência recursal, sempre considerada de nível mais elevado, mas não tem a originária.

E, na esteira do que vinha decidindo, o Supremo Tribunal Federal assentou a distinção: se o ato atacado fosse oriundo de qualquer dos Tribunais referidos e fosse praticado por Colegiado, a competência seria do STF; se o ato decorresse de atuação monocrática, a competência seria do STJ.

A questão sobre a competência do STF e do STJ, como interpretada, foi várias vezes objeto de deliberação na Suprema Corte. O histórico desses enfrentamentos foi relatado no voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, mais combativo representante da minoria divergente, na Questão de Ordem no HC nº 78.416/RJ.

Discutiam-se, no julgamento desse *habeas corpus*, as mudanças operadas pela Emenda Constitucional (EC) nº 22, de 18/03/1999, que, alterando os incisos da competência do STF e do STJ, na Constituição, pôs fim às discussões:

HABEAS-CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM: COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA PARA O PROCESSO E JUL-

GAMENTO DE HABEAS-CORPUS, QUANDO O ATO DE COAÇÃO EMANA DE DECISÃO COLEGIADA DE TRIBUNAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 22, DE 18.03.99 (DOU DE 19.03.99), QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS ARTIGOS 102, I, i, e 105, I, c, DA CONSTITUIÇÃO, RESTRINGINDO A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AMPLIANDO A DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR HABEAS-CORPUS. 1. O Supremo Tribunal Federal é competente para processar e julgar, originariamente, o habeas-corpus quando o ato de coação emana de decisão colegiada de Tribunal Superior (art. 102, I, i, da Constituição, com a redação dada pelo artigo 2º da Emenda Constitucional nº 22, de 1999). 2. O Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, originariamente, o habeas-corpus quando o ato de coação emana de decisão colegiada dos demais tribunais do País, ressalvada a competência do Tribunal Superior Eleitoral (art. 105, I, c, da Constituição, com a redação dada pelo artigo 3º da Emenda Constitucional nº 22, de 1999) e a do Superior Tribunal Militar (artigo 124, parágrafo único, da Constituição). 3. Questão de ordem resolvida no sentido de proclamar a eficácia imediata das normas que dispõem sobre competência (Emenda Constitucional nº 22, de 1999) e declarar, em consequência, a incompetência superveniente do Supremo Tribunal Federal, visto que passou a ser competente o Superior Tribunal de Justiça, determinando-se-lhe a remessa dos autos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem no Habeas Corpus nº 78.416/RJ. Relator Ministro Maurício Corrêa. 22 de março de 1999. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>).

A Emenda Constitucional seguinte, de nº 23 (de 02/09/99), quanto à competência do STJ, alterou as alíneas “b” e “c”, do inciso I, do art. 105, apenas para acrescentar “o Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica”. Com as alterações feitas pelas EC nºs 22 e 23, a competência do STJ para julgamento originário de *habeas corpus* ficou assim definida:

c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral (CF/88, art. 105, I, c).

O STJ, portanto, julga pedido de *habeas corpus* quando o ato de coação emana de decisão, monocrática ou colegiada, dos Tribunais de Justiça, dos Tribunais Militares, dos Tribunais de Alçada¹⁶ e dos Tribunais Regionais Federais do País, ressalvada a competência do Tribunal Superior Eleitoral (CF/88, art. 105, I, c) e a do Superior Tribunal Militar (CF/88, art. 124, parágrafo único).¹⁷

Esse esclarecimento quanto à interpretação e posterior alteração de sua competência é necessário não só para uma melhor compreensão da posição do STJ no sistema jurídico brasileiro, como para o estudo do papel que essa Corte desempenha no controle penal.

Além dessa função, esse esclarecimento tem o objetivo de afastar qualquer dúvida quanto ao comprometimento das pesquisas documentais sobre seletividade, realizadas no presente trabalho, já que, como se mostrará, a seguir, essas variações na competência do STJ para julgamento de *habeas corpus* não inviabilizaram o campo de interferências seletivas que a Corte operou e opera no processo de criminalização secundária.

¹⁶ Os Tribunais de Alçada foram extintos com a EC nº 45/2004 (art. 4º). Como a pesquisa realizada no presente trabalho abrange o período que vai da criação do STJ, em abril de 1989, até abril de 2004, há acórdãos analisados que tiveram como Tribunal coator um Tribunal de Alçada. Os Tribunais de Alçada, existentes apenas em alguns estados, tinham competência para apreciar *habeas corpus* nos crimes contra o patrimônio, qualquer que fosse a natureza da pena cominada e nas demais infrações a que não fossem cominadas pena de reclusão, isolada, cumulativa ou alternadamente, excetuados os delitos de entorpecentes e falimentares (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar (LC) nº 35/79, com alterações da LC nº 37/1979).

¹⁷ A EC nº 45/2004 alterou a competência do STJ, incluindo a alínea “i”, ao art. 105, I, CF/88 e alterando a redação da alínea “b”, do inciso III. Essas alterações, entretanto, não afetaram o objeto da presente pesquisa, pois não modificaram a competência do STJ para julgamento de *habeas corpus* ou recursos em *habeas corpus*.

3.3.2 Composição

O STJ é composto por 33 ministros, assim escolhidos, conforme determinação constitucional (CF, art. 104): um terço dentre juízes dos Tribunais Regionais Federais, um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça e um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente.

A Corte é dividida em três seções, com duas turmas cada e cada uma composta por cinco ministros. A Terceira Seção, composta pela Quinta e Sexta Turmas, é a seção com competência para processar e julgar matéria penal em geral (RISTJ, art. 2º, § 4º e art. 9º, § 3º, inciso I) e, dessa forma, as ordens de *habeas corpus* e os recursos em *habeas corpus* estudados na presente pesquisa.

No período estudado (07 de abril de 1989 a 07 de abril de 2004), passaram pela Quinta e Sexta Turmas 26 (vinte e seis) ministros: José Dantas, Cid Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Assis Toledo, Edson Vidigal, William Patterson, José Cândido, Carlos Thibau, Costa Leite, Dias Trindade, Anselmo Santiago, Luiz Vicente Cernicchiaro, Washington Bolívar, Pedro Acioli, Adhemar Maciel, Vicente Leal, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Jorge Scartezzini, Fontes de Alencar, Paulo Gallotti, Laurita Vaz e Paulo Medina.

Na análise dos currículos dos ministros, disponíveis no *site* do STJ, na *internet*, pôde-se verificar, como mais um elemento para conhecer os operadores do controle penal nessa Corte, que dentre os 26 ministros, 17 (dezessete) vieram do Poder Judiciário, 6 (seis) do Ministério Público e 3 (três) da Advocacia. Deles, 11 (onze) nascidos em Estados da Região Nordeste, 9 (nove) da Região Sudeste, 3 (três) da Região Sul, 1 (um) da Região Norte, 1 (um) da Região Centro-Oeste e 1 (um) nascido fora do Brasil e naturalizado brasileiro.

As Turmas, como se disse, são compostas, cada uma, por 5 (cinco) ministros e, assim, identificaram-se, no período da pesquisa, 11 (onze) tipos de composição para a Quinta Turma e 20

(vinte) tipos para a Sexta Turma¹⁸. Esse levantamento será apresentado no capítulo seguinte, quando da análise da composição da turma para cada acórdão estudado.

3.3.3 O julgamento de *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus* pelo STJ

O procedimento para julgamento dos *habeas corpus*, no STJ, está previsto nos arts. 201 e seguintes de seu Regimento Interno (RISTJ) e as hipóteses de impetração seguem as já mencionadas anteriormente, quando se estudou o remédio constitucional.

Impetrado o *habeas corpus*, a petição inicial é autuada e distribuída a um dos Ministros que atuam na Terceira Seção do STJ (Quinta e Sexta Turmas, que têm competência para matéria criminal), que será o relator do processo. O relator requisita informações da autoridade coatora e aprecia, se for o caso, pedido de liminar (antecipação provisória e cautelar da ordem). Instruído o processo, é ouvido o Ministério Público, por meio dos Subprocuradores-Gerais da República, órgãos do Ministério Público Federal. Após o parecer ministerial, o relator leva o processo para julgamento e a decisão será tomada por maioria de votos. No caso de empate, prevalece a decisão mais favorável ao paciente, conforme disposto no parágrafo único do art. 664, do CPP.

O recurso ordinário em *habeas corpus* segue o mesmo rito do *habeas corpus* (RISTJ, art. 246) e deve ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias, com as razões do pedido de reforma da decisão (Lei nº 8.038/90, art. 30).

Importante ressaltar, entretanto, que, subjacente às hipóteses de impetração, há de se apontar, sempre, o ato de coação que indique a competência da Corte. Assim, necessário atacar, na via do *habeas corpus*, ato de desembargador ou membro de

¹⁸ Essa identificação foi feita através das Revistas do Superior Tribunal de Justiça, que trazem, em cada volume, a composição da turma, no período da publicação. Foram consultadas, para a pesquisa, todas as revistas publicadas no período de 07 de abril de 1989 a 07 de abril de 2004, ou seja, os números 1 a 175.

Tribunal ou, após a EC nº 22/1999, indicar o acórdão de Tribunal do qual emana o constrangimento ilegal sofrido.

Por isso, impetrada ordem de *habeas corpus* perante o STJ, ela pode não receber julgamento de mérito (concessão ou denegação da ordem), mas não ser *conhecida*, se, por exemplo: a) for apontado como autoridade coatora juiz de primeiro grau de jurisdição; b) discutir matéria não suscitada na instância inferior (a chamada “supressão de instância”, vedada pela jurisprudência do STJ e do STF); c) não for demonstrado ato de coação imputável a Tribunal (juízo de 2ª instância); d) não estiver em risco a liberdade de locomoção do paciente (FRANCO; STOCO, 1999, p.519-540). Como já explicado anteriormente, a ordem pode, ainda, ser julgada *prejudicada*, se já cessado o constrangimento ilegal objeto da impetração.

A mesma dinâmica de decisões aplica-se aos recursos ordinários constitucionais em *habeas corpus*, que podem ser providos (total ou parcialmente), desprovidos, não conhecidos ou julgados prejudicados. No campo do não conhecimento, algumas questões de ordem puramente formal podem obstar a apreciação do RHC, como a interposição do recurso fora do prazo de 5 (cinco dias), quando será tido por intempestivo, ou se desacompanhado das razões de reforma da decisão recorrida. Nesses casos, vale dizer, a questão formal pode ser ultrapassada e, embora não conhecido o recurso, pode haver a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício, se verificada a existência do constrangimento ilegal apontado.

Na história do STJ, até final do ano de 2003, foram autuados mais de 30.000 HCs e mais de 15.000 RHCs¹⁹, vindos de todos os estados brasileiros. Considerando-se que a competência em matéria penal, nessa Corte, restringe-se, basicamente, às ações penais originárias, ao julgamento de recursos especiais e à apreciação de HCs ou RHCs, o julgamento destes últimos tem grande peso na formação da jurisprudência criminal do país.

¹⁹ Informação da Subsecretaria de Execução Judicial e Estatística – Divisão de Estatística Processual, da Secretaria Judiciária do Superior Tribunal de Justiça, fornecida pelo ofício nº 046/2003-SJ/SEJE: de 07/04/1989 a 31/08/2003, foram autuados 30.438 HCs e 14.954 RHCs.

Além disso, na criação jurisprudencial pelo STJ, têm particular relevo as decisões concessivas das ordens requeridas e as que dão provimento aos recursos ordinários em *habeas corpus*. É que tais decisões, proferidas no STJ, são praticamente definitivas.

Quando o STJ *denega* uma ordem de *habeas corpus*, o impetrante/paciente pode recorrer ordinariamente ao Supremo Tribunal Federal (CF/88, art. 102, II, *a*). Quando um recurso ordinário é desprovido, pode impetrar nova ordem de *habeas corpus* perante o STF, alegando constrangimento ilegal praticado pelo STJ (CF/88, art. 102, I, *i*).

Mas, quando o STJ *concede* ordem de *habeas corpus*, não há, nessa instância, recurso cabível para a acusação ou para a autoridade coatora. O recurso ordinário em *habeas corpus*, recorde-se, só é cabível contra decisões *denegatórias* de *habeas corpus*, restando ao inconformado com a decisão concessiva apenas a possibilidade de existência de matéria constitucional no acórdão que viabilize um recurso extraordinário ao STF (CF/88, art. 102, III).

Da mesma forma ocorre com o provimento de recurso ordinário constitucional, em que só há a possibilidade de recurso extraordinário, que é recurso de admissibilidade bem mais restrita, para alterar a decisão.

Portanto, as decisões favoráveis ao paciente, em HC e RHC, proferidas pelo STJ, são praticamente definitivas e têm grande impacto na formação da jurisprudência em matéria penal e processual penal no Brasil:

[...] embora deva ser consignado que o e. Supremo Tribunal Federal não tem manifestado esse entendimento. Mas trata-se de matéria infraconstitucional e, sendo favorável à parte, não haverá recurso em *habeas corpus* para o Supremo Tribunal Federal, pacificando-se, nesta instância, que é a sede efetiva da interpretação da lei federal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 21888/SP. Relator Ministro Gilson Dipp. 10 de março de 2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Essa constatação reforça o peso da interferência seletiva do

STJ, no processo de criminalização secundária, quando decide trancar inquéritos policiais ou ações penais, excluindo o indivíduo (ou a conduta) do sistema penal.

**AS INTERFERÊNCIAS SELETIVAS
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO
SECUNDÁRIA: A PESQUISA
DOCUMENTAL - QUINZE ANOS
DE DECISÕES EM *HABEAS CORPUS***

A pesquisa documental, realizada para o presente trabalho, abrangeu quinze anos de decisões do STJ, ou seja, decisões proferidas desde sua criação, em 07/04/1989, e publicadas até 07/04/2004.

No recorte do objeto da presente pesquisa, foram selecionadas, no período mencionado, as decisões em *habeas corpus* e em recurso em *habeas corpus* que contivessem a palavra “trancamento”, de forma a abarcar as decisões sobre trancamento de ação penal ou inquérito policial.

A pesquisa foi feita por meio do *site* do STJ, na *Internet* (www.stj.gov.br), na seção “Jurisprudência”, com o argumento: **TRANC\$ E (@DTPB <= “20040407”)**. Tal argumento foi definido a partir de visita feita ao Gabinete do Secretário de Jurisprudência do STJ, no mês de julho de 2004, quando o Sr. Afonso Carlos Roberto do Prado explicou o processo de alimentação e funcionamento do setor e forneceu apostilas e manuais com as melhores formas de pesquisar por meio do *site*. O uso do argumento “TRANC\$” permitia a busca por todas as variáveis da palavra trancamento e o argumento @DTPB permitia selecionar os acórdãos pela data de publicação.

Vale dizer que, conforme os esclarecimentos prestados pela Secretaria de Jurisprudência do STJ, a indexação dos julgados

foi implantada desde a criação do Tribunal, mas, no início, a base não era alimentada no próprio STJ, mas no PRODASEN. Isso implicava uma seleção de julgados indexados e, assim, nem todos os acórdãos eram inseridos na base. A partir de 1992, é que foi criado o sistema que é alimentado no próprio STJ, com todos os acórdãos proferidos.

Com isso, a localização de acórdãos proferidos nos anos de 1989 a 1991 não se mostrou completa. Foi necessária a conferência dos acórdãos disponibilizados na base com aqueles constantes da Revista do Superior Tribunal de Justiça, permitindo o resgate de algumas decisões.

Apesar disso, o uso do argumento escolhido para a pesquisa possibilitou, em uma primeira busca, a localização de 3.790 acórdãos em que o termo “trancamento”, ou alguma de suas variáveis (p.ex. trancar, trancada, trancou), aparecesse em algum campo do documento.

Os acórdãos encontrados na primeira busca foram divididos em listas por ano de publicação e passaram, então, por uma segunda seleção, agora manual. Foram excluídos da análise os acórdãos não proferidos em HC ou em RHC e os que, embora contivessem o termo “trancamento” (ou suas variáveis), não tratavam do tema da pesquisa (trancamento da criminalização secundária).

Na relação restante, foram ainda excluídos os acórdãos proferidos em Embargos de Declaração e os Pedidos de Extensão em Habeas Corpus que, por se referirem a julgado que já seria objeto de análise, poderiam comprometer o resultado final da pesquisa com duplicidade de registros.

Feitas as primeiras exclusões, os acórdãos foram identificados como “denegatórios” ou “concessivos”. Os primeiros referentes às decisões que denegavam a ordem de *habeas corpus* pedida ou desproviavam o recurso ordinário; os segundos, relativos a decisões que concediam a ordem ou proviavam o recuso para trancamento da ação penal ou do inquérito policial.

Após essa identificação, passou-se a uma segunda seleção de acórdãos. Foram excluídos os casos que tiveram como conclusão decisão “prejudicado” e decisão “não conhecido”. Nesse

último caso, foram excluídos apenas os processos não conhecidos em razão de questão formal (p.ex.: intempestividade do recurso, falta de razões do recurso, supressão de instância). É que foi observado, durante a leitura dos acórdãos, que, em casos em que a decisão pelo não conhecimento não se referia a questão formal, o julgamento "não conhecido" equivalia, na verdade, a uma decisão denegatória.

Nos acórdãos concessivos, de igual forma, foram excluídos os julgados que determinaram o retorno dos autos ao Tribunal de origem para reexame.

Os casos prejudicados, não conhecidos por questão formal e que determinaram o retorno dos autos ao Tribunal de origem, foram excluídos da análise por não representarem pronúncia do STJ sobre o tema objeto do presente trabalho.

Restaram para análise, assim, 3.249 acórdãos.

Como o estudo proposto no presente trabalho refere-se à interferência seletiva e excludente operada pelo STJ, no processo de criminalização secundária, optou-se por dar maior relevância, para os fins da presente pesquisa, aos acórdãos de natureza "concessiva". Assim, foi realizada a leitura de todos os acórdãos concessivos selecionados, em um total de 661.

As decisões parciais (provimento parcial de recurso ordinário e concessão parcial da ordem de *habeas corpus*) foram consideradas como "concessivas", independentemente do fato de o trancamento não ter sido total, já que constituíam impacto na criminalização secundária, da mesma forma como observado nas demais decisões concessivas.

Para fazer o contraponto na análise dos acórdãos concessivos, decidiu-se proceder à leitura, também, de acórdãos denegatórios. Optou-se, para tanto, por uma amostragem, tendo em vista o considerável esforço de tempo para a análise de toda a população.

Admitiu-se margem de erro de 5% na proporção estimada e um nível de significância de também 5%. E, com base numa estimativa inicial de 3.000 acórdãos denegatórios, calculou-se uma amostra de 341 acórdãos (com correção para população finita), procedendo-se a amostragem aleatória sistemática com salto 8.

Ou seja, na relação de acórdãos denegatórios, selecionaram-se os julgados a serem lidos de oito em oito (o primeiro da lista, em seguida o nono, depois o décimo sétimo e, assim, sucessivamente). Como a população dos denegatórios, após as exclusões de acórdãos que não serviriam para análise, foi menor do que a população inicialmente estimada, obteve-se, ao final dessa seleção de oito em oito, uma amostra de 327 acórdãos.

Essa amostra, entretanto, permitiu que se garantisse que, em 95% das amostras colhidas, seria obtido um intervalo para a proporção estudada que conteria o verdadeiro valor da proporção da população.

Os acórdãos selecionados – 327 denegatórios e 661 concessivos – em total de 988 foram lidos, em sua integralidade, e a leitura culminou no preenchimento de um questionário para cada acórdão.

Foram elaborados, para a pesquisa, dois tipos de questionários – um para os julgados concessivos, outro para os denegatórios – de forma a colher informações gerais sobre o acórdão: o tipo de processo (HC ou RHC); o número do processo analisado; a Unidade da Federação de origem; o Relator; a Turma (5ª ou 6ª Turma); a data do julgamento; a data de publicação; a composição da turma; qual a decisão proferida e se o foi por unanimidade, maioria ou, no caso dos acórdãos concessivos, por empate; qual dos Ministros foi vencido, no caso de decisão proferida por maioria; o Tribunal apontado como coator; a ocorrência de sustentação oral pelo advogado, no dia do julgamento; o número de folhas do acórdão; o tipo de trancamento (se de ação penal, de inquérito policial ou de outros procedimentos); o tipo de impetrante (se advogado, defensor público ou se em causa própria); o crime pelo qual foi instaurada a ação penal ou o inquérito policial; a manifestação do Ministério Público Federal na apreciação da ordem impetrada (se contra, a favor ou em outro sentido).

Para os acórdãos denegatórios, o questionário previa, ainda, a possibilidade de preenchimento sobre a justificativa dada para a decisão contrária ao pedido do impetrante. E, nesse campo, além de um campo aberto para anotações, havia a possibilidade de registro de duas justificativas mais comumente oferecidas nos

acórdãos, para análise de sua ocorrência: “ressalva típica” e “exame aprofundado de provas”.

O “exame aprofundado de provas” já foi objeto de abordagem, nos tópicos que se dedicaram ao estudo do trancamento de inquérito policial e de ação penal. Dada a natureza sumária do *habeas corpus*, que impede a realização de uma fase de instrução probatória, entende-se que o constrangimento ilegal que fundamenta o pedido deva ser demonstrado de plano, de forma incontroversa. Assim, a vedação ao exame de provas é invocada, com muita frequência, nos julgados em *habeas corpus*, principalmente na fundamentação utilizada para denegar a ordem (ou desprover o recurso).

Com isso, a análise proposta na presente pesquisa abrangeu, também, a ocorrência da invocação desse fundamento, tanto nas decisões denegatórias, quanto nas concessivas, já que uma leitura preliminar das decisões, antes da realização da pesquisa propriamente dita, demonstrou que esse fundamento também era invocado nos julgados concessivos, mas a título de ressalva.

Da mesma forma, a leitura preliminar feita demonstrou que havia várias ocorrências de uma outra justificativa, sintetizadora das hipóteses para a configuração de constrangimento ilegal, apta à concessão da ordem, apelidada, no presente trabalho, de “ressalva típica”, de seguinte teor: “O trancamento da ação penal por falta de justa causa só é possível quando se constata, *prima facie*, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção de punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.”

A “ressalva típica”, embora uma ressalva utilizada nos acórdãos denegatórios, de forma a excluir o constrangimento ilegal, esteve presente nos dois tipos de decisões, integrando a fundamentação do acórdão e, assim, também foi objeto de análise de ocorrência.

Para os acórdãos concessivos, o questionário elaborado trazia um detalhamento maior. A leitura do julgado deveria permitir o registro dos argumentos da impetração (inépcia da denúncia ou queixa, falta de justa causa, atipicidade de conduta, ausência de prova da materialidade, negativa de autoria, extinção da punibilidade, não-configuração do delito, ausência de ele-

mento subjetivo ou "outros") e da justificativa dada para a decisão (denúncia ou queixa inepta, falta de justa causa, punibilidade extinta, ausência de prova da materialidade, ausência de indícios de autoria, conduta atípica, não-configuração do crime, ausência de elemento subjetivo, aplicação do princípio da insignificância, reconhecimento de imunidade do paciente ou "outros").

Por fim, em ambos os questionários, constou a possibilidade de registros sobre a natureza do paciente e da vítima, nos casos em que tal informação constava nos acórdãos, como a quantidade de pacientes, o sexo e sua profissão, variáveis interessantes para traçar o perfil das pessoas que se utilizam do "remédio heróico", no STJ.

Feita a leitura dos acórdãos selecionados, os dados foram transferidos para dois tipos de planilhas e submetidos a análise estatística.

As características selecionadas para os questionários sofreram, assim, análise quantitativa de ocorrência.

Como se estava trabalhando com dados de uma "população" (acórdãos concessivos) e de uma "amostra" (acórdãos denegatórios), foi necessária, para as comparações de homogeneidade (ou independência) das distribuições estudadas, a utilização do teste do qui-quadrado de Pearson (com a correção de Yates para o caso de tabelas 2×2). Nesse teste, o p-valor, que aparecerá ao final de algumas tabelas, indica a probabilidade de que as proporções encontradas, na população dos acórdãos concessivos e na amostra dos acórdãos denegatórios, sejam iguais ou diferentes.

A partir de um nível de significância de 5% (0,05), o p-valor menor que 0,05 indica uma forte evidência de que as proporções encontradas não são iguais. Ao contrário, um p-valor maior do que 0,05 indica que é mais provável que as proporções sejam iguais.

Com isso, durante as análises, quando se afirma que as distribuições são estatisticamente iguais, isso quer dizer que "a amostra dos denegatórios colhida confirma a hipótese (ao nível de significância de 5%) de que a distribuição é igual à dos concessivos". E, quando se conclui que as distribuições são estatís-

ticamente diferentes, isso quer dizer que “a amostra dos denegatórios colhida rejeita a hipótese (ao nível de significância de 5%) de que a distribuição é igual à dos concessivos”.

Com a leitura dos acórdãos, entretanto, outros aspectos, que não constaram do questionário, foram sendo observados. Notou-se que algumas características ocorriam em vários julgados e foram, então, anotadas nos campos abertos dos questionários. Assim, sem o rigor da análise a que se procedeu com as características formalmente selecionadas, algumas particularidades de julgados concessivos e denegatórios foram identificadas e serão apresentadas livremente, no presente trabalho. Essa análise mais “qualitativa” permitiu a identificação de argumentos e casos interessantes, que serão agregados à presente pesquisa, para ilustração da seletividade operada pelo STJ.

4.1 Características dos processos submetidos a julgamento no STJ

Como dito nas explicações gerais sobre a pesquisa realizada, foram identificados, no STJ, entre HCs e RHCs, com o tema trancamento de ação penal ou de inquérito policial e que tiveram pronunciamento de mérito, 3.249 acórdãos. Dentre eles, 661 acórdãos de natureza “concessiva” e 2.588 acórdãos “denegatórios”.

Confirmou-se, após a seleção de acórdãos, o que um levantamento preliminar, feito antes da realização da pesquisa, já apontava: do total das decisões, cerca de 20%, apenas, foram “concessivas”.

Dessa forma, tem-se que a grande maioria das decisões proferidas sobre o tema “trancamento” é denegatória.

Nas decisões selecionadas, procurou-se verificar, em seguida, a ocorrência numérica do tipo de processo, se *habeas corpus* ou recurso em *habeas corpus*.

Sobre o tema “trancamento”, verificou-se que há uma incidência maior de RHCs em ambos os tipos de decisões.

Tabela 1

Distribuição dos HC/RHC concessivos e denegatórios²⁰

Tipo	Concessivos	Denegatórios
HC	272	117
(41,15%)	(35,78%)	
RHC	389	210
(58,85%)	(64,22%)	
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
 Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,1196

Essa incidência maior de RHCs pode justificar-se pela competência do STJ. Como se disse no capítulo anterior (3.3.1), até meados de 1999, o STJ detinha competência para julgar RHCs provenientes dos Tribunais Regionais Federais ou dos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, mas sua competência para apreciação de HCs era restrita a atos de coação monocráticos dos Tribunais e, após interpretação do Supremo Tribunal Federal, aos casos em que o HC era substitutivo do recurso ordinário cabível.

Como se disse no capítulo anterior, para a questão do trancamento, o caminho até o STJ, normalmente, começa com a impetração de um *habeas corpus* ao Tribunal de segunda instância. E, contra a decisão do Tribunal, até meados de 1999, ou se deveria interpor RHC ao STJ (ou um HC substitutivo de RHC, como a jurisprudência passou a admitir) ou se impetraria um HC originário ao STF.

Essa divisão de competência, que se manteve por 10 anos,

²⁰ Como explicado no início do capítulo, nas tabelas em que há confronto de dados entre “concessivos” e “denegatórios”, serão apresentados os dados relativos a toda a população de acórdãos concessivos (661) e a amostra de acórdãos denegatórios (327). Os percentuais encontrados servem para uma análise vertical, dentro do tipo de acórdão. Para a comparação entre as proporções encontradas para acórdãos concessivos e denegatórios, utiliza-se o p-valor. O p-valor indica se as proporções encontradas, na amostra dos denegatórios e na população dos concessivos, são iguais ou diferentes. No caso da tabela 1, o p-valor = 0,1196 indica que há 11,96% de chance de que a distribuição de HC/RHC obtida na amostra dos denegatórios tenha vindo de uma população de denegatórios com mesma distribuição que a dos concessivos. Como esta probabilidade é alta (maior do que a significância de 5% escolhida), não há razão para supor-se que as distribuições sejam diferentes.

ou seja, dois terços do período pesquisado, pode ter influenciado o maior uso de RHCs para o tema trancamento.

Entretanto, no confronto entre decisões concessivas e denegatórias, não se observou diferença na distribuição de HCs e RHCs. As distribuições dos HC e RHC entre os concessivos e denegatórios são estatisticamente **iguais**.

O item de análise seguinte foi o Tribunal apontado como coator nas impetrações e recursos que, conforme a competência do STJ, poderia ser: Tribunais de Justiça (TJ), Tribunais de Alçada (TA), Tribunais Regionais Federais (TRF) e Tribunais Militares (TM). Na leitura dos acórdãos, entretanto, verificou-se a ocorrência de impetrações e recursos ajuizados contra decisões da Turma Recursal, contra acórdãos do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR), contra ato de Procurador da República e contra o próprio STJ, enquanto substituto do extinto TFR. Essas incidências “fora do padrão”, entretanto, foram insignificantes para a análise.

Verificou-se, assim, na análise do Tribunal Coator, que as impetrações e recursos apontam como coator, com maior frequência, os Tribunais de Justiça.

Tabela 2
Distribuição do Tribunal Coator
entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
TJ	327	192
	(49,47%)	(58,72%)
TA	183	74
	(27,69%)	(22,63%)
TRF	140	55
	(21,18%)	(16,82%)
TM	8	3
	(1,21%)	(0,92%)
Turma Recursal	2	-
	(0,30%)	
TFR	-	2
		(0,61%)
PR	1	-
	(0,15%)	
STJ	-	1
		(0,30%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

O teste estatístico de independência (ou homogeneidade) entre atributos aplica-se somente quando a frequência absoluta em cada uma das caselas da tabela for no mínimo igual a 5. Por isso, foi feita uma reclassificação dos Tribunais coatores em: “Esfera Estadual” (TJ, TA, TM e Turma Recursal) e “Esfera Federal” (TRF, TFR, PR e STJ), conforme tabela 3:

Tabela 3
Distribuição do Tribunal Coator (modificado)
entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Estadual	520	269
	(78,67%)	(82,26%)
Federal	141	58
	(21,33%)	(17,74%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,2145

Vê-se, assim, que há uma incidência maior de HCs e RHCs, para o tema trancamento, que apontam como coator Tribunais da “esfera estadual”, indicando que a tentativa de interferência na criminalização secundária ocorre, em maior número de vezes, para a criminalização operada na Justiça Estadual e para os crimes de competência dessa Justiça.

Por outro lado, as distribuições do Tribunal Coator entre os acórdãos concessivos e denegatórios são estatisticamente iguais, não se podendo concluir, portanto, que há maior incidência de um tipo de decisão para uma esfera de competência em particular.

Nessa mesma esteira, foi analisado o estado da federação de procedência do HC ou RHC. Uma primeira análise verificou os estados de procedência de cada tipo de acórdão (concessivos e denegatórios), dando ênfase à quantificação de HCs e RHCs separadamente. A segunda análise quantificou os estados de procedência apenas pelo tipo de acórdão (concessivos e denegatórios).

Tabela 4
Distribuição dos HC/RHC concessivos
por estado da federação

ESTADO	HC	RHC	Total	Percentual
SP	92	145	237	35,85%
RJ	52	55	107	16,19%
MG	21	30	51	7,72%
RS	18	32	50	7,56%
PR	7	25	32	4,84%
CE	5	15	20	3,03%
DF	10	10	20	3,03%
GO	10	9	19	2,87%
PE	11	6	17	2,57%
SC	2	12	14	2,12%
MA	9	4	13	1,97%
PA	5	7	12	1,82%
PB	6	5	11	1,66%
BA	2	8	10	1,51%
PI	6	3	9	1,36%
MT	1	7	8	1,21%
ES	1	6	7	1,06%
MS	3	2	5	0,76%
AC	1	2	3	0,45%
RO	1	2	3	0,45%
TO	0	3	3	0,45%
AM	1	1	2	0,30%
RN	2	0	2	0,30%
RR	2	0	2	0,30%
SE	2	0	2	0,30%
AL	1	0	1	0,15%
AP	1	0	1	0,15%
TOTAL	272	389	661	100,00%

Tabela 5
Distribuição dos HC/RHC denegatórios
por estado da federação

ESTADO	HC	RHC	Total	Percentual
SP	34	82	116	35,47%
MG	8	21	29	8,87%
RJ	13	14	27	8,26%
RS	7	15	22	6,73%
PR	3	17	20	6,12%
FE	12	6	18	5,50%
GO	4	8	12	3,67%
SC	6	6	12	3,67%
CE	3	8	11	3,36%
BA	1	7	8	2,45%
DF	5	3	8	2,45%
MS	4	2	6	1,83%
MT	2	4	6	1,83%
PB	2	4	6	1,83%
ES	2	3	5	1,53%
PA	1	3	4	1,22%
PI	3	1	4	1,22%
MA	2	1	3	0,92%
AL	1	1	2	0,61%
RN	0	2	2	0,61%
SE	2	0	2	0,61%
AC	1	0	1	0,31%
AP	1	0	1	0,31%
RO	0	1	1	0,31%
TO	0	1	1	0,31%
AM	0	0	0	0,00%
RR	0	0	0	0,00%
TOTAL	117	210	327	100,00%

Tabela 6**Distribuição dos acórdãos concessivos e denegatórios por estado da federação**

ESTADO	CONCESSIVOS		DENEGATÓRIOS	
AC	3	0,45%	1	0,31%
AL	1	0,15%	2	0,61%
AM	2	0,30%	0	0,00%
AP	1	0,15%	1	0,31%
BA	10	1,51%	8	2,45%
CE	20	3,03%	11	3,36%
DF	20	3,03%	8	2,45%
ES	7	1,06%	5	1,53%
GO	19	2,87%	12	3,67%
MA	13	1,97%	3	0,92%
MG	51	7,72%	29	8,87%
MS	5	0,76%	6	1,83%
MT	8	1,21%	6	1,83%
PA	12	1,82%	4	1,22%
PB	11	1,66%	6	1,83%
PE	17	2,57%	18	5,50%
PI	9	1,36%	4	1,22%
PR	32	4,84%	20	6,12%
RJ	107	16,19%	27	8,26%
RN	2	0,30%	2	0,61%
RO	3	0,45%	1	0,31%
RR	2	0,30%	0	0,00%
RS	50	7,56%	22	6,73%
SC	14	2,12%	12	3,67%
SE	2	0,30%	2	0,61%
SP	237	35,85%	116	35,47%
TO	3	0,45%	1	0,31%
TOTAL	661	100,00%	327	100,00%

Como ocorreu com os dados sobre “Tribunal coator”, houve a necessidade, também aqui, de reclassificação da característica analisada, para melhor quantificá-la. Os estados da federação foram, então, agrupados por regiões geográficas, conforme a tabela seguinte:

Tabela 7
Distribuição dos acórdãos concessivos e denegatórios
por região geográfica

REGIÃO	CONCESSIVOS		DENEGATÓRIOS	
Sudeste	402	60,82%	177	54,13%
Sul -	96	14,52%	54	16,51%
Nordeste	85	12,86%	56	17,13%
Centro-Oeste	52	7,87%	32	9,79%
Norte	26	3,93%	8	2,45%
TOTAL	661	100,00%	327	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,1169

Como as distribuições dos acórdãos por região geográfica são estatisticamente iguais, não houve nenhuma tendência observada no julgamento concessivo ou denegatório para um estado da federação específico.

A incidência de HCs e RHCs quanto à região de origem, entretanto, segue a estimativa populacional das regiões, identificada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE – (Censo Demográfico 2000), que tem a Região Sudeste como a mais populosa (72.412.411 habitantes), seguida pela Região Nordeste (47.741.711 habitantes) e pela Região Sul (25.107.616 habitantes) e como menos populosas a Região Norte (12.900.704 habitantes) e Centro-Oeste (11.636.728 habitantes). As impetrações e recursos em *habeas corpus*, nesse sentido, só não se relacionam com quantidade populacional quanto à Região Norte, que perde em HCs e RHCs para a Região Centro-Oeste.

Em seguida, examinou-se, nos acórdãos selecionados, o tipo de impetrante: se advogado, defensor público ou se o próprio paciente. Essa última hipótese foi denominada “causa própria”.

Na leitura dos acórdãos, quando não expressamente mencionado que o impetrante era advogado, mas não havendo, igualmente, identificação de que era defensor público, nem o próprio paciente, foi ele considerado “advogado”.

Tabela 8
Distribuição do tipo de impetrante
entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Advogado	600	297
	(90,77%)	(90,82%)
Causa Própria	32	25
	(4,84%)	(7,65%)
Defensor Público	29	5
	(4,39%)	(1,53%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,01678

Para os acórdãos concessivos, verificou-se que a grande maioria dos HCs e RHCs foram ajuizados por advogados e que os cerca de 9% não impetrados por advogados dividiram-se, igualmente, entre “causa própria” e “defensor público”. No caso dos acórdãos denegatórios, a proporção se repetiu, com exceção de que as impetrações e recursos ajuizados por defensores públicos foram em percentagem quase insignificante, havendo mais HCs e RHCs propostos em “causa própria”.

Fazendo uma segunda comparação, da ocorrência de “advogados” e “outros” (“causa própria” + “defensor público”), a distribuição fica estatisticamente igual:

Tabela 9
Distribuição do tipo de impetrante (modificado)
entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Advogado	600	297
	(90,77%)	(90,82%)
Outros	61	30
	(9,23%)	(9,18%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,929

Como não há diferença quanto à incidência do impetrante em cada um dos tipos de acórdãos – denegatórios e concessivos –, a análise da qualidade do impetrante, na presente pesquisa, revela, apenas, por intermédio de quem os pacientes tentam, no STJ, o encerramento do processo de criminalização secundária a que estão sujeitos. E, no ponto, a incidência quase total do “advogado”, como impetrante, fornece uma primeira orientação da seletividade excludente operada no STJ: é ela determinada economicamente, seguindo o padrão da seletividade do sistema penal globalmente considerado. Assim, a classe mais pobre terá mais chance de ser criminalizada e menos chance de ser excluída do processo de criminalização no STJ.

Um outro dado, apenas ilustrativo das características dos HCs e RHCs ajuizados no STJ, refere-se ao número de pacientes. A maioria dos HCs e RHCs levados ao STJ é ajuizada para um paciente apenas e não há distinção estatística entre o número de pacientes e o tipo de acórdão analisado.

Tabela 10
Distribuição do número de pacientes
entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
	Um	497 258
	(75,19%)	(78,90%)
Vários	164	69
	(24,81%)	(21,10%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,2251

Apesar disso, a análise do número de acórdãos concessivos que possuem mais de um paciente demonstra que, em quase 25% das decisões, o impacto na criminalização secundária atingirá não só um, mas vários sujeitos em processo de criminalização.

Ainda sobre o paciente, verificou-se a ocorrência de paciente feminino nos HCs e RHCs analisados.

Tabela 11
Distribuição da ocorrência de paciente feminino
entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Paciente masculino	560	283
	(84,72%)	(86,54%)
Paciente feminino	101	44
	(15,28%)	(13,46%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,5048

Apesar de não haver diferença estatística na incidência de paciente feminino entre as decisões concessivas e denegatórias, vê-se que a grande maioria dos HCs e RHCs ajuizados no STJ, para trancamento, é em favor de pacientes homens. Essa ocorrência segue a orientação da seletividade do sistema penal, denunciada pela Criminologia feminista (que ampliou o objeto de estudo da Criminologia Crítica das desigualdades de grupos e classes sociais para as desigualdades de gênero), de que as mulheres são menos criminalizadas (e mais vitimizadas) (ANDRADE, 1998, ANDRADE, 1996a).

Outra informação interessante, apesar de não presente na totalidade dos acórdãos, diz respeito à profissão do paciente. Em princípio, não há razão para que o Relator mencione tal característica; por isso, é curioso verificar que pacientes mereceram considerações a respeito de sua atividade profissional e, com isso, verificar que tipo de pessoas se utiliza do “remédio heróico”, no STJ, na tentativa de trancamento da criminalização secundária a que estão sujeitas.

Na análise, contabilizaram-se as informações que puderam ser obtidas por meio da leitura dos acórdãos, sem exatidão, entretanto, quanto ao número de pacientes. É que, como a classificação do número de pacientes não foi exata, mas dividida em “um” ou “vários”, em alguns casos, sabia-se que eram vários pacientes, mas não se sabia precisar quantos. Assim, os números apresentados representam o mínimo de pacientes cujas atividades profissionais foram mencionadas nos acórdãos, deixando-se a ressalva de que o número, assim, deve ser maior.

Tabela 12
Profissão do paciente nos acórdãos concessivos

Profissão	Número de pacientes
Empresário	194
Advogado	106
Policial ou militar	90
Funcionário de empresa	55
Profissional liberal	43
Político	42
Funcionário público	40
Sindicalista	21
Estudante	8
Juiz	5
Proprietário rural	5
Motorista de caminhão	5
Ministério Público	4
Síndico	1
Flanelinha	1
Líder do MST	1
Coord. campanha política	1
Bispo	1

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Tabela 13
Profissão do paciente nos acórdãos denegatórios

Profissão	Número de pacientes
Empresário	67
Advogado	41
Policial ou militar	24
Profissional liberal	15
Político	14
Funcionário de empresa	9
Funcionário público	7
Juiz	3
Proprietário rural	2
Motorista de caminhão ou táxi	2
Ministério Público	1
"Bicheiro"	1
Sindicalista	1

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Nas tabelas acima, contabilizaram-se como “profissionais liberais”: profissionais da saúde (médicos; dentistas etc.), profissionais da comunicação (jornalistas, colunistas, radialistas etc.), engenheiros, comerciantes, professores e “outros”. Nos “empresários” foram reunidos todos os sócios, diretores e representantes legais de empresas; nos “políticos”, contabilizaram-se os prefeitos, vereadores e deputados estaduais e, nos “policiais e militares”, contaram-se os delegados e agentes de polícia, os policiais militares e os militares de todas as patentes e forças.

Da mesma forma como se identificou a profissão do paciente, em alguns acórdãos foi mencionado quem era a vítima do crime:

Tabela 14
A vítima nos acórdãos concessivos

Profissão	Número de pacientes
Juiz	35
Ministério Público	26
Político	18
Funcionário público	8
Profissional liberal	7
Pessoa Jurídica	7
Policia ou militar	5
Advogado	4
Familiar do paciente	4
Criança	4
Funcionário de empresa	4
Estudante	2
Sindicalista	1
Esposa de juiz	1
Motorista	1
Empregador do paciente	1
Colega de trabalho do paciente	1
Diretor de clube	1
Condômino	1

Tabela 15
A vítima nos acórdãos denegatórios

Profissão	Número de pacientes
Juiz	12
Policial ou militar	6
Criança	5
Profissional liberal	4
Ministério Público	3
Político	2
Pessoa Jurídica	2
Familiar do paciente	2
"Ladrão" / presos	2
SUS / INSS	2
Funcionário público	1
Idosa	1

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Quanto ao tipo de trancamento almejado, verificou-se que a grande maioria dos HCs e RHCs estudados pleiteava o trancamento de ação penal.

Tabela 16
**Distribuição do tipo de trancamento
entre concessivos e denegatórios**

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Ação Penal	595	287
	(90,02%)	(87,77%)
Inquérito Policial	64	37
	(9,68%)	(11,31%)
Outros	2	3
	(0,30%)	(0,92%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Para a análise da incidência de cada tipo de trancamento, nos acórdãos concessivos e denegatórios, ante a presença de frequência absoluta inferior a 5, na ocorrência de "outros procedimentos" identificados na leitura dos julgados como objeto de trancamento (sindicância, p.ex), reclassificou-se o tipo de tran-

camento em: "ação penal" e "outros", conforme tabela 17, demonstrando-se que as distribuições do tipo de trancamento entre os concessivos e denegatórios são estatisticamente iguais:

Tabela 17
Distribuição do tipo de trancamento (modificado)
entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Ação Penal	595	287
	(90,02%)	(87,77%)
Outros	66	40
	(9,98%)	(12,23%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,3346

A incidência menor de inquéritos policiais como objeto de trancamento, nos acórdãos estudados, pode ser explicada por duas razões. Em primeiro lugar, pela maior dificuldade imposta pela doutrina e jurisprudência para o trancamento de inquérito policial, do que para o trancamento de ações penais, em que considerações sobre a inconveniência do trancamento "premature" das investigações ou o próprio não-reconhecimento de constrangimento para o investigado em inquérito são frequentemente invocadas.

Em segundo lugar, pela existência de mais uma instância, no caminho até o STJ. Como explicado no item 3.2.1, sendo o coator a autoridade policial, o *habeas corpus* será impetrado primeiro perante o Juiz de primeiro grau. O Juiz, denegando a ordem, enseja uma nova impetração ou recurso ao Tribunal que, mantendo a decisão, torna-se o coator e, aí, o HC ou RHC para o STJ. Durante essa passagem por três instâncias, é possível que a ação penal, originada do inquérito policial, já tenha sido instaurada, acarretando a prejudicialidade da impetração que ataca o inquérito.

Com a verificação dos tipos de trancamento pedidos, passou-se à análise dos argumentos apresentados para tanto pelo impetrante, análise que se restringiu, na pesquisa, aos apresentados nos acórdãos concessivos.

Tabela 18
Distribuição dos argumentos da Impetração

	*Sim	Não	TOTAL
Inépcia da Denúncia	198	463	661
	(29,95%)	(70,05%)	(100,00%)
Falta de Justa Causa	350	311	661
	(52,95%)	(47,05%)	(100,00%)
Atipicidade de Conduta	185	476	661
	(27,99%)	(72,01%)	(100,00%)
Ausência Prova Materialidade	25	636	661
	(3,78%)	(96,22%)	(100,00%)
Negativa de Autoria	55	606	661
	(8,32%)	(91,68%)	(100,00%)
Extinção de Punibilidade	68	593	661
	(10,29%)	(89,71%)	(100,00%)
Não Configurado o Delito	57	604	661
	(8,62%)	(91,38%)	(100,00%)
Ausência Elemento subjetivo	67	594	661
	(10,14%)	(89,86%)	(100,00%)

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Como constitui argumento mais genérico, a falta de justa causa foi invocada como fundamento da impetração na maioria dos casos analisados. Em seguida, tem-se a inépcia da denúncia, como segundo argumento mais utilizado, ocorrente em 30% dos HCs e RHCs e a atipicidade da conduta, alegada em 28% das impetrações.

A última das “características dos processos” estudada foi o crime pelo qual o paciente estava sendo investigado ou processado.

Nos casos em que constantes do acórdão mais de um crime, de naturezas distintas, consignaram-se, nos questionários, o primeiro e o segundo crime. Na análise, as naturezas dos crimes foram todas somadas. Por essa razão, o número total de registros é maior do que o número de acórdãos estudados.

Para análise do crime, objeto da impetração (ou do recurso), foram feitas algumas categorizações²¹. Em primeiro lugar, agruparam-se os crimes disponíveis no Código Penal e nas leis penais especiais em tipos e grupos e essa primeira categorização foi, então, utilizada para classificar os crimes livremente registrados nos questionários, quando da alimentação das planilhas:

- **Homicídio** – Art. 121 CP
- **Homicídio culposo** – Art. 121 § 3º CP
- **Aborto** – Art. 124, Art. 125, Art. 126 CP
- **Lesões corporais** – Art. 129 CP
- **Rixa** – Art. 137 CP
- **Crimes contra a honra** – Arts. 138 a 145 CP
- **Crimes contra a liberdade pessoal** – Arts. 146 a 149 CP
- **Crimes contra inviolabilidade de domicílio, correspondência e segredos** – Arts. 150 a 154 CP
- **Furto** – Art. 155 CP
- **Roubo e Extorsão** – Art. 157 a 160 CP
- **Dano** – Art. 163 a 165 CP
- **Apropriação indébita** – Art. 168 e 169 CP
- **Apropriação indébita previdenciária** – Art. 95, d, Lei nº 8.212/91 ou Art. 168-A CP
- **Estelionato e outras fraudes** – Art. 171 a 179 CP
- **Receptação** – Art 180 CP
- **Crimes contra a propriedade imaterial, intelectual ou industrial** – Art. 184 CP e Lei 9.609/98, Arts. 187 a 196 CP e Lei 9.279/96
- **Atentado contra a organização do trabalho** – Art. 197 a 207 CP

²¹ As categorizações feitas para análise dos resultados da presente pesquisa foram feitas livremente, sem rigor legal ou doutrinário, apenas para facilitar a verificação das ocorrências dos crimes, nos acórdãos estudados.

- **Estupro e Atentado violento ao pudor** – Arts. 213 e 214 CP
- **Outros crimes contra os costumes** – Arts. 215 a 234 CP
- **Crimes contra a família** – Arts. 235 a 249 CP
- **Crimes contra a incolumidade pública** – Arts. 250 a 285 CP
- **Crimes contra a paz pública** – Arts. 286 a 288 CP
- **Crimes contra a fé pública** – Arts. 289 a 311 CP
- **Crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral** – Arts. 312 a 327 CP
- **Crimes praticados por particular contra a administração em geral** – Arts. 328 a 337 CP
- **Crimes contra a administração da justiça** – Arts. 338 a 359 CP
- **Tráfico de entorpecentes** – Art. 12, Lei 6.368/76
- **Uso / Porte de entorpecentes** – Art. 16, Lei 6.368/76
- **Outros da Lei de entorpecentes** – Art. 14, 18, Lei 6.368/76
- **Crimes falimentares** – Lei de Falências – DL 7.661/45
- **Crimes contra a economia popular** – Lei 1.521/51
- **Parcelamento de solo urbano** – Lei 6.766/79
- **Crimes contra a ordem tributária** – Arts. 1º a 3º, Lei 8.137/90 e Lei 4.729/65
- **Crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores** – DL 201/67
- **Crimes da Lei de Imprensa** – Lei 5.250/67
- **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional** – Lei 7.492/86
- **Crimes do Código Penal Militar**
- **Crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo** – Art. 4º a 7º, Lei 8.137/90 e Crimes contra consumidor – Lei 8.078/90
- **Lei de Contravenções Penais**

- Abuso de autoridade – Lei 4.898/65
- Crimes contra as telecomunicações – Lei 4.117/62
- Crimes contra criança e adolescente – Lei 8.069/90
- Crimes de trânsito – Lei 9.503/97
- Outros não listados
- Não há registro no questionário

Tabela 19**Distribuição da natureza do crime (total) – concessivos**

Natureza do Crime	TOTAL	PERCENTUAL
Crimes contra a honra	89	11,90%
Crimes contra a ordem tributária	68	9,09%
Estelionato e outras fraudes	64	8,56%
Crimes contra a fé pública	49	6,55%
Crimes contra a administração da justiça	47	6,28%
Crimes praticados por particular c/a administração	45	6,02%
Crimes funcionário público c/a administração em geral	32	4,28%
Lei de Contravenções Penais	32	4,28%
Homicídio culposo	30	4,01%
Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional	27	3,61%
Outros não listados	27	3,61%
Crimes da Lei de Imprensa	25	3,34%
Apropriação indébita previdenciária	23	3,07%
Crimes contra a paz pública	22	2,94%
Lesões corporais	16	2,14%
Apropriação indébita	15	2,01%
Crimes c/a propriedade imaterial, intelectual, industrial	11	1,47%
Crimes c/a ordem econômica e as relações de consumo	10	1,34%
Crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores	10	1,34%
Uso / Porte de entorpecentes	10	1,34%
Crimes do Código Penal Militar	9	1,20%
Furto	8	1,07%

Tabela 19**Distribuição da natureza do crime (total) – concessivos (cont.)**

Natureza do Crime	TOTAL	PERCENTUAL
Crimes contra a economia popular	7	0,94%
Crimes contra a liberdade pessoal	7	0,94%
Estupro e Atentado violento ao pudor	7	0,94%
Receptação	7	0,94%
Crimes de trânsito	6	0,80%
Crimes falimentares	6	0,80%
Parcelamento de solo urbano	5	0,67%
Abuso de autoridade	4	0,53%
Dano	4	0,53%
Homicídio	4	0,53%
Sem registro no questionário	4	0,53%
Tráfico de entorpecentes	4	0,53%
Aborto	3	0,40%
Crimes contra a família	2	0,27%
Crimes contra a incolumidade pública	2	0,27%
Crimes inviolab. domicílio/correspondência/ segredos	2	0,27%
Outros crimes contra os costumes	2	0,27%
Atentado contra a organização do trabalho	1	0,13%
Crimes contra as telecomunicações	1	0,13%
Roubo e Extorsão	1	0,13%
TOTAL	748	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Tabela 20**Distribuição da natureza do crime (total) – denegatórios**

Natureza do Crime	TOTAL	PERCENTUAL
Estelionato e outras fraudes	39	10,57%
Crimes contra a ordem tributária	29	7,86%
Crimes contra a honra	27	7,32%
Homicídio	23	6,23%
Crimes funcionário público c/a administração em geral	21	5,69%
Crimes contra a fé pública	18	4,88%
Crimes praticados por particular c/a administração	18	4,88%

Tabela 20**Distribuição da natureza do crime (total) – denegatórios (cont.)**

Natureza do Crime	TOTAL	PERCENTUAL
Outros não listados	15	4,07%
Apropriação indébita	14	3,79%
Crimes contra a administração da justiça	14	3,79%
Apropriação indébita previdenciária	13	3,52%
Roubo e Extorsão	13	3,52%
Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional	11	2,98%
Tráfico de entorpecentes	11	2,98%
Lesões corporais	9	2,44%
Crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores	7	1,90%
Parcelamento de solo urbano	7	1,90%
Sem registro no questionário	7	1,90%
Crimes contra a liberdade pessoal	6	1,63%
Crimes contra a paz pública	6	1,63%
Receptação	6	1,63%
Crimes contra a economia popular	5	1,36%
Crimes do Código Penal Militar	5	1,36%
Abuso de autoridade	4	1,08%
Crimes falimentares	4	1,08%
Outros crimes contra os costumes	4	1,08%
Uso / Porte de entorpecentes	4	1,08%
Crimes c/ a ordem econômica e as relações de consumo	3	0,81%
Crimes c/ a propriedade imaterial, intelectual, industrial	3	0,81%
Furto	3	0,81%
Lei de Contravenções Penais	3	0,81%
Atentado contra a organização do trabalho	2	0,54%
Crimes contra a família	2	0,54%
Crimes contra a incolumidade pública	2	0,54%
Crimes contra as telecomunicações	2	0,54%
Estupro e Atentado violento ao pudor	2	0,54%
Homicídio culposo	2	0,54%
Outros da Lei de entorpecentes	2	0,54%
Aborto	1	0,27%
Crimes de trânsito	1	0,27%
Dano	1	0,27%
Total	369	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Com resultados tão diluídos, não foi possível uma análise estatística de ocorrência de crimes, entre denegatórios e concessivos, a partir das tabelas acima. Entretanto, interessante observar que os três crimes de maior ocorrência, em ambas as listas, são os mesmo: estelionato e outras fraudes, crimes contra a ordem tributária e crimes contra a honra. São esses os crimes mais presentes nos HCs e RHCs que pretendem o trancamento de ação penal e inquérito policial, no STJ.

Para análise dos resultados encontrados, procedeu-se, então, a duas outras categorizações. A primeira reuniu os crimes acima listados em macrocategorias, que os identificassem pela identidade de bens jurídicos protegidos ou características que os assemelhassem:

- **CRIMES CONTRA VIDA E INTEGRIDADE:** Arts. 121 a 137 CP
- **CRIMES CONTRA A LIBERDADE:** Arts. 146 a 154 e Arts. 197 a 207 CP
- **CRIMES CONTRA A HONRA:** Arts. 138 a 140 CP e Lei 5.250/67
- **CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO:** Art. 155 a 180 CP, Art. 184 CP e Lei 9.609/98, Art. 187 a 196 CP e Lei 9.279/96
- **CRIMES CONTRA OS COSTUMES E CONTRA A FAMÍLIA:** Arts. 213 a 220 CP, Arts. 227 a 249 CP
- **CRIMES CONTRA A INCOLUMIDADE, A PAZ E A FÉ PÚBLICA:** Arts. 250 e 259 CP, Arts. 286 a 307 CP
- **CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:** Arts. 312 a 359 CP
- **ENTORPECENTES:** Arts. 12, 14, 16 e 18 da Lei nº 6.368/76
- **CRIMES ECONÔMICOS:** Apropriação indébita previdenciária (Art. 95, d, Lei nº 8.212/91 ou Art. 168-A CP), crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/51), crimes contra a ordem tributária (Arts. 1º a 3º, Lei 8.137/90) e sonegação fiscal (Lei 4.729/65), crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86), crimes contra a ordem

econômica e as relações de consumo (Art. 4º a 7º, Lei 8.137/90) e crimes contra o consumidor (Lei 8.078/90)

- **OUTROS CRIMES DAS LEIS PENAIS ESPECIAIS:** Crimes falimentares (Lei de Falências – DL 7.661/45), parcelamento de solo urbano (Lei 6.766/79), crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores (DL 201/67), abuso de autoridade (Lei 4.898/65), crimes contra as telecomunicações (Lei 4.117/62), crimes contra criança e adolescente (Lei 8.069/90), Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), licitações (Lei nº 8.666/93), arma de fogo (Lei 9.437/97), interceptação telefônica (Lei nº 9.296/96), crimes ambientais (Lei nº 9.605/98) e lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85)
- **CRIMES DO CÓDIGO PENAL MILITAR**
- **LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS**

Tabela 21

**Distribuição da natureza do crime (por tipo)
entre concessivos e denegatórios**

TIPO	CONCESSIVOS		DENEGATÓRIOS	
	TOTAL	%	TOTAL	%
Crimes contra vida e integridade	53	7,39%	35	10,09%
Crimes contra a liberdade	10	1,39%	8	2,31%
Crimes contra a honra	114	15,90%	27	7,78%
Crimes contra o patrimônio	110	15,34%	79	22,77%
Crimes c/os costumes e contra a família	11	1,53%	8	2,31%
Crimes c/incolumidade, a paz e a fé pública	73	10,18%	26	7,49%
Crimes contra a administração pública	124	17,29%	53	15,27%
Entorpecentes	14	1,95%	17	4,90%
Crimes econômicos	135	18,83%	61	17,58%
Outros crimes das leis penais especiais	32	4,46%	25	7,20%
Crimes do código penal militar	9	1,26%	5	1,44%
Lei de contravenções penais	32	4,46%	3	0,86%
TOTAL	717	100,00%	347	100,00%

Nos acórdãos concessivos, portanto, tem-se a seguinte distribuição, por ordem de maior ocorrência:

Tabela 22
Distribuição da natureza do crime (por tipo)
entre concessivos

TIPO	CONCESSIVOS	
	TOTAL	%
Crimes econômicos	135	18,83%
Crimes contra a administração pública	124	17,29%
Crimes contra a honra	114	15,90%
Crimes contra o patrimônio	110	15,34%
Crimes c/incolunidade, a paz e a fé pública	73	10,18%
Crimes contra vida e integridade	53	7,39%
Outros crimes das leis penais especiais	32	4,46%
Lei de contravenções penais	32	4,46%
Entorpecentes	14	1,95%
Crimes c/os costumes e contra a família	11	1,53%
Crimes contra a liberdade	10	1,39%
Crimes do código penal militar	9	1,26%
TOTAL	717	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Os crimes de maior ocorrência nas decisões pelo trancamento, no STJ, são os crimes econômicos, seguidos pelos crimes contra a administração pública, pelos crimes contra a honra e pelos crimes contra o patrimônio.

Nos acórdãos denegatórios, tem-se a seguinte distribuição:

Tabela 23
Distribuição da natureza do crime (por tipo)
entre denegatórios

TIPO	DENEGATÓRIOS	
	TOTAL	%
Crimes contra o patrimônio	79	22,77%
Crimes econômicos	61	17,58%
Crimes contra a administração pública	53	15,27%
Crimes contra vida e integridade	35	10,09%

Tabela 23
Distribuição da natureza do crime (por tipo)
entre denegatórios (cont.)

TIPO	DENEGATÓRIOS	
	TOTAL	%
Crimes contra a honra	27	7,78%
Crimes c/incolunidade, a paz e a fé pública	26	7,49%
Outros crimes das leis penais especiais	25	7,20%
Entorpecentes	17	4,90%
Crimes contra a liberdade	8	2,31%
Crimes c/os costumes e contra a família	8	2,31%
Crimes do código penal militar	5	1,44%
Lei de contravenções penais	3	0,86%
TOTAL	347	100,00%

Os crimes cujos pedidos de trancamento são mais denegados, no STJ, são os crimes contra o patrimônio, seguidos pelos crimes econômicos, os crimes contra a administração pública e os crimes contra a vida e a integridade.

A segunda categorização utilizada para análise dos resultados das ocorrências dos crimes, nos acórdãos pesquisados, foi feita a partir da *gravidade do crime*, graduada em quatro níveis, a partir da quantidade da pena máxima cominada:

- 1) **LEVES** (crimes de pena máxima até 2 anos)
- 2) **MÉDIOS** (crimes de pena máxima entre 2 e 8 anos)
- 3) **GRAVES** (crimes de pena máxima superior a 8 anos)
- 4) **GRAVÍSSIMOS** (crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos e equiparados)

A partir dessa classificação, foi atribuído a cada crime um "grau de gravidade":

- Homicídio (Art. 121 CP) - *gravíssimo*
- Homicídio culposo (Art. 121 § 3º CP) - *médio*
- Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (Art. 122 CP) - *médio*

- Infanticídio (Art. 123 CP) - *médio*
- Aborto (Arts. 124 a 126 CP) - *médio*
- Lesão corporal (Art. 129, §1º e 2º CP) - *médio*;
Lesão corporal culposa ou leve (Art. 129 § 6º CP) - *leve*
- Perigo de contágio venéreo (Art. 130 CP) - *leve*
- Perigo de contágio de moléstia grave (Art. 131 CP) - *médio*
- Perigo para a vida ou saúde de outrem (Art. 132 CP) - *leve*
- Abandono de incapaz (Art. 133 CP) - *médio*
- Exposição ou abandono de recém-nascido (Art. 134 CP) - *leve*
- Omissão de socorro (Art. 135 CP) - *leve*
- Maus-tratos (Art. 136 CP) - *leve*
- Rixa (Art. 137 CP) - *leve*
- Crimes contra a honra (Arts. 138 a 140, CP) - *leve*
- Crimes contra liberdade pessoal: Constrangimento ilegal (Art. 146 CP), Ameaça (Art. 147 CP) - *leve*;
Seqüestro e cárcere privado (Art. 148 CP), Redução a condição análoga à de escravo (Art. 149 CP) - *médio*
- Crimes contra inviolabilidade de domicílio, correspondência e segredos (Arts. 150 a 154 CP) - *leve*
- Furto (Arts. 155 e 156 CP) - *médio*
- Roubo (Art. 157 CP), Extorsão (Arts. 158 e 160 CP) - *grave*
Extorsão mediante seqüestro (Art. 159 CP) - *gravíssimo*
- Alteração de limites, usurpação de água, esbulho possessório (Art. 161 CP) - *leve*
- Supressão ou alteração de marca em animais (Art. 162 CP) - *médio*
- Dano (Arts. 163 a 165 CP) - *leve*
- Apropriação indébita (Arts. 168 e 169 CP) - *médio*
- Apropriação indébita previdenciária (Art. 95, d, Lei nº 8.212/91 ou Art. 168-A CP) - *médio*
- Estelionato, defraudação de penhor, fraude no pagamento

por meio de cheque (Art. 171 CP); duplicata simulada e abuso de incapazes (Art. 172 a 174 CP) – *médio*;
Fraude no comércio e fraude à execução (Art. 175 e 179 CP) – *leve*

- Receptação (Art 180 CP) – *médio*
- Crimes contra a propriedade imaterial, intelectual e industrial – *leve*
- Atentado contra a liberdade de trabalho (Art. 197 a 207 CP) – *leve*
- Estupro (Art. 213 CP) e Atentado violento ao pudor (Art. 214 CP) – *gravíssimo*
- Outros crimes contra os costumes: posse sexual e atentado ao pudor mediante fraude (Art. 215 e Art. 216 CP), Sedução (Art. 217 CP), Corrupção de menores (Art. 218 CP), Favorecimento da prostituição (Art. 228 CP), Casa de prostituição (Art. 229 CP), Rufianismo (Art. 230 CP) e Tráfico de mulheres (Art. 231 CP) – *médio*
Assédio sexual (Art. 216-A CP) e Ato obsceno (Art. 233 CP) – *leve*
- Crimes contra a família: Registro de nascimento inexistente (Art. 241 CP), Parto suposto, supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido (Art. 242 CP), Abandono material e intelectual (Art. 244 e Art. 246 CP) – *médio*
Subtração de incapazes (Art. 249 CP) – *leve*
- Crimes contra a incolumidade pública: Incêndio, explosão, desabamento ou desmoronamento (Arts. 250, 251 e 256 CP) – *médio*
- Crimes contra a paz pública: Incitação ao crime e apologia de crime ou criminoso (Arts. 286 e 287 CP) – *leve*;
Quadrilha ou bando (Art. 288 CP) – *médio*
- Crimes contra a fé pública: Moeda Falsa (Art. 289 CP) – *grave*
Falsificação de documento público (Arts. 293 a 297 CP), Falsificação de documento particular (Art. 298 CP), Falsidade ideológica (Art. 299 CP), Falso reconhecimento de firma ou letra (Art. 300 CP), Uso de documento falso (Art.

304 CP); Supressão de documento (Art. 305 CP) – *médio*;
 Certidão ou atestado falso (Art. 301 CP), Falsidade de atestado médico (Art. 302 CP) e Falsa identidade (Art. 307 CP) – *leve*

- Crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral: Peculato (Art. 312 CP) – *grave*
 Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (Art. 314 CP), Concussão (Art. 316 CP), Corrupção passiva (Art. 317 CP), Violência arbitrária (Art. 322 CP) – *médio*

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas (Art. 315 CP), Prevaricação (Art. 319 CP), Condescendência criminosa (Art. 320 CP), Advocacia administrativa (Art. 321 CP), Abandono de função (Art. 323 CP), Violação de sigilo funcional (Art. 325 CP), Violação do sigilo de proposta de concorrência (Art. 326 CP) – *leve*

- Crimes praticados por particular contra a administração em geral: Usurpação de função pública (Art. 328 CP), Resistência (Art. 329 CP), Desobediência (Art. 330 CP), Desacato (Art. 331 CP), Fraude de concorrência (Art. 335 CP) – *leve*

Exploração de prestígio, tráfico de influência (Art. 332 CP), Corrupção ativa (Art. 333 CP), Contrabando ou descaminho (Art. 334 CP) – *médio*

- Crimes contra a administração da justiça: Denúncia caluniosa (Art. 339 CP), Falso testemunho ou falsa perícia (Art. 342 CP), Coação no curso do processo (Art. 344 CP), Arrebatamento de preso (Art. 353 CP), Patrocínio infiel (Art. 355 CP), Sonegação de papel ou objeto de valor probatório (Art. 356 CP), Exploração de prestígio (Art. 357 CP) – *médio*

Comunicação falsa de crime ou de contravenção (Art. 340 CP), Auto-acusação falsa (Art. 341 CP), Exercício arbitrário das próprias razões (Art. 345 CP), Fraude processual (Art. 347 CP), Favorecimento pessoal (Art. 348 CP), Favorecimento real (Art. 349 CP), Exercício arbitrário ou abuso de poder (Art. 350 CP), Fuga de pessoa presa (Art. 351 CP), Evasão mediante violência contra a pes-

- soa (Art. 352 CP), Motim de presos (Art. 354 CP) – *leve*
- Tráfico de entorpecentes (Art. 12, Lei nº 6.368/76) – *gravíssimo*
 - Uso / Porte de entorpecentes (Art. 16, Lei nº 6.368/76) – *leve*
 - Outros da Lei de entorpecentes (Art. 14, 18, Lei nº 6.368/76) – *grave*
 - Crimes falimentares (Lei de Falências – DL nº 7.661/45) – *médio*
 - Crimes contra a economia popular (Lei nº 1.521/51) – *leve* (exceto art. 3º, que é *grave*)
 - Parcelamento de solo urbano (Lei nº 6.766/79) – *médio*
 - Crimes contra a ordem tributária (Arts. 1º a 3º, Lei nº 8.137/90) – *médio* (exceto art. 2º, que é *leve*);
Sonegação fiscal (Lei 4.729/65) – *leve*
 - Crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores (DL 201/67) – *médio*
 - Crimes da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) – *leve*
 - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86) – *médio* (exceto art. 4º, que é *grave*)
 - Crimes contra a ordem econômica e as relações de consumo (Art. 4º a 7º, Lei nº 8.137/90) – *médio*
 - Lei de Contravenções Penais – *leve*
 - Abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65) – *leve*
 - Crimes contra consumidor (Lei nº 8.078/90) – *leve*
 - Crimes contra as telecomunicações (Lei nº 4.117/62) – *leve*
 - Crimes de trânsito – *leve* (exceto art. 302 e 306 – *médio*)
 - Lei nº 8.666/93 – licitações – *médio*
 - Lei nº 9.437/97 – porte ilegal arma – *leve*
 - Lei nº 9.296/96 – interceptação telefônica – *médio*
 - Lei nº 9.605/98 – crimes ambientais – *médio*
 - Lei nº 7.347/85 – ação civil pública – *médio*

Tabela 24**Distribuição da natureza do crime (por gravidade)
entre concessivos e denegatórios**

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Leves	298 (40,60%)	90 (25,21%)
Médios	404 (55,04%)	206 (57,71%)
Graves	17 (2,32%)	24 (6,72%)
Gravíssimos	15 (2,04%)	37 (10,36%)
Total	734	357

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
 Teste do qui-quadrado: p-valor < $1,001 \times 10^{-13}$

A tabela acima mostra, em primeiro lugar, que os HCs e RHCs, ajuizados para trancamento de ação penal e inquérito policial, no STJ, têm, normalmente, como objeto crimes “leves” e “médios”. Os crimes “leves” têm mais decisões concessivas que denegatórias, ao passo que os crimes “médios” podem ora ter decisões concessivas, ora decisões denegatórias. Para os crimes graves e gravíssimos, a chance maior é de denegação, ocorrendo em 17% dos casos, ao passo que apenas cerca de 4,5% desses crimes obtêm decisões concessivas.

4.2 Características dos julgamentos realizados pelo STJ

Após as análises das características dos *processos*, as próximas análises feitas, nos acórdãos estudados, referem-se às características dos *julgamentos* realizados.

Em primeiro lugar, observou-se a distribuição dos acórdãos entre as turmas do STJ com competência para o julgamento de HCs e RHCs (Quinta e Sexta Turmas).

Tabela 25**Distribuição das turmas entre concessivos e denegatórios**

Tipo	Concessivos	Denegatórios
5ª Turma	363	194
	(54,92%)	(59,33%)
6ª Turma	298	133
	(45,08%)	(40,67%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
 Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,2123

As distribuições dos acórdãos concessivos e denegatórios entre as turmas são estatisticamente iguais. Mas observa-se que a Quinta Turma tem decidido mais, quando o tema é trancamento.

Quanto ao Relator, a análise dos dados colhidos permitiu a elaboração das seguintes tabelas:

Tabela 26**Distribuição dos HC/RHC concessivos por Relator**

RELATOR	HC	RHC	TOTAL	PERCENTUAL
Edson Vidigal	34	52	86	13,01%
Vicente Leal	28	39	67	10,14%
Fernando Gonçalves	30	29	59	8,93%
Felix Fischer	19	27	46	6,96%
José Dantas	12	32	44	6,66%
José Arnaldo da Fonseca	23	19	42	6,35%
Gilson Dipp	24	17	41	6,20%
Cid Flaquer Scartezini	10	29	39	5,90%
Hamilton Carvalhido	19	13	32	4,84%
Luiz Vicente Cernicchiaro	9	19	28	4,24%
Assis Toledo	7	20	27	4,08%
Fontes de Alencar	15	12	27	4,08%
Anselmo Santiago	7	16	23	3,48%
Jesus Costa Lima	7	12	19	2,87%
Jorge Scartezini	7	7	14	2,12%
Pedro Acioli	2	9	11	1,66%
Adhemar Maciel	2	8	10	1,51%
Costa Leite	2	7	9	1,36%

Tabela 26**Distribuição dos HC/RHC concessivos por Relator (cont.)**

RELATOR	HC	RHC	TOTAL	PERCENTUAL
William Patterson	1	8	9	1,36%
José Cândido	1	6	7	1,06%
Paulo Gallotti	4	2	6	0,91%
Laurita Vaz	4	1	5	0,76%
Carlos Thibau	1	3	4	0,61%
Paulo Medina	3	1	4	0,61%
Dias Trindade	1	1	2	0,30%
Washington Bolívar	0	0	0	0,00%
TOTAL	272	389	661	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Tabela 27**Distribuição dos HC/RHC denegatórios por Relator**

RELATOR	HC	RHC	TOTAL	PERCENTUAL
José Arnaldo da Fonseca	21	22	43	13,15%
Edson Vidigal	8	23	31	9,48%
Gilson Dipp	15	16	31	9,48%
Vicente Leal	9	21	30	9,17%
Felix Fischer	11	14	25	7,65%
Anselmo Santiago	3	13	16	4,89%
Fernando Gonçalves	10	5	15	4,59%
José Dantas	5	9	14	4,28%
Cid Flaquer Scartezzini	4	9	13	3,98%
Hamilton Carvalhido	5	8	13	3,98%
Jesus Costa Lima	3	9	12	3,67%
Jorge Scartezzini	9	3	12	3,67%
William Patterson	1	10	11	3,36%
José Cândido	1	9	10	3,06%
Assis Toledo	0	9	9	2,75%
Adhemar Maciel	2	6	8	2,45%
Pedro Acioli	1	7	8	2,45%
Luiz Vicente Cernicchiaro	3	4	7	2,14%
Costa Leite	0	4	4	1,22%
Laurita Vaz	2	2	4	1,22%
Carlos Thibau	0	3	3	0,92%

Tabela 27**Distribuição dos HC/RHC denegatórios por Relator (cont.)**

RELATOR	HC	RHC	TOTAL	PERCENTUAL
Fontes de Alencar	1	2	3	0,92%
Paulo Gallotti	3	0	3	0,92%
Dias Trindade	0	2	2	0,61%
Paulo Medina	0	0	0	0,00%
Washington Bolívar	0	0	0	0,00%
TOTAL	117	210	327	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Tabela 28**Distribuição do Relator entre concessivos e denegatórios**

RELATOR	CONCESSIVOS		DENEGATÓRIOS	
	TOTAL	PERCENTUAL	TOTAL	PERCENTUAL
Adhemar Maciel	10	1,51%	8	2,45%
Anselmo Santiago	23	3,48%	16	4,89%
Assis Toledo	27	4,08%	9	2,75%
Carlos Thibau	4	0,61%	3	0,92%
Cid Flaquer Scartezzini	39	5,90%	13	3,98%
Costa Leite	9	1,36%	4	1,22%
Dias Trindade	2	0,30%	2	0,61%
Edson Vidigal	86	13,01%	31	9,48%
Felix Fischer	46	6,96%	25	7,65%
Fernando Gonçalves	59	8,93%	15	4,59%
Fontes de Alencar	27	4,08%	3	0,92%
Gilson Dipp	41	6,20%	31	9,48%
Hamilton Carvalhido	32	4,84%	13	3,98%
Jesus Costa Lima	19	2,87%	12	3,67%
Jorge Scartezzini	14	2,12%	12	3,67%
José Arnaldo da Fonseca	42	6,35%	43	13,15%
José Cândido	7	1,06%	10	3,06%
José Dantas	44	6,66%	14	4,28%
Laurita Vaz	5	0,76%	4	1,22%
Luiz Vicente Cernicchiaro	28	4,24%	7	2,14%
Paulo Gallotti	6	0,91%	3	0,92%
Paulo Medina	4	0,61%	0	0,00%
Pedro Acioli	11	1,66%	8	2,45%
Vicente Leal	67	10,14%	30	9,17%
Washington Bolívar	0	0,00%	0	0,00%
William Patterson	9	1,36%	11	3,36%
TOTAL	661	100,00%	327	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Os resultados das tabelas acima indicam apenas a participação dos ministros como Relatores, nos acórdãos estudados, sem demonstrar uma tendência de orientação deles no sentido ou da concessão ou da denegação. Isso porque, como se mostrará com a composição das turmas, não houve igual oportunidade de atuação dos vários ministros nos casos estudados, que permitisse uma verificação de tendência de julgamento.

Por ano de julgamento, os acórdãos estudados distribuem-se da seguinte forma:

Tabela 29
Distribuição dos concessivos por ano de julgamento

ANO	HC	RHC	TOTAL
1989	3	5	8
1990	4	19	23
1991	4	25	29
1992	9	25	34
1993	4	16	20
1994	13	31	44
1995	9	31	40
1996	15	34	49
1997	18	15	33
1998	19	41	60
1999	30	52	82
2000	25	24	49
2001	55	41	96
2002	37	22	59
2003	25	6	31
2004	2	2	4

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Tabela 30
Distribuição dos denegatórios por ano de julgamento

ANO	HC	RHC	TOTAL
1989	1	6	7
1990	1	9	10
1991	2	9	11
1992	3	10	13

Tabela 30**Distribuição dos denegatórios por ano de julgamento (cont.)**

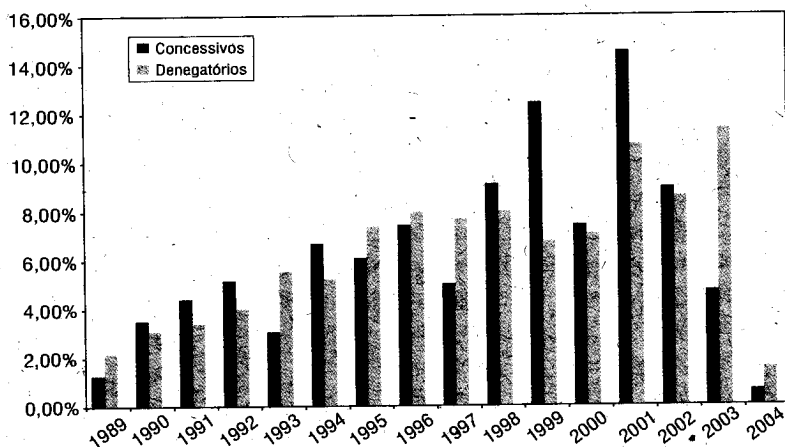
ANO	HC	RHC	TOTAL
1993	3	15	18
1994	2	15	17
1995	4	20	24
1996	5	21	26
1997	6	19	25
1998	12	14	26
1999	12	10	22
2000	11	12	23
2001	14	21	35
2002	17	11	28
2003	21	16	37
2004	3	2	5

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Os anos de 1989 e 2004 têm poucas ocorrências de ambos os tipos, porque o ano de 1989 teve sua análise iniciada no mês de abril e, no ano de 2004, foram analisados apenas os acórdãos proferidos naquele ano e publicados até 07/04/2004.

Figura 1

Distribuição da frequência relativa (percentual) de acórdãos concessivos e denegatórios por ano



Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Percebe-se claramente crescimento gradual de acórdãos concessivos até 2001, quando esse sofre brusca queda. Quanto aos denegatórios, tal fenômeno não se observa.

Quanto à composição da turma, a primeira análise feita foi sobre o tipo de composição, conforme mencionado no item 3.3.2.

As Turmas são compostas, cada uma, por 5 (cinco) ministros. Para o período da pesquisa, foram identificados 11 (onze) tipos de composição para a Quinta Turma e 20 (vinte) tipos, para a Sexta Turma. O levantamento é apresentado nas duas tabelas seguintes, com o período aproximado de duração de cada composição:

Tabela 31

Composições da Quinta Turma - 07 abr.1989 a 07 abr.2004

1) José Dantas Cid Flaquer Scartezzini Jesus Costa Lima Assis Toledo Edson Vidigal (De 1989 a out. 1995)	2) José Dantas Cid Flaquer Scartezzini Assis Toledo Edson Vidigal (Out. 1995 a jun. 1996)	3) José Dantas Cid Flaquer Scartezzini Assis Toledo Edson Vidigal José Arnaldo da Fonseca (Jun. 1996 a ago. 1996)
4) José Dantas Cid Flaquer Scartezzini Edson Vidigal José Arnaldo da Fonseca (Ago. 1996 a dez 1996)	5) José Dantas Cid Flaquer Scartezzini Edson Vidigal José Arnaldo da Fonseca Felix Fischer (Dez. 1996 a mar. 1998)	6) José Dantas Edson Vidigal José Arnaldo da Fonseca Felix Fischer (Mar. 1998 a jun. 1998)
7) José Dantas Edson Vidigal José Arnaldo da Fonseca Felix Fischer Gilson Dipp (Jun. 1998 a out. 1998)	8) Edson Vidigal José Arnaldo da Fonseca Felix Fischer Gilson Dipp (Out. 1998 a jun. 1999)	9) Edson Vidigal José Arnaldo da Fonseca Felix Fischer Gilson Dipp Jorge Scartezzini (Jun. 1999 a abr. 2002)
10) José Arnaldo da Fonseca Felix Fischer Gilson Dipp Jorge Scartezzini (Abr. 2002 a dez. 2002)	11) José Arnaldo da Fonseca Felix Fischer Gilson Dipp Jorge Scartezzini Laurita Vaz (Dez. 2002 a —)	

Tabela 32**Composição da Sexta Turma - 07 abr.1989 a 07 abr.2004**

1) William Patterson José Cândido Carlos Thibau Costa Leite Dias Trindade (De 1989 a dez. 1990).	2) William Patterson José Cândido Carlos Thibau Costa Leite Luiz Vicente Cernicchiaro (Dez. 1990 a ago. 1991)	3) Washington Bolívar José Cândido Carlos Thibau Costa Leite Luiz Vicente Cernicchiaro (Ago. 1991 a jan. 1992) ²²
4) Pedro Acioli José Cândido Carlos Thibau Costa Leite Luiz Vicente Cernicchiaro (Fev. 1992 a jun. 1992)	5) Pedro Acioli José Cândido Costa Leite Luiz Vicente Cernicchiaro (Jun. 1992 a nov. 1992)	6) Pedro Acioli José Cândido Adhemar Maciel Luiz Vicente Cernicchiaro (Nov. 1992 a fev. 1993)
7) Pedro Acioli José Cândido Adhemar Maciel Luiz Vicente Cernicchiaro Anselmo Santiago (Fev. 1993 a mai. 1994)	8) Pedro Acioli Adhemar Maciel Luiz Vicente Cernicchiaro Anselmo Santiago (Mai. 1994 a dez 1994)	9) Pedro Acioli Adhemar Maciel Luiz Vicente Cernicchiaro Anselmo Santiago Vicente Leal (Dez. 1994 a abr. 1995)
10) Adhemar Maciel Luiz Vicente Cernicchiaro Anselmo Santiago Vicente Leal (Abr. 1995 a jul. 1995)	11) Adhemar Maciel Luiz Vicente Cernicchiaro Anselmo Santiago Vicente Leal William Patterson (Jul. 1995 a jun. 1996)	12) Luiz Vicente Cernicchiaro Anselmo Santiago Vicente Leal William Patterson Fernando Gonçalves (Jun. 1996 a dez. 1998)
13) Luiz Vicente Cernicchiaro Vicente Leal William Patterson Fernando Gonçalves (Dez. 1998 a abr. 1999)	14) Luiz Vicente Cernicchiaro Vicente Leal William Patterson Fernando Gonçalves Hamilton Carvalhido (Abr. 1999 a ago. 1999)	15) Vicente Leal William Patterson Fernando Gonçalves Hamilton Carvalhido Fontes de Alencar (Ago. 1999 a jan. 2001)

²² Nas composições n°s 1, 2 e 3 da Sexta Turma, participou também o Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região Anselmo Santiago, como Juiz convocado.

Tabela 32**Composição da Sexta Turma - 07 abr.1989 a 07 abr.2004 (cont.)**

16) Vicente Leal Fernando Gonçalves Hamilton Carvalho Fontes de Alencar Paulo Gallotti (Fev. 2001 a fev. 2003)	17) Vicente Leal Hamilton Carvalho Fontes de Alencar Paulo Gallotti (Fev. 2003 a abr. 2003)	18) Vicente Leal Hamilton Carvalho Fontes de Alencar Paulo Gallotti Paulo Medina (Abr. 2003 a jan. 2004) ²³
19) Vicente Leal Hamilton Carvalho Paulo Gallotti Paulo Medina (Jan. 2004 a mar. 2004)	20) Hamilton Carvalho Paulo Gallotti Paulo Medina (Mar. 2004 a abr. 2004)	

Fonte: Revista do Superior Tribunal de Justiça

Os acórdãos estudados, assim, foram proferidos pelas seguintes composições da Quinta Turma:

Tabela 33

**Distribuição dos concessivos
por composição da Quinta Turma**

COMPOSIÇÃO	TOTAL	PERCENTUAL
1	123	33,88%
2	13	3,58%
3	0	0,00%
4	19	5,23%
5	22	6,06%
6	9	2,48%
7	7	1,93%
8	27	7,44%
9	99	27,27%
10	12	3,31%
11	32	8,82%
TOTAL	363	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

²³ O Ministro Vicente Leal foi afastado das funções em 02/04/2003 até sua aposentadoria, em 25/3/2004.

Tabela 34
Distribuição dos denegatórios
por composição da Quinta Turma

COMPOSIÇÃO	TOTAL	PERCENTUAL
1	49	25,26%
2	5	2,58%
3	0	0,00%
4	8	4,12%
5	17	8,76%
6	6	3,09%
7	3	1,55%
8	9	4,64%
9	56	28,87%
10	7	3,61%
11	34	17,53%
TOTAL	194	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Na atuação da Quinta Turma, não houve acórdãos analisados da composição 3. As composições 1, 2, 4, 7 e 8 proferiram mais julgamentos concessivos que denegatórios, enquanto as demais composições, 5, 6, 9, 10 e 11, proferiram mais julgamentos denegatórios, mas com pequena margem de diferença. A composição 11, entretanto, proferiu bem mais julgamentos denegatórios (17,53%) do que concessivos (8,82%).

Quanto à atuação da Sexta Turma, tem-se o seguinte:

Tabela 35
Distribuição dos concessivos
por composição da Sexta Turma

COMPOSIÇÃO	TOTAL	PERCENTUAL
1	14	4,70%
2	1	0,34%
3	5	1,68%
4	3	1,01%
5	4	1,34%
6	1	0,34%
7	8	2,68%

Tabela 35
Distribuição dos concessivos
por composição da Sexta Turma (cont.)

COMPOSIÇÃO	TOTAL	PERCENTUAL
8	14	4,70%
9	6	2,01%
10	6	2,01%
11	22	7,38%
12	48	16,11%
13	13	4,36%
14	14	4,70%
15	60	20,13%
16	70	23,49%
17	0	0,00%
18	6	2,01%
19	0	0,00%
20	3	1,01%
TOTAL	298	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Tabela 36
Distribuição dos denegatórios
por composição da Sexta Turma

COMPOSIÇÃO	TOTAL	PERCENTUAL
1	9	6,77%
2	3	2,26%
3	4	3,01%
4	2	1,50%
5	1	0,75%
6	2	1,50%
7	10	7,52%
8	5	3,76%
9	3	2,26%
10	3	2,26%
11	17	12,78%
12	23	17,29%
13	6	4,51%
14	3	2,26%

Tabela 36
Distribuição dos denegatórios
por composição da Sexta Turma (cont.)

COMPOSIÇÃO	TOTAL	PERCENTUAL
15	9	6,77%
16	25	18,80%
17	0	0,00%
18	6	4,51%
19	2	1,50%
20	0	0,00%
TOTAL	133	100,00%

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Na atuação da Sexta Turma, não houve acórdãos analisados da composição 17. As composições 5, 8, 14, 15, 16 e 20 proferiram mais acórdãos concessivos, destacando-se a atuação das composições 15 e 16, que julgaram favoravelmente ao paciente com margem bem superior aos julgamentos contrários: composição 15 (20,13% nos concessivos e 6,77% nos denegatórios) e composição 16 (23,49% nos concessivos e 18,80% nos denegatórios). A composição 20 não proferiu acórdãos denegatórios analisados.

As demais composições da Sexta Turma, 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 18 e 19, proferiram mais acórdãos denegatórios. A composição 7 e 11, com margem bem superior aos acórdãos concessivos proferidos: composição 7 (7,52% de denegatórios e 2,68% de concessivos) e composição 11 (12,78% de denegatórios e 7,38% de concessivos). A composição 19 não proferiu acórdãos concessivos.

A segunda análise levou em conta se o julgamento foi realizado com a turma completa, ou seja, com seus cinco ministros presentes, ou com a composição incompleta. Foram considerados "ausentes"; além dos ministros que, efetivamente, não estavam presentes à sessão, os ministros que se deram por suspeitos ou impedidos ou que, por outras razões, não participaram do julgamento.

Tabela 37**Distribuição da composição da turma (completa/incompleta) entre concessivos e denegatórios**

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Completa	363	185
	(54,92%)	(56,57%)
Incompleta	298	142
	(45,08%)	(43,43%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
 Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,6705

Nessa análise, verifica-se que, apesar de se poder afirmar que a maioria dos julgamentos foi realizada com a composição completa da turma, quase a metade dos julgamentos ocorreu com composição incompleta, ou seja, com a presença de 3 ou 4 ministros.

Não houve, entretanto, diferença estatística entre julgamentos concessivos e denegatórios para a composição da turma.

A próxima análise foi feita sobre o tipo de julgamento: se unânime, por maioria de votos, ou, no caso das decisões concessivas, se por empate.

Tabela 38**Distribuição do tipo de julgamento entre concessivos e denegatórios**

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Unânime	555	310
	(83,96%)	(94,80%)
Maioria	82	17
	(12,41%)	(5,20%)
Empate	24	-
	(3,63%)	
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Diante da ocorrência de empate somente nas decisões concessivas, os julgamentos por empate e por maioria foram agrupados para uma segunda análise.

Tabela 39
Distribuição do tipo de julgamento (modificado)
entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Unânime	555	310
	(83,96%)	(94,80%)
Outros	106	17
	(16,04%)	(5,20%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
 Teste do qui-quadrado: p-valor = $2,004 \times 10^{-6}$

Pela tabela acima, tem-se que a quase totalidade das decisões denegatórias é proferida em julgamentos unânimes.

Na prática dos julgamentos, entretanto, vê-se que tal unanimidade não necessariamente representa plena e consciente anuência de todos os integrantes do órgão colegiado à opinião do Relator, após o estudo do caso, o acompanhamento atento ao seu voto e às manifestações das partes e o debate entre os julgadores, mas adesão pura e simples ao voto do Relator (CRUZ, 2002, p.63-64).

Nó caso do STJ, a unanimidade ocorre com menos frequência quando as decisões são concessivas.

Nas decisões concessivas, há uma maior incidência de julgamentos “por maioria” e “por empate”, demonstrando, claramente, que as divergências entre os ministros ocorrem, com maior frequência, no caso de concessão da ordem. Nas decisões “por empate”, conta, além da divergência, a composição incompleta da turma, como fator de benefício ao paciente: “[...] não concedo a ordem, tenho entendimento totalmente oposto, mas - estamos em quatro -, como já foi dito, **o réu está com muita sorte.**” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 13.047/CE. Voto do Ministro Felix Fischer. 02 de setembro de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Os grifos não são do original).

A dificuldade que o tema “trancamento” tem para os julgadores fica revelada não só pelo número bem inferior de decisões concessivas em HC e RHCs sobre o tema, como demonstrado no início do capítulo, mas também por essas divergências dentro dos próprios julgamentos concessivos.

Essa divergência é revelada, ainda, por uma outra característica analisada nos julgamentos. Quando o Relator do caso é vencido, é designado para redigir o acórdão o ministro que proferiu o primeiro voto vencedor (RISTJ, art. 101). O nome desse ministro consta do julgado como "Relator para acórdão".

A presença do "Relator para acórdão" não só mostra que o acórdão não foi proferido por unanimidade, como mostra que a divergência foi tal que o próprio Relator, que em princípio tem maior conhecimento dos fatos e teses do processo em julgamento, acabou vencido.

Tabela 40
Distribuição da ocorrência de "Relator para acórdão"
entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Não	607	322
	(91,83%)	(98,47%)
Sim	54	5
	(8,17%)	(1,53%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
Teste do qui-quadrado: p-valor = $6,275 \times 10^{-8}$

Apesar dessa especial divergência ocorrer com pouquíssima frequência, sendo quase insignificante nos acórdãos denegatórios (ou seja, quase nunca um julgado denegatório tem um Relator que votava pelo trancamento), a incidência do "Relator para acórdão", na comparação dos dois tipos de decisão, é relevante estatisticamente. Quando ela ocorre, ocorre mais nos acórdãos concessivos, ou seja, o HC ou RHC acabou deferido, apesar de o Relator ter votado pela denegação.

Prosseguindo nos estudos dos dados colhidos e, relacionada à análise do tipo de impetrante, observou-se, nos acórdãos estudados, a ocorrência ou não de sustentação oral pelo impetrante na sessão de julgamento.

A sustentação oral pode ser feita pelo advogado e pelo Ministério Público, pelo prazo de 15 (quinze) minutos, após a leitura do relatório do caso pelo Relator e antes dos votos do Relator e dos demais ministros integrantes da Turma (RISTJ, arts. 159 e 160).

Tabela 41**Distribuição da ocorrência de sustentação oral pelo advogado entre concessivos e denegatórios**

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Não	512	295
	(77,46%)	(90,21%)
Sim	149	32
	(22,54%)	(9,79%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Teste do qui-quadrado: p-valor = $1,668 \times 10^{-6}$

Pela tabela acima, a sustentação oral do caso, quer para julgamentos concessivos, quer para denegatórios, ocorre em número minoritário. Há, no particular, várias causas para esse resultado.

Em primeiro lugar, como a sustentação oral é ato facultativo, dependerá do interesse e da disposição do impetrante em prepará-la e realizá-la. Para os impetrantes residentes fora de Brasília – DF, onde é a sede do STJ, a presença no julgamento, para a sustentação oral, implica, obviamente, custos financeiros para o impetrante e para o paciente.

Ademais, conforme disposto no art. 91, I, do RISTJ, os *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* independem de inclusão em pauta de julgamento para serem julgados. Com isso, não se sabe, com antecedência, o dia em que o processo será levado à sessão, dificultando a presença dos advogados que pretendam sustentar oralmente o caso.

Apesar disso, a análise dessa característica permitiu observar que a ocorrência de sustentação oral, embora muito pequena nos julgamentos denegatórios, aparece em quantidade relevante nos julgamentos concessivos.

Com efeito, ela ocorre em quase 23% dos julgados concessivos, mostrando a contribuição que a defesa oral da tese jurídica tem para os debates e para o resultado do julgamento. É que, na oportunidade da sustentação oral, tem-se a oportunidade de dar melhor conhecimento do caso aos outros ministros presentes ao julgamento, já que, em regra, apenas o Relator teve acesso aos autos e pôde estudá-lo.

Há, aqui, mais um aspecto da seletividade, já mencionada na análise do tipo de impetrante, que aumenta as chances do trancamento para os casos em que há recursos financeiros para a presença do advogado à sessão de julgamento do HC ou RHC. Entram nessa mesma análise as considerações já feitas sobre a importância da atuação do advogado na formação da convicção do juiz, principalmente se o advogado tem atuação constante no Tribunal e goza de boa reputação profissional. Vale dizer que, em vários casos concessivos, observou-se a presença de advogados conhecidos na área criminal como impetrantes e que, na maioria dos casos, estiveram presentes à sessão de julgamento, sustentando oralmente.

Em muitos acórdãos concessivos, notou-se, também, a menção que alguns Ministros fazem, expressamente, às sustentações orais e aos memoriais distribuídos pelos advogados, como, por exemplo, no HC nº 14.271/SP, Relator Ministro Fontes de Alencar, DJ 04/02/2002; no voto do Ministro Vicente Leal, no RHC 11.851/PR, Relator Fontes de Alencar, DJ 15/04/2000; e no HC nº 15.077/SP, Relator Fontes de Alencar, em que o Ministro Paulo Gallotti votou vencido, contrário ao trancamento, que foi concedido por empate, afirmando que: "Inclinei-me, inicialmente, por ocasião da sustentação oral, que deu enfoque de uma certa forma procurando realçar aspectos evidentemente que interessavam à defesa, em conceder a ordem [...]" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 15.077/SP. Voto do Ministro Paulo Gallotti. 27 de maio de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Foram anotados, ainda, expressos elogios aos advogados que sustentaram oralmente o caso. No RHC nº 10.812/RS, provido à unanimidade, o Relator, Ministro Edson Vidigal, rende homenagem ao advogado Paulo Brossard, que sustentou oralmente:

[...] Ter entre nós na defesa de uma causa um advogado com a história que se confunde com a história do Brasil como a de Paulo Brossard de Souza Pinto é deveras da maior importância para a história não só desta Turma como desta Corte como Tribunal Superior. Sua vinda a esta tribuna, aos doze anos da vigência da Constituição que ajudou a escrever, nos remete ao grande pensador Goethe, freqüentemente citado por Tancredo Neves, que dizia – "mais difícil que destruir o monstro, é remover-lhe os des-

troços.”[...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 10.812/RS. Relator Ministro Edson Vidigal. 20 de agosto de 2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

E, no RHC nº 5.298/DF, os elogios vieram do Relator para acórdão Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

[...] o ilustre advogado, nome conhecido das letras jurídicas brasileiras, durante vários anos honrou a Justiça como Juiz Federal, membro do Tribunal Federal de Recursos e, dentre 150 milhões de brasileiros, teve o privilégio de ser Presidente do Supremo Tribunal Federal. A sua fala, erudita, como sempre, coincide, em termos de colocação fática, com o pronunciamento do Eminent Subprocurador-Geral da República [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 5.298/DF. Voto do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. 16 de dezembro de 1996. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

E do Ministro Vicente Leal: “[...] efetivamente, pelas palavras apresentadas pelo Ilustre Patrono da causa, o Ilustre Ministro Aldir Passarinho, uma das personalidades mais acatadas e respeitadas do mundo jurídico neste País [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 5.298/DF. Voto do Ministro Vicente Leal. 16 de dezembro de 1996. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

A importância da sustentação oral, no julgamento, pode ser ainda observada quando se faz a relação de sua ocorrência com a ocorrência de “Relator para acórdão”:

Tabela 42

Distribuição da ocorrência de “Relator para acórdão”, nos julgados concessivos, quando houve sustentação oral

Tipo	Concessivos
Sim	29
	(53,70%)
Não	25
	(46,30%)
Total	54

Nos acórdãos concessivos, como se viu, anteriormente, houve 54 ocorrências de “Relator para acórdão”, ou seja, em 54 julgamentos, o Relator opinava contrariamente ao trancamento e acabou vencido na turma, que concedeu a ordem ou deu provimento ao RHC. Desses 54 julgamentos, em 29 houve sustentação oral do advogado. Isso demonstra que a defesa oral favorece o debate na turma e pode sensibilizar os demais ministros que a compõem para a tese do impetrante/recorrente.

Em julgamentos com essa característica, também se observou a ocorrência de expressas referências à sustentação oral, nos votos proferidos. No RHC nº 7.679/MA, DJ 29/03/1999, o Relator para acórdão, Ministro José Arnaldo da Fonseca, afirmou em seu voto: “Da tribuna, chamou-se a atenção o aspecto [...]”. No RHC nº 7.982, DJ 29/11/1999, o Relator para acórdão, Ministro Gilson Dipp, mencionou esclarecimentos que teve a partir dos memoriais e da tribuna e, no HC nº 4.431/RS, DJ 04/11/1996, o Relator para acórdão, Ministro Cid Flaquer Scartezini, disse: “A alegação da defesa, da tribuna, impressionou-me muito.[...]”.

Além da sustentação oral do advogado, a leitura dos acórdãos permitiu a anotação dos casos em que o Ministério Público (MP) sustentou oralmente. Foram encontradas 11 (onze) participações, nos julgamentos denegatórios, e 41 (quarenta e uma), nos julgamentos concessivos, sempre ocorrentes quando houve sustentação do advogado, à exceção de um único caso, concessivo, em que o Ministério Público sustentou oralmente pelo paciente, membro seu.

Tabela 43
Distribuição da ocorrência de sustentação oral
pelo MP entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Não	620 (93,80%)	316 (96,64%)
Sim	41 (6,2%)	11 (3,36%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
Teste do qui-quadrado: p-valor = $1,668 \times 10^{-6}$

Pode-se dizer que o Ministério Público sustenta oralmente quando contrário ao trancamento. Se favorável, não tem razão para fazer uso da palavra, se o advogado já o está fazendo, em favor da tese defendida no HC ou RHC. Estatisticamente, entretanto, a sustentação oral do Ministério Público não influencia no resultado do julgamento, sendo iguais suas participações em um e outro tipo de decisão.

Se a sustentação oral do Ministério Público não influencia no resultado dos julgamentos, o mesmo não se pode afirmar quanto à manifestação que oferece, nos HCs e RHCs, em forma de parecer, antes do julgamento (Decreto-Lei nº 552, de 1969).

O Ministério Público (no caso do STJ, o Ministério Público Federal) manifesta-se nas ordens de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* não como parte, mas como fiscal da lei, ou seja, como *custos legis*. Analisando o caso, elabora um parecer em que se manifesta pela concessão ou denegação da ordem (ou provimento ou desprovimento do recurso), antes do julgamento. Essa manifestação é obrigatória, prevista no Regimento Interno do STJ (RISTJ – arts. 62 e 64, inciso III), mas já foi dispensada pelo Relator, por exemplo, no caso de excessiva demora por parte do MP em elaborar o parecer e devolver os autos à Corte.

Nos acórdãos estudados, verificou-se a natureza dessa manifestação: se a favor da impetração (ou do recurso), se contra, ou se de outra natureza, como as opiniões pelo não conhecimento ou pela prejudicialidade do HC ou RHC. Da mesma forma como ocorreu na análise dos tipos de acórdãos, as manifestações parcialmente favoráveis foram contabilizadas como favoráveis.

Tabela 44

**Distribuição do tipo de manifestação do MP
entre concessivos e denegatórios**

Tipo	Concessivos	Denegatórios
A favor	370	19
	(55,98%)	(5,81%)
Contra	279	302
	(42,21%)	(92,36%)
Outros	12	6
	(1,81%)	(1,83%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
Teste do qui-quadrado: p-valor < $2,2 \times 10^{-16}$

Dos dados fornecidos acima, vê-se que a quantidade de manifestações do MP, contrárias ao trancamento, é grande. Representaram elas a quase totalidade das manifestações dadas nos acórdãos denegatórios e quase metade das manifestações oferecidas nos julgados concessivos.

O Ministério Público, assim, parece confundir sua atuação de fiscal da lei com a atuação de parte no processo penal, proferindo mais manifestações contrárias ao trancamento do que favoráveis a ele. Esse aspecto revela a crítica feita por Rogério Schietti Cruz (2002, p.95) de que, na verdade, o Ministério Público não deixa de ser parte, na sua atuação nos Tribunais. O parecer do Ministério Público, assim, “não elimina, mas tão-somente esconde, a função acusatória que, em outras manifestações do Parquet, como, v.g., nas alegações finais ou na denúncia do Promotor de Justiça, revela-se bem mais nítida e indiscutível.”

Por outro lado, é de observar que, tanto nos acórdãos denegatórios, quanto nos concessivos, o STJ seguiu a manifestação do Ministério Público, na maioria das vezes, divergindo, apenas, na minoria das decisões concessivas em que a manifestação do MP foi contrária ao trancamento.

Mas, em sendo a manifestação do Ministério Público favorável ao trancamento, observou-se, na leitura dos julgados, que em vários acórdãos concessivos há a “adoção do parecer do Ministério Público”, como razões de decidir. Dos casos estudados, 112 acórdãos concessivos adotavam o parecer do Ministério Público, transcrevendo-o como única fundamentação do acórdão ou como mais um recurso à fundamentação pelo trancamento. Nos acórdãos denegatórios, esse número é bem menor, tendo sido encontrados somente dois casos em que o parecer do MP foi transcrito para denegação do HC ou RHC.

Há, assim, em vários acórdãos concessivos, uma “divisão de responsabilidade” do STJ com o Ministério Público, agregando-se a opinião do MP à decisão pelo trancamento.

As análises seguintes relacionam-se à fundamentação do acórdão.

Em primeiro lugar, observou-se, nos julgados analisados, qual o número de folhas que compunham o acórdão, incluindo-se, aí, todos os seus elementos: ementa, relatório, voto e certidão de julgamento.

Tabela 45
Distribuição do número de folhas dos acórdãos entre
concessivos e denegatórios

Nº Folhas	CONCESSIVOS	% CONCESS.	DENEGATÓRIOS	% DENEQ.
4	27	4,08%	24	7,34%
5	94	14,22%	69	21,10%
6	107	16,19%	75	22,94%
7	116	17,55%	42	12,84%
8	80	12,10%	47	14,37%
9	48	7,26%	22	6,73%
10	42	6,35%	11	3,36%
11	33	4,99%	14	4,28%
12	19	2,87%	1	0,31%
13	20	3,03%	7	2,14%
14	17	2,57%	5	1,53%
15	8	1,21%	2	0,61%
>15	50	7,56%	8	2,45%
Total	661		327	
Média	8,882		7,269	
Moda ²⁴	7		6	
Mediana ²⁵	7		6	

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

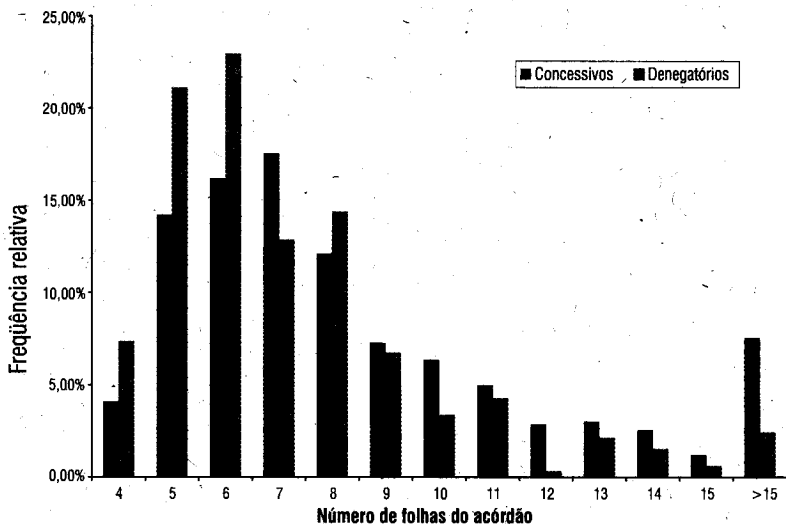
Pela análise da distribuição (percentual) do número de folhas dos acórdãos, verifica-se, facilmente, que os julgados denegatórios apresentam, normalmente, menor número de folhas. A média dos acórdãos concessivos é 8,9 folhas, enquanto que a dos denegatórios é 7,3. A maior ocorrência (moda) é de acórdãos de 7 folhas para concessivos e de 6 folhas para

²⁴ A moda é definida como a realização mais freqüente do conjunto de valores observados. Assim, quando se diz que a moda é de acórdãos de 7 folhas, está-se afirmando que, na população estudada, há mais acórdãos com 7 folhas do que com qualquer outro número de folhas.

²⁵ Mediana é a realização que ocupa a posição central da série de observações, quando estão ordenadas em ordem crescente. Assim, 50% das observações são menores que a mediana e 50% das observações são maiores. Quando se afirma que a mediana é de acórdãos com 7 folhas, está-se afirmando que metade da população é de acórdãos com menos de 7 folhas e a outra metade, de acórdãos com mais de 7 folhas.

denegatórios. Note-se, também, o percentual significativamente mais alto (7,56%) de acórdãos com mais de 15 folhas, nos julgados concessivos, em relação aos denegatórios (2,45%).

Figura 2
Distribuição da frequência relativa (percentual)
do número de folhas dos acórdãos



Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Pela análise do gráfico da figura 2, que ilustra os dados da tabela 45, verifica-se, facilmente, o maior percentual de denegatórios para acórdãos de 4 a 6 folhas. A partir dos acórdãos de 7 folhas, à exceção dos de 8, há maior ocorrência de concessivos.

Fica também bastante evidente a maior quantidade de acórdãos com mais de 15 páginas para os concessivos. O acórdão com maior número de folhas foi de 61 folhas para os concessivos e de 24 folhas, para os denegatórios. Registrou-se uma ocorrência de acórdão com 25, 26, 38, 48, 55 e 61 folhas e duas ocorrências de acórdãos com 32 e 35 folhas.

Interessante observar, com os dados sobre “número de folhas dos acórdãos”, que o maior número de páginas em acórdãos concessivos revela uma fundamentação mais extensa dos

julgados nesse sentido, com utilização de mais recursos retóricos do código tecnológico do que ocorre nos acórdãos denegatórios. Por exemplo, como mencionado anteriormente, há mais ocorrências nos acórdãos concessivos de “adoção do parecer do Ministério Público”.

Um outro aspecto que reforça a tese de que há uma preocupação maior de conferir ao acórdão concessivo uma fundamentação mais extensa está no recurso à doutrina em matéria penal e processual penal e, até mesmo, de outros ramos do Direito.

Durante a leitura dos acórdãos, identificaram-se os doutrinadores citados nos acórdãos, no voto do ministro Relator. E descobriu-se que, nos acórdãos concessivos, o recurso à doutrina é bem maior do que nos acórdãos denegatórios.

Tabela 46

**Doutrinadores citados nos acórdãos concessivos
e número de acórdãos**

Doutrinador	Número de acórdãos
Nelson Hungria	21
Damásio E. de Jesus	20
Julio Fabbrini Mirabete	16
Magalhães Noronha	14
Heleno Fragoso	14
Celso Delmanto	10
Paulo Jose da Costa Jr.	5
Alberto Silva Franco	4
Francisco de Assis Toledo	4
Luiz Flávio Gomes	3
Luiz Viel	3
Pontes de Miranda	3
Luiz Vicente Cernicchiaro	3
Bettiol	3
Ives Gandra	2
Euclides Custódio	2
Manoel Pedro Pimentel	2
José Afonso da Silva	2

Tabela 47
Doutrinadores citados nos acórdãos denegatórios
e número de acórdãos

Doutrinador	Número de acórdãos
Julio Fabbrini Mirabete	10
Damásio E. de Jesus	4
Heleno Fragoso	2
Manoel Pedro Pimentel	2

Nos acórdãos concessivos, outros 40 doutrinadores e nos acórdãos denegatórios, outros 8 doutrinadores foram citados, mas apenas uma vez.

Vê-se, assim, que há, nos acórdãos concessivos, maior recurso à doutrina como elemento de fundamentação da decisão. Interessante observar, além disso, que foi em acórdãos concessivos que se observou, durante a pesquisa, referência a pareceres elaborados por doutrinadores especificamente para o caso em julgamento. Isso ocorreu em dois julgados, com menção a pareceres de Francisco de Assis Toledo e de Ives Gandra Martins.

Prosseguindo na análise da fundamentação do acórdão, foi verificada, em seguida, a ocorrência das justificativas “exame aprofundado de provas” e “ressalva típica” como fundamento da decisão. Como se disse na introdução do presente capítulo, essas justificativas são largamente utilizadas nos julgados; a primeira, pela conhecida vedação ao exame de provas em sede de *habeas corpus*; a segunda, por constituir uma síntese das hipóteses em que o constrangimento ilegal, para trancamento, é verificado.

Tabela 48
Distribuição da ocorrência da justificativa “Exame
Aprofundado de Provas” entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Não	621	177
	(93,95%)	(54,13%)
Sim	40	150
	(6,05%)	(45,87%)
Total	661	327

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
 Teste do qui-quadrado: p-valor < 2,2 x 10⁻¹⁶

Tabela 49
Distribuição da ocorrência de “Ressalva Típica”
entre concessivos e denegatórios

Tipo	Concessivos	Denegatórios
Não	613	227
	(92,74%)	(69,42%)
Sim	48	100
	(7,26%)	(30,58%)

Como se pode observar das tabelas acima, ambas as justificativas são dadas, em maior número, para os acórdãos denegatórios, apesar de a vedação ao exame aprofundado de provas e de a “ressalva típica” aparecerem na fundamentação de alguns acórdãos concessivos.

Quanto à utilização dessas justificativas, nos acórdãos denegatórios, tem-se o seguinte:

Tabela 50
Distribuição das justificativas entre acórdãos denegatórios

		Ressalva típica		Total
		Não	Sim	
Exame aprofundado de provas	Não	126 (38,53%)	51 (15,60%)	177 (54,13%)
	Sim	101 (30,89%)	49 (14,98%)	150 (45,87%)
Total		227 (69,42%)	100 (30,58%)	327 (100,00%)

Fonte: Superior Tribunal de Justiça
 Percentuais em relação ao total geral
 Teste do qui-quadrado: p-valor = 0,5267

Vê-se dos dados acima que 61,47% (30,89% + 14,98% + 15,60%) dos acórdãos denegatórios utilizaram pelo menos uma das justificativas estudadas: “exame aprofundado de provas” ou “ressalva típica”: 30,89% utilizaram somente a vedação ao exame de provas, enquanto 15,60% utilizaram somente a “ressalva típica”. E, em 14,98% dos casos, as duas justificativas foram utilizadas, concomitantemente.

Esses argumentos já consolidados na jurisprudência tornam fácil a denegação dos HCs e RHCs, dispensando maior fundamentação dos julgados nesse sentido, o que vai ao encontro da análise feita, anteriormente, sobre o número de folhas dos acórdãos, evidentemente menor nos acórdãos denegatórios.

Além disso, justificativas gerais, como “existência de crime em tese”, aparecem com frequência nos acórdãos denegatórios.

Para os acórdãos concessivos, foram analisados os argumentos mais comumente dados para o trancamento: reconhecimento da falta de justa causa; reconhecimento da inépcia da denúncia; declaração da extinção da punibilidade (por prescrição, decadência, parcelamento do débito tributário etc.); verificação da ausência de prova da materialidade do crime ou de indícios da autoria; reconhecimento da atipicidade da conduta; verificação de que os fatos investigados ou narrados na denúncia não configuram o crime, por não-preenchimento das elementares do tipo penal, como o elemento subjetivo do tipo; reconhecimento de imunidade profissional do advogado ou do parlamentar; e aplicação do princípio da insignificância.

Tabela 51

**Distribuição das justificativas para acórdãos concessivos
– trancamento de ação penal**

	Sim	Não	TOTAL
Denúncia Inepta	135 (22,69%)	460 (77,31%)	595 (100,00%)
Falta de Justa Causa	192 (32,27%)	403 (67,73%)	595 (100,00%)
Extinção Punibilidade	53 (8,91%)	542 (91,09%)	595 (100,00%)
Ausência Prova Materialidade	16 (2,69%)	579 (97,31%)	595 (100,00%)
Ausência Indícios Autoria	46 (7,73%)	549 (92,27%)	595 (100,00%)
Conduta Atípica	151 (25,38%)	444 (74,62%)	595 (100,00%)
Não configurado o delito	131 (22,02%)	464 (77,98%)	595 (100,00%)

Tabela 51

**Distribuição das justificativas para acórdãos concessivos
– trancamento de ação penal (cont.)**

	Sim	Não	TOTAL
Ausência Elemento subjetivo	71	524	595
	(11,93%)	(88,07%)	(100,00%)
Princípio da Insignificância	20	575	595
	(3,36%)	(96,64%)	(100,00%)
Imunidade	41	554	595
	(6,89%)	(93,11%)	(100,00%)

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

Tabela 52

**Distribuição das justificativas para acórdãos concessivos
– trancamento de inquérito policial**

	Sim	Não	TOTAL
Denúncia Inepta	0	64	64
	(0,00%)	(100,00%)	(100,00%)
Falta de Justa Causa	30	34	64
	(46,88%)	(53,12%)	(100,00%)
Extinção Punibilidade	5	59	64
	(7,81%)	(92,19%)	(100,00%)
Ausência Prova Materialidade	1	63	64
	(1,56%)	(98,44%)	(100,00%)
Ausência Indícios Autoria	2	62	64
	(3,13%)	(96,87%)	(100,00%)
Conduta Atípica	27	37	64
	(42,19%)	(57,81%)	(100,00%)
Não configurado o delito	19	45	64
	(29,69%)	(70,31%)	(100,00%)
Ausência Elemento subjetivo	8	56	64
	(12,50%)	(87,50%)	(100,00%)
Princípio da Insignificância	1	63	64
	(1,56%)	(98,44%)	(100,00%)
Imunidade	4	60	64
	(6,25%)	(93,75%)	(100,00%)

Fonte: Superior Tribunal de Justiça

O argumento da “falta de justa causa”, como argumento mais genérico, é o que aparece com mais frequência nos acórdãos

estudados, tanto nos referentes a trancamento de ação penal, como de inquérito policial. No trancamento de ação penal, a "falta de justa causa" aparece em quase 33% dos casos, enquanto, no trancamento de inquérito policial, o argumento ocorre em quase 47% dos casos.

Outro aspecto relevante da análise das justificativas dadas à decisão pelo trancamento está no reconhecimento da inépcia da denúncia, nos casos de trancamento de ação penal, presente em quase 23% dos acórdãos. Esse reconhecimento não indica um Judiciário necessariamente complacente com determinados crimes, mas revelador da deficiência do Ministério Público, como foi evidenciado, também, na pesquisa da Professora Ela Wiecko (CASTILHO, 2001, p. 272).

Entretanto, vê-se que o aspecto mais largamente reconhecido, nos acórdãos concessivos, é o relativo à tipicidade, *lato sensu*. A questão de a conduta não configurar crime algum ou de não configurar o crime pelo qual o paciente está sendo investigado ou pelo qual foi denunciado é a mais verificada nas decisões pelo trancamento.

No caso de trancamento de inquérito policial, 42% dos acórdãos reconheceram a atipicidade da conduta e quase 30% verificaram que o crime pelo qual o paciente estava sendo investigado não estava configurado. Em 12,5% dos casos, reconheceu-se, mais, que essa não-configuração se relacionava à ausência de elemento subjetivo, previsto no tipo penal.

No trancamento de ação penal, 25% dos acórdãos reconheceram a atipicidade da conduta, 22% verificaram que o crime pelo qual o paciente estava sendo processado não estava configurado e, em 12,% dos casos, verificou-se a ausência de elemento subjetivo.

Fica difícil admitir que, para exame da tipicidade, tão vasto nos acórdãos concessivos, não se tenha feito apreciação da prova, apesar da vedação tão invocada nos acórdãos denegatórios. Verificar que a conduta não constitui crime, ou que não configura o crime objeto do inquérito ou da denúncia, envolve, sem sombra de dúvida, algum exame da prova.

Pela leitura dos acórdãos selecionados, a suspeita de que a

vedação ao exame de provas foi superada, para a conclusão por uma decisão concessiva, confirmou-se, em vários casos, como se verá no tópico seguinte.

4.3 Decisões excludentes do sistema penal: a seleção operada pelo STJ

Como se tem dito, ao longo do presente trabalho, o STJ desempenha um papel, no julgamento de HCs e RHCs, de interferente externo no processo de criminalização secundária, realizado nas instâncias judiciárias inferiores.

Enquanto se realiza, no processo de criminalização secundária, uma triagem de casos, instância a instância, em que se vai conferindo a etiqueta de criminoso aos indivíduos, a partir de juízos *positivos* de atribuição desse *status*, no STJ, a seletividade é excludente.

No processo de criminalização secundária, o indivíduo é investigado pela Polícia e passa à próxima instância em razão de um juízo positivo: “sim, ele é o suspeito” e, depois, “sim, ele é o possível autor do crime”. Na instância seguinte, operada pelo Ministério Público, o indivíduo, para passar à última fase do processo de criminalização, recebe novo juízo positivo: “sim, ele é o autor do crime”. E, na fase judicial, o *status* de criminoso lhe é finalmente atribuído: “sim, ele é, de fato, o autor do crime (é, por isso, um criminoso, um delinquente, um “mal” para a sociedade e deve, portanto, ser segregado, apartado e tratado para voltar ao convívio dela – recorde-se que é o paradigma etiológico, adotado pela Criminologia Positivista, que ainda prepondera no sistema penal brasileiro).

Ao decidir pelo trancamento de inquéritos policiais e ações penais, o STJ seleciona os indivíduos e as condutas que serão *excluídos* do sistema penal, retirados do processo de criminalização secundária, parando o fenômeno da criminalização em relação àquele sujeito ou àquele fato apurado. Em cada uma das instâncias – na policial, na ministerial ou na judicial –, o STJ analisa a presença daquele indivíduo ou daquela conduta inves-

tigada naquele processo, verificando se ele deve mesmo estar passando por esses juízos positivos de etiquetamento, até ser, ao final, condenado.

Nas decisões concessivas de *habeas corpus* (ou nos provimentos de RHC), para o trancamento de inquérito policial ou de ação penal, o STJ realiza *juízos negativos*: “não, essa conduta não é crime”; “não, esse indivíduo não é suspeito”; “não, não há suporte para que esse indivíduo permaneça respondendo à ação penal”; “não, a punibilidade do crime está extinta”.

O mesmo impacto, de fato, não é sentido quando a ordem de *habeas corpus* é denegada ou o recurso ordinário é desprovido, porque, nesse caso, o processo criminalizador prossegue, normalmente, podendo culminar com a atribuição final do *status* de criminoso e com a entrada do sujeito no sistema prisional. Nessa hipótese, o único questionamento, sugestão para estudos futuros, seria sobre a influência da denegação do HC pelo STJ, sobre o juízo das instâncias inferiores, podendo representar mais uma característica reforçadora das razões judiciais para o etiquetamento.

No STJ, desde sua criação, em 07/04/1989, até 07/04/2004, período abrangido por esta pesquisa, o levantamento jurisprudencial feito relacionou cerca de 3.249 HCs e RHCs julgados, com o tema “trancamento” de inquérito policial e de ação penal e, dentre eles, cerca de 20%, ou seja, 661 casos, obtiveram decisões concessivas e, portanto, excludentes do indivíduo do sistema penal.

A interferência seletiva do STJ tem como primeiro fator o acesso ao Tribunal. A primeira seleção no caminho para ser “etiquetado negativamente”, e, pois, ser excluído do sistema penal, está na impetração, propriamente dita, do remédio constitucional.

É evidente que nem todos os casos penais do Brasil chegam ao STJ, seja por fatores de conveniência, seja de operacionalidade. A impetração de *habeas corpus* para o STJ pode ou não acontecer, dependendo da apreciação do próprio impetrante: quanto à adequação do momento em que ela será proposta, às possibilidades de interferências subjetivas no resultado do processo de criminalização secundária (o reforço que uma decisão denegatória pode trazer aos estigmas inconscientemente adota-

dos pelos operadores do controle penal, por exemplo) e à disposição para ajuizá-lo e acompanhá-lo em Brasília-DF, onde é situado o STJ.

Mas, além disso, a impetração de *habeas corpus* para o STJ, para trancamento de ação penal ou de inquérito policial, é também determinada economicamente. Como a coação se inicia com uma primeira impetração perante o Juiz de primeira instância ou perante o Tribunal respectivo, há de haver pelo menos mais uma providência – outra impetração ou recurso – para que o caso chegue ao STJ. Em muitos casos, o *habeas corpus* é preventivo: o constrangimento ilegal existe pelo mero indiciamento, pela mera investigação ou por estar o paciente respondendo à ação penal, mas não há, ainda, real cerceamento à liberdade de locomoção com a prisão. Por isso, não é prática corriqueira, nas Defensorias Públicas de todo o país – dado o excesso de trabalho, para tão poucos trabalhadores –, “lutar” pelo trancamento de uma ação penal ou de um inquérito policial até o STJ.

A seletividade, então, no STJ, já se inicia seguindo o padrão da seletividade do sistema penal globalmente considerado: a classe mais pobre terá mais chance de ser criminalizada e, no STJ, menos chance de ser excluída do processo de criminalização. Assim, há, para o tema trancamento, um número bem maior de *habeas corpus* impetrados por advogados constituídos do que por defensores públicos e pelos próprios pacientes.

O fator econômico influencia, também, a condução do HC ou RHC, uma vez ajuizado no STJ. Por exemplo, a atuação do advogado, no acompanhamento do caso, que representa custos financeiros para o impetrante, é marcante para o êxito da impetração. Como se demonstrou por meio da análise dos dados colhidos na leitura dos acórdãos, a sustentação oral do advogado esteve presente em quase 23% dos julgados concessivos, o que mostra a contribuição que a defesa oral da tese jurídica tem para os debates e para o resultado do julgamento, inclusive pela menção expressa à sustentação, nos votos, proferidos.

Reforçando essa conclusão, vê-se mais frequentemente, nos HCs e RHCs dirigidos ao STJ para trancamento do processo de criminalização secundária, a presença maior de crimes que, regularmente, não são atribuídos às classes mais pobres. Segundo

o Censo Penitenciário de 1995, em que 95% dos presos pertenciam à classe econômica baixa, os crimes praticados resumiam-se, basicamente, a oito tipos: *homicídio, lesão corporal, furto, roubo, estelionato, extorsão mediante seqüestro, uso e tráfico de entorpecentes e crimes contra os costumes* (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1995), o que revela não serem essas as condutas mais praticadas, mas as que a sociedade e o sistema penal, em particular, consideram necessário punir.

Como se mostrou, na análise dos dados, os crimes de maior ocorrência nas impetrações e recursos para trancamento foram crimes que não aparecem nas estatísticas do Censo Penitenciário (crimes contra a honra, contra a ordem tributária, estelionato e outras fraudes, crimes contra a fé pública, crimes contra a administração pública e a administração da justiça, homicídio culposo, contravenções penais, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional etc.).

Nos acórdãos concessivos, as decisões pelo trancamento ocorrem, mais frequentemente, nos crimes econômicos, seguidos pelos crimes contra a administração pública, pelos crimes contra a honra e pelos crimes contra o patrimônio, nesses preponderando o crime de estelionato. Fica patente a contribuição que o STJ dá para a seletividade do sistema penal menos orientada à classe dominante e que ressaí nas estatísticas criminais, formando o senso comum da população sobre criminalidade.

Uma vez levados ao STJ, os pacientes e casos que tiveram acesso ao remédio constitucional, nessa instância, sofrem, em seguida, a seleção do mérito da impetração.

A atuação do STJ não destoia da atuação judicial na criminalização secundária, como explicado no capítulo 2. Há uma escolha prévia, tomada com base no “código ideológico” dos ministros, que será fundamentada com o “código tecnológico”, integrado pela lei e dogmática jurídica.

O “código ideológico”, que é latente e invisível, é de difícil identificação e muito particular de cada ministro e de cada caso, individualmente considerado. Entretanto, a leitura dos acórdãos permitiu a identificação de algumas manifestações desses *second codes*, que acabaram revelados nos votos proferidos.

Por exemplo, há considerações sobre o crime que são opiniões totalmente subjetivas, particulares e individualizadas dos julgadores. No HC nº 14.337/GO, Relator Ministro Fernando Gonçalves e Relator para acórdão Fontes de Alencar, o Ministro Vicente Leal proferiu voto em que disse, sobre os crimes contra a propriedade imaterial: “[...] peço vênia a V.Exa. para conceder a ordem, pois me repugna essas chamadas leis penais do capitalismo que criam tipos penais para proteger o capital, o poder. Sou apologista do Direito Penal mínimo” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 14.337/GO. Voto do Ministro Vicente Leal. 5 de agosto de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

No HC nº 14.102/DF, o Relator para acórdão, Ministro Fontes de Alencar, afirmou, sobre a Lei nº 8.137/90: “Trata-se de uma lei do deus mercado, próprio deste mundo que estamos a viver.[...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 14.102/DF. Voto do Ministro Fontes de Alencar. 24 de junho de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

No RHC nº 11.865/DF, o Relator, Ministro Felix Fischer, para denegar a ordem para trancamento de ação penal quanto a crimes contra a ordem tributária, sustentou, combativo:

Data venia, em todos os países de certo grau de desenvolvimento, crimes tributários e assemelhados são considerados como fatos de acentuado **desvalor social**. [...] A pretendida extinção da punibilidade, **in casu**, desmerece ser acolhida. **Primeiro**, cria uma situação de desigualdade (atingindo o princípio da isonomia, art. 5º, **caput**, da Carta Magna) em delitos, de regra, praticados tão somente por integrantes de classes privilegiadas (da classe média para cima), já que para os crimes praticados, também, por aqueles que integram a grande massa (furtos, roubos, etc.), tal solução (extinção da punibilidade por “descompromissada declaração unilateral”), nem nos mais delirantes devaneios, é admitida. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 11.865/DF. Relator Ministro Felix Fischer. 13 de maio de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Sobre o crime, objeto da impetração, há, ainda, considerações, por exemplo, sobre “lança-perfume”, em que se pleiteava trancamento de ação penal por porte de entorpecentes:

[...] o produto em tela, utilizado **exclusivamente no período carnavalesco**, não pode ser classificado de droga susceptível de provocar, com seu tráfico ou uso, as sanções da Lei nº 6.368/76 [...]. Todavia, a situação sob enfoque impressionou-me pela circunstância de ter sidô encontrado em poder do paciente, um único tubo de lança perfume **na porta de um baile de carnaval**. [...](BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 10.971/MS. Relator Ministro Vicente Leal. 17 de abril de 2000. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> Os grifos não são do original).

Por fim, interessante verificar o debate produzido no julgamento do HC nº 7.809/SP, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca e Relator para acórdão Ministro Edson Vidigal, DJ 29/03/1999, em que se discutiu o conceito de obsceno em um caso de nudez, em campanha publicitária (exposição de nádegas nuas em *outdoors*).

Nesse acórdão, o Ministro José Arnaldo da Fonseca disse, em seu voto:

[...] Quando assistimos pela televisão a uma cena que entendemos obscena podemos, simplesmente, com o toque de um botão, desligá-la ou conectá-la em outro canal. Da mesma forma, somos capazes de ignorar um jornal, revista, ou até mesmo certa página na **internet** por meio do julgamento próprio, usando, portanto, o que chamamos de livre arbítrio. Já com o **out door** isso não ocorre, pois não devemos fechar os olhos enquanto dirigimos ou caminhamos em alguma rua da cidade, sob o risco de causarmos algum acidente. [...] diante da exposição pública é que me levei a não estancar o andamento do inquérito policial; essas fotografias são comuns em revistas, no cinema, na televisão, em novelas, mas há o livre arbítrio – vê quem quer. Não é questão de moralismo; isso não vem ao caso (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº

7.809/SP. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. 29 de março de 1999. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

E o Ministro Edson Vidigal, que inaugurou a divergência, afirmou:

[...] Essa reprodução da geografia do continente dorsal do corpo humano, conforme vejo nas revistas juntadas aqui no processo, não merece, a meu ver, reprovação: é digna de premiação, porque é uma obra de arte. Explora o visual humano com o maior respeito. Não unicamente como nádegas ou como dorso. Aliás, num primeiro olhar, não se tem de pronto a impressão negativa que tanto teria chocado o Ministério Público em Bauru, SP. Ora, onde está, **data venia**, o obsceno? É uma foto trabalhada sob um jogo inteligente de luz e sombras, apenas sugerindo a nudez de uma pessoa, sem revelações chocantes. Recordo agora, examinando os autos, que já havia visto esta peça publicitária em algum lugar do País. Na ocasião, até elogiei o gênio do artista que a produziu.[...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 7.809/SP. Voto do Ministro Edson Vidigal. 29 de março de 1999. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Além de considerações sobre o crime, identificaram-se considerações sobre o paciente. Por exemplo, sobre pacientes denunciados por crime contra a honra, sócios de um clube, disse o Ministro Edson Vidigal, Relator do HC nº 16.216/SP, DJ 24/06/2002:

Esse clube de Pinheiros é composto por associados que, na pirâmide social, se classificariam como conservadores. Não se trata de um clube popular no sentido proletário do termo, mas de um clube formado por pessoas um tanto reservadas no sentido de que são mais um tanto menos abertas aos gostos e costumes das agremiações mais envolvidas com o povo em geral. Como essa notícia de que um Diretor e Conselheiro estava com a reputação alcançada em sentença judicial, inclusive classificado pelo

Juiz como estelionatário, os associados do clube, ora pacientes, entenderam que esse diretor, de alguma forma, não teria mais condições de continuar na Diretoria, nem no Conselho. Daí terem pedido, numa representação, as providências que pediram. Nada mais além disso. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 16.216/SP. Relator Ministro Edson Vidigal. 24 de junho de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Outras considerações sobre o paciente, foram feitas no seguinte sentido: “[...] o paciente, médico, de excelente conceito profissional [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 16.256/PE. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 17 de setembro de 2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>); “Um cidadão muito conhecido na comunidade [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 9.615/RS. Relator Ministro Edson Vidigal. 25 de setembro de 2000. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Interessante notar, ainda, algumas considerações sobre o caso, em si, e sobre a vítima. A consignação de que o caso constituía “rumoroso processo [...]”, para votar pela denegação (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 17.076/SP. Relator Ministro Fernando Gonçalves. 24 de junho de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>), ou caso grave, para votar pela concessão apenas parcial da ordem: “[...] conceder totalmente essa ordem afrontaria o nosso sistema jurídico penal diante de tantos crimes aqui descritos, de tantas vantagens fraudulentas arquitetadas pela quadrilha e obtidas pelo paciente” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 12.825/GO. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. 5 de março de 2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>). E, ainda, uma descrição sobre a vítima, supostamente assassinada pelos pacientes: “[...] 63 (sessenta e três) anos, aposentado, que fazia o gênero bêbado abusado, incomodando fregueses e já tinha quebrado alguns potes de bombons, zangado porque lhe recusavam mais bebida [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 3.738/SP. Relator Ministro Edson Vidigal. 5 de setembro de 1994. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Além dos exemplos de manifestações dos *second codes* dos

- ministros do STJ, acima indicados, há mais um mecanismo de seleção que se evidencia de plano, na leitura geral dos casos sobre trancamento por *habeas corpus*: a consciência dos julgadores quanto ao impacto que as decisões que trancam ações penais e inquéritos policiais têm sobre o processo de criminalização do indivíduo, representando, na verdade, um julgamento sumário e antecipado de uma possível ação:

[...] É que, em não afastadas, de plano, a tipicidade e a materialidade delitivas, deve a questão, por indubitado, ser decidida em momento próprio, qual seja, o da sentença penal, e à luz de todos os elementos de convicção a serem colhidos no desenrolar de toda a instrução criminal, **sendo, pois, de todo incabível o abortamento precipitado do feito, à moda de absolvição sumária do acusado.** [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 12554/BA. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. 19 de dezembro de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>> os grifos não são do original).

É possível que o uso das “justificativas-padrão” antes mencionadas (vedação ao exame aprofundado de provas e “ressalva-típica”) seja um mecanismo para evitar o efeito drástico que têm as decisões sobre trancamento – quer de ações penais, quer de inquéritos policiais – no processo de criminalização secundária. As decisões concessivas de *habeas corpus*, para o trancamento do processo de criminalização secundária, têm impacto inquestionável, tanto que o uso do *habeas corpus*, nesse caso, já foi chamado de “remédio abortivo da ação penal”, na crítica feita por Marco Aurélio Dutra Aydos (2000, p.26-31).

Nesse sentido, é de ressaltar que a exclusão de indivíduos do sistema penal, como já dito, leva ao fenômeno da *impunidade*²⁶, que, a par de sua normalidade, em um sistema penal altamente seletivo, e da inexistência de qualquer conotação pe-

²⁶ A impunidade, entretanto, que, no paradigma etiológico, é vista como uma disfunção do sistema, no paradigma da reação social, não é uma disfunção, mas integra a lógica de funcionamento do sistema que é seletivo.

jorativa a ele atribuída, neste trabalho, não é compatível com uma sociedade altamente criminalizadora, como a atual e que, por isso, certamente cobrará de seus juízes as razões para o "abortamento" das tentativas de punir indivíduos.

Essa cobrança dos juízes leva a que, por outro lado, sejam proferidos longos acórdãos, cheios de recursos retóricos no código tecnológico, que demonstrem a justiça da decisão determinante do trancamento. Mas leva, também, a registros de uma insegurança do julgador, na decisão pelo trancamento, evidenciada em várias ressalvas, expressamente colocadas em muitos acórdãos concessivos, que determinam o trancamento de ação penal: "...facultado o oferecimento de nova denúncia..." (RHC nº 9096/BA – Rel. Fernando Gonçalves – DJ 17/04/2000); "... nada impede que outra denúncia seja oferecida..."; "...sem prejuízo de que outra possa ser oferecida..." (RHC nº 3.738 – Rel. Edson Vidigal – DJ 05/09/1994) e que determinam o trancamento de inquérito policial: "...sem prejuízo do prosseguimento das investigações...".

Já se falou, no presente trabalho, sobre os efeitos das decisões que determinam o trancamento de ações penais e inquéritos policiais (item 3.2): na hipótese de reconhecimento da ausência de provas para a investigação ou de inépcia da denúncia, o encerramento do inquérito ou do processo ocorre *sem solução de mérito* e a decisão tem efeito de *coisa julgada formal*, não obstando o reinício do inquérito ou da ação penal; na hipótese de decisão que envolva questões de mérito, o trancamento do inquérito ou da ação penal tem efeito de *coisa julgada material*, impedindo a reinstauração da investigação ou do processo. Bem colocados esses efeitos da decisão pelo trancamento, não há a menor razão para esse tipo de ressalva, só a escusa do juiz mesmo, que, na sua insegurança, "dá, mas não dá". Determina o trancamento, mas coloca a ressalva de que não está "abortando" a criminalização secundária definitivamente.

O tema é de tão difícil tratamento pelos julgadores que até mesmo a escolha da terminologia utilizada, nos acórdãos, é peculiar. Em alguns acórdãos, encontrou-se a expressa ressalva de que a decisão concessiva não era para *trancamento*, mas

para *anulação* da denúncia, ou, apenas, para *exclusão do indiciamento do paciente*, no inquérito policial.

Ademais, vê-se a presença de várias ressalvas argumentativas, acompanhando a justificativa do julgador, que opta pela concessão da ordem, de que são exemplos trecho de voto da Ministra Laurita Vaz e de voto do Ministro Vicente Leal:

[...] De início, vale frisar, a teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Com efeito, impedir o Estado, de antemão, de exercer a função jurisdicional, coibindo-o de sequer realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos, constituiu uma hipótese de extrema excepcionalidade, mormente porque a estreiteza da via do habeas corpus não permite profundas incursões na seara probatória, razão pela qual se exige uma razoável certeza das condições acima excepcionadas para o trancamento da ação penal, com demonstrações inequívocas das alegações erigidas. Todavia, não se pode admitir que a máquina judiciária seja acionada, envolvendo um cidadão na chamada persecução criminal, acompanhada de todos os inconvenientes dela decorrentes, e sobejamente conhecidos, sem a ocorrência dos elementos indiciários mínimos para a deflagração da ação penal. É o que se conhece por justa causa. Em casos como o presente, dois valores são postos em confronto: de um lado, o dever-poder do Estado de investigar, processar e julgar aqueles agentes eventualmente envolvidos no cometimento de crimes; de outro, proteger os cidadãos contra o infortúnio e o constrangimento provenientes de eventual persecução criminal instaurada sem fundamento.[...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 21.228/PI. Relatora Ministra Laurita Vaz. 24 de março de 2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

A justiça penal deve ser rigorosa no controle da ordem e da paz social, buscando inibir a criminalidade e afastar a impunidade. Todavia, não pode o Juiz deixar de conferir valor e grandeza aos princípios constitucionais que orientam o processo e conferem garantias ao cidadão submetido a uma ação penal (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 21.974/SP. Relator Ministro Vicente Leal. 3 de fevereiro de 2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Quanto às “justificativas-padrão”, largamente utilizadas para a denegação da ordem, como a vedação ao exame de provas, em *habeas corpus*, sabe-se que o STJ não se furta, em muitos outros casos, a ultrapassar esse óbice que ele mesmo se impõe e analisar matéria de prova, concluindo pelo fim do processo de criminalização secundária.

Assim, “[...] enquanto existem decisões a afirmar, taxativamente, que, descrito crime em tese pela inicial acusatória, não é vislumbrável o trancamento da ação penal, outras, distintamente, rechaçam dita posição e outras ainda, vão bem longe, não só apreciando o conjunto probatório como, de outra parte, procurando ater-se às controvérsias para deslindar a questão” (PACHECO, 2002, p.35).

Em um dos melhores julgados produzidos pelo Supremo Tribunal Federal no tema, o Ministro Victor Nunes Leal, em denso estudo da questão do reconhecimento do abuso de poder e, especificamente, do abuso do poder de denunciar, apreciando um pedido, justamente, de trancamento de ação penal, reconheceu a impossibilidade de se manter, cegamente, essa vedação. Nesse sentido, afirmou que “[...] não é possível verificar se houve abuso de poder senão examinando a prova, em certa medida, que não é suscetível de ser estabelecida em termos absolutamente exatos, dependendo, em cada caso, da prudência e tirocínio dos julgadores” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 42.697/GB – Relator Ministro Victor Nunes Leal – RTJ 35/517-536).

[...] Mas como verificar se houve ou não abuso de poder, sem levar em conta, em certa medida, as pro-

vas em que se baseia a acusação ou a condenação? Ficaria letra morta a cláusula constitucional, que dá *habeas corpus* em caso de abuso de poder, se o Supremo Tribunal se impusesse uma vedação absoluta nessa matéria. E o nosso dever é fazer cumprir a Constituição (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 42.697/GB – Relator Ministro Victor Nunes Leal – RTJ 35/533).

Há, assim, em vários acórdãos concessivos, verdadeiro exame de provas. A verificação do constrangimento ilegal apontado e seu reconhecimento, ocorrente em 20% dos HCs e RHCs que pediram trancamento da criminalização secundária ao STJ, não poderiam ocorrer sem tal exame.

A própria concepção particular do julgador, quanto a estar fazendo “exame de provas”, é variável e influencia a ultrapassagem a esse óbice do “código tecnológico”. Em um mesmo caso, a mesma incursão nos fatos do processo parece a um julgador apenas uma verificação de fatos e a outro, uma análise detalhada de material cognitivo.

Por exemplo, no HC nº 22.287/MG, concessivo para trancamento de inquérito policial, o Ministro Paulo Gallotti entendia que:

[...] Na verdade, se de um lado não se mostra razoável, em *habeas corpus*, a incursão detalhada no material probatório, de outro, é inegável, a peça de acusação tem que encontrar apoio nos elementos de convicção existentes nos autos, não sendo válido formular hipóteses apartadas deles, únicos fundamentos a justificar a instauração da persecução penal, conhecidas que são as agruras dela decorrentes. Assim, sem a necessidade de maiores indagações, não encontro no inquérito policial base fática suficiente para autorizar o prosseguimento do feito contra os pacientes (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 22.287/MG. Relator Ministro Paulo Gallotti. 3 de fevereiro de 2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Enquanto o voto vencido, proferido pelo Ministro Fontes de Alencar, dizia:

Senhor Presidente, obviamente, há de se ter cuidado para que pessoas inocentes não respondam a um processo penal, o qual, é sabido de todos, tem conseqüências na vida das pessoas que nem sequer são cogitadas pela Lei Penal, mas que, na realidade da vida, existem. No caso, em tese, descrevem-se fatos delituosos. Não me parece razoável avançar no exame dos dados de fato, eventualmente presentes no inquérito, para se concluir pela inexistência, em tese, de fato delituoso ou pela inocorrência de culpabilidade.[...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 22.287/MG. Voto do Ministro Fontes de Alencar. 3 de fevereiro de 2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>)

No HC nº 12.881/RS, de 55 páginas e ampla retórica literária por parte do Relator para acórdão, Ministro Edson Vidigal, há uma extensa análise de como foram provados os fatos. O Relator para acórdão transcreve o depoimento do paciente, prefeito de Triunfo-RS, analisa seu comportamento ao depor, analisa o depoimento das testemunhas, analisa os antecedentes criminais do paciente, para afirmar que o paciente é vítima de “clamorosa injustiça” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 12.881/RS. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Relator para acórdão Ministro Edson Vidigal. 29 de outubro de 2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Nesse acórdão, o Ministro José Arnaldo da Fonseca faz uma observação interessante diante do voto do Ministro Edson Vidigal: “[...] mantenho o meu voto. Em **habeas corpus** não desço a esse exame de prova, exame de depoimento. Abre-se um precedente muito grande e dentro de pouco tempo poderá tornar-se uma revisão criminal [...]” E o Ministro Felix Fischer observa, em resposta, que: “Acho que não houve cotejo, o que houve foi retórica própria de poeta que, em princípio, poderia parecer inadequada para a concessão do **habeas corpus** [...]”

O obstáculo ao exame de provas em *habeas corpus* é mui-

tas vezes contornado, justamente, pela interpretação do que é esse exame e do que é possível fazer, na sede do *writ*. Por exemplo, no HC nº 3.335/DF, o Relator, Ministro Cid Flaquer Scartezzini, apreciou vários elementos de prova, para chegar a “conclusões quanto a matérias de fato”, mas afirmou não estar examinando prova, mas procedendo à sua “valoração.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 3.335/DF. Relator Ministro Cid Flaquer Scartezzini. 7 de agosto de 1995. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Em alguns acórdãos, houve, também, a declaração textual de que seria possível análise de provas em *habeas corpus*, ressaltando-se, apenas, “desde que não haja controvérsia” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 9.607/PA. Relator Ministro Edson Vidigal. 25 de setembro de 2000. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>), ou, então, que a prova seja “[...] convergente e indiscutível, nos limites da descrição do fato, com a sua conotação jurídica. Essa análise não implica em revolvimento, cotejo, ou exame aprofundado de prova, o que tornaria inviável o *writ*” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 21.002/SP. Relator Ministro Felix Fischer. 26 de maio de 2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Esse posicionamento do Ministro Felix Fischer, vale dizer, com as ressalvas que coloca, é dado, no acórdão, após a citação de doutrina de Luiz Viel, no seguinte sentido: “Se não pudesse superar esse limite de mero confronto e averiguação de prova, sem profundidade ou valoração funda, o *habeas corpus* perderia muito da sua importância e dignidade.” Na prática, o julgamento que invoca a doutrina supera o limite, mas nem tanto.

Em muitos acórdãos, vê-se, ainda, textualmente, que a análise de provas está sendo feita, sim, apesar da convicção de que o dogma da vedação ao exame aprofundado de provas não está sendo violado. Por exemplo, no HC nº 17.461/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves:

HABEAS CORPUS. PROVA. EXAME. POSSIBILIDADE. CONVERGÊNCIA DO CONTEXTO. CONCLUSÃO ÚNICA. 1. Não se erige o *habeas corpus* em proce-

dimento adequado para avaliar e comparar provas para se capacitar haver chegado o julgador a um resultado justo ou não. Como ensina a doutrina, no entanto, o debate aprofundado sobre a prova não significa que esta /“só se examina pela rama, por cima, superficialmente, a vôo de pássaro”. Sendo ela convergente, não deixando alternativa à convicção do magistrado, adequado o remédio heróico. 2 - Nesta linha, indicando as provas coligidas, sem discrepância, a começar pelo laudo do Instituto Médico Legal, excludente da falta de observância de regras técnicas ou omissão de cautelas em tratamento médico, passando pelo depoimento do médico residente que, no ponto, afirma não haver realizado nenhum procedimento (cistoscopia) na presença do acusado, preceptor responsável pelos residentes da clínica de urologia, que fez apenas acompanhamento indireto do doente, falecido, segundo o MP, em virtude de violação de regra técnica de profissão, oportuno e pertinente, pela via do habeas corpus, o trancamento de ação penal, por eventual infração à letra do art. 121, §§ 3º e 4º, c/c os arts. 13, II, b e 29, todos do Código Penal. 3 - É que tão certo e evidente a prova, excludente da prática pelo paciente (médico preceptor) de qualquer ato (ação ou omissão) de negligência, imprudência ou imperícia, que não é possível outra conclusão, senão a de sua completa inocência, revelando-se a ação penal como vero constrangimento. 4 - Ordem concedida (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 17.461/MG. Ministro Fernando Gonçalves. 04 de fevereiro de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

E, ainda, no RHC nº 11.794/CE, Relator Ministro Edson Vidigal, que, afirmando que “[...] Como se sabe, a análise de elementos de prova em Habeas Corpus só é possível quando efetivamente convergentes e incontroversos, e essa é a situação destes autos [...]”, verifica os fatos relativos ao furto de energia elétrica, o medidor, a posição da fiação irregular, o consumo de energia, para declarar a inocência do acusado (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 11.794/CE.

Ministro Edson Vidigal. 04 de fevereiro de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Em outros casos, há vasta análise documental para a decisão pelo trancamento. No HC nº 15.988/PE, o Relator, Ministro José Arnaldo da Fonseca, para excluir uma das pacientes da ação penal, examinou não só alteração do contrato social da empresa, como o depoimento da outra paciente (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 15.988/PE. Ministro José Arnaldo da Fonseca. 29 de outubro de 2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>). Idêntica análise de documentos é feita, também, no RHC nº 5.176/RJ; pelo Ministro Relator José Dantas:

[...] Essa digressão vem ao caso dos autos, apenas como rol de especificação das dificuldades que o tipo extravagante opõe à identificação do agente por atribuição – os gerentes, diretores ou administradores de empresa (§ 3º do art. 95 da Lei 8.212/86).

Por isso que, no caso, não seria mesmo de exigir-se da escusa penal do paciente mais do que a “juntada de documentos”, dos quais se possa extrair a identidade do agente da apropriação irrogada, segundo o conteúdo positivo ou negativo dos poderes de administração exercido na empresa, para enfoque da responsabilidade pessoal pela acusada retenção de valores.

E não se diga, d.m.v., que no campo de **habeas corpus** seja vedado o exame de prova documental desse ou daquele fato escusante da punibilidade do paciente, pois cediço se sabe que é tal prática, sintonizada como via de trancamento da ação penal visivelmente desautorizada e da cessação do constrangimento por falta de justa causa.

Portanto, desço ao exame dos documentos recriminados na instância **a quo**. Deles destaco, pela veemência de seu valor probante, o Estatuto Social da RFFSA [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 5.176/RJ. Ministro José Dantas. 27 de maio de 1996. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Esse exame documental para verificação da função do paciente na empresa também foi feito no HC nº 4.805/MA (BRA-

SIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 4.805/MA. Relator Ministro Cid Flaquer Scartezzi. 18 de novembro de 1996. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Por fim, no RHC nº 7.995/RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, a prova documental (laudo pericial do Departamento de Criminalística, laudo técnico da Delegacia Regional do Trabalho, laudo da Secretaria de Justiça e Segurança, considerações dos peritos) foi “objetivamente” examinada para afastar nexos causal em acusação por homicídio e lesões corporais culposas:

[...] Resultando da análise objetiva da prova documental que ao paciente, na condição de engenheiro, cabia apenas, por força de contrato, como projetista e autor do cálculo a elaboração do projeto, ficando a execução afeta a outros profissionais, não se insere na esfera de sua previsibilidade a colocação de carga equivalente a 1600 Kgf/m² em estrutura dimensionada para 300 Kgf/m².

Fora da previsibilidade não há culpa. O laudo pericial, ainda que incidentemente, não aponta falha ou erro no projeto estrutural. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 7.995/RS. Ministro Fernando Gonçalves. 17 de fevereiro de 1999. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

O caso mais peculiar encontrado na pesquisa, referente a análise documental, está no HC nº 19.302/MG, Relator Ministro Gilson Dipp. O paciente estava condenado, em regime integralmente fechado, pelo crime de estupro com lesões corporais seguidas de morte e obteve, durante a tramitação de recurso especial, resultado de um exame de DNA que afastava sua autoria. A Turma apreciou o laudo, juntado na impetração, não para anular o processo, não para determinar que o exame fosse apreciado pelo Tribunal coator, mas para trancar a ação penal: “[...] a prova técnica colhida após a sentença condenatória afasta a autoria do delito imputado ao paciente, corroborando a tese negativa de autoria sustentada pela impetração.[...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 19.302/MG. Relator Ministro Gilson Dipp. 29 de abril de 2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

O exame de provas ocorreu, ainda, de forma não velada, no STJ. No RHC nº 6.150/PE, o paciente, médico, alegava que, no dia do acontecimento, se encontrava em outra cidade fazendo um curso. A Turma, assim, decidiu converter o julgamento em diligência., “[...] para que fossem apresentadas cópias mais legíveis, com referência às passagens, e que o hospital enviasse o prontuário do dia do fato. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 6.150/PE. Ministro Cid Fláquer Scartezzini. 8 de setembro de 1997. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>). E, no RHC nº 3.111/RJ, o Relator, Ministro Assis Toledo, requisitou os autos da ação penal para “melhor exame da matéria” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 3.111/RJ. Ministro Assis Toledo. 28 de fevereiro de 1994. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

O uso da vedação ao exame de provas, em *habeas corpus*, é, assim, o principal mecanismo retórico para justificar a denegação da ordem, mas a ultrapassagem desse óbice, como se viu, é feita ao bel-prazer do julgador. Dizer que o exame de provas não é feito é uma falácia que comprometeria definitivamente o uso do *habeas corpus* como remédio contra a ilegalidade e o abuso de poder.

Os questionamentos que remanescem, com essas considerações sobre a variação dos julgamentos do STJ, relativas ao objeto de estudo deste trabalho, são por que alguns casos obtiveram decisões concessivas e outros, não? Por que alguns indivíduos conseguiram ser excluídos do sistema penal, enquanto outros permaneceram sujeitos ao fenômeno da criminalização?

Trata-se de questionar, sim, e aí fazendo uma comparação com os casos em que foi obtido o trancamento do processo de criminalização, por que apenas uma reduzida parte das impetrações, que visam à exclusão do indivíduo do sistema penal, obteve decisões nesse sentido. Nas outras impetrações, em que a ordem foi denegada, não havia também arbitrariedade ou abuso de poder na coação ilegal sofrida pelo paciente, inserido no processo criminalizador?

Resta a convicção, portanto, de que a ação de *habeas corpus*, como colocada no presente trabalho, não está atendendo à sua função declarada de remédio constitucional, posto à dis-

posição dos indivíduos, para proteção ao direito de locomoção ilegalmente restringido ou ameaçado, principalmente quando se pensa na maioria dos casos, 80% das impetrações que versam sobre trancamento de ações penais e inquéritos policiais, que foram afastadas com a justificativa padrão: "não cabe exame aprofundado de provas na via do *writ*."

Essa desatenção com a finalidade do remédio constitucional já foi observada, inclusive, no próprio STJ:

Sr. Presidente, tem sido praxe, nos tribunais de 2º Grau, fazer como Pilatos: "lavar as mãos". Diz-se que a matéria é imprestável para o uso de habeas corpus, colocando-se em desvalia o instrumento maior, que é a proteção à liberdade do homem. O habeas corpus exige prova preconstituída. Nele, não se pode fazer dilação probatória, mas se estuda o fato retratado, noticiado e provado nos autos. Quando o tribunal, como V. Exa. bem situou, apenas diz que a matéria não se presta para o debate na via de habeas corpus, está negando a jurisdição (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 21.643/RS. Voto do Ministro Vicente Leal. 6 de outubro de 2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>).

Por outro lado, fica também a convicção de que a ação de *habeas corpus* pode estar cumprindo outras funções, latentes e não declaradas, reforçadoras da seletividade do sistema penal, quando se contorna a justificativa-padrão, para realizar análise de provas e decidir pelo trancamento do processo de criminalização secundária, como visto nos vários julgados aqui indicados.

Há aqui uma ambigüidade, sem dúvida: ao mesmo tempo em que se tem consciência da finalidade histórica do *habeas corpus*, na contenção do poder e do arbítrio, como limite às diversas formas de autoritarismo (FERREIRA apud PACHECO, 2002, p.17); ao mesmo tempo em que o *habeas corpus* é forma de controle dos atos do Poder Judiciário, representando um dos instrumentos mais democráticos postos em defesa da liberdade e cidadania (BARROS In: PENTEADO, 1997, p.120), o remédio constitucional está funcionando, na interfe-

rência seletiva demonstrada aqui, por meio do Superior Tribunal de Justiça, como instrumento de impunidade, a serviço de estruturas de poder e como reforçador de uma distribuição desigual do *status* de criminoso, quando nega socorro aos tantos casos que lhe chegam pedindo trancamento de um processo de criminalização, talvez injusto e arbitrário.

CONCLUSÃO ■

No presente trabalho, demonstrou-se como o Superior Tribunal de Justiça atua, no sistema jurídico-penal brasileiro, como interferente externo e seletivo do processo de criminalização de indivíduos.

Com base nas considerações feitas pela Criminologia da Reação Social, principalmente a de que a criminalidade não é uma entidade preexistente ao Direito Penal, mas sim o resultado de processos de definição e seleção, realizados por operadores do controle formal – Poder Legislativo, Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário e Sistema Prisional –, pode-se localizar essa atuação seletiva do STJ, dentro de uma fase do processo de criminalização chamada secundária. Os operadores do controle formal, para selecionar os indivíduos – dentre todos os que praticam condutas contrárias ao Direito Penal –, atuam em três fases distintas desse processo: na criminalização primária (criação dos tipos penais), na criminalização secundária (atuação da Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, com a atribuição do *status* de criminoso ao indivíduo, pela condenação em ação penal) e, por fim, na criminalização terciária (pelo ingresso do indivíduo no sistema prisional e sua estigmatização).

No estudo da seleção operada pelos juízes, enquanto operadores do processo de criminalização secundária, estudou-se como as decisões são tomadas, primeiro, previamente, por um “código ideológico”, invisível e latente, constituído pelos *second codes* e *basic rules*, pelas teorias de todos os dias, pela impressão que o julgador tem do crime e do criminoso, por meio de seus preconceitos, e, então, fundamentadas por um “código tecnológico”, formado pela lei e pela dogmática jurídica.

Como operador dessa seleção, estudou-se como o STJ, julgando ordens de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* e proferindo decisões excludentes dos indivíduos do sistema penal, atua na fase de criminalização secundária.

Essas decisões excludentes são proferidas quando o STJ julga pedidos de *habeas corpus* que visam ao trancamento de ações penais ou de inquéritos policiais, concedendo a ordem. Como foi demonstrado ao longo do presente trabalho, o STJ pode realizar tal interferência – efetivamente e com impacto no sistema penal – porque detém competência constitucional para julgar ordens de *habeas corpus* impetradas contra decisões de todos os tribunais estaduais e federais do país e as proferidas de forma quase que definitiva, dadas as poucas chances de recurso e reforma da decisão, se for ela concessiva.

Além disso, a possibilidade do uso do *habeas corpus*, que visa proteger o indivíduo contra ameaça ou coação à liberdade de locomoção, para o trancamento de inquéritos policiais e ações penais, está prevista na dogmática processual penal. O cabimento do remédio constitucional, para os casos em que a ameaça ou coação à liberdade de locomoção não tem justa causa, permite que se utilize da ação de *habeas corpus* para coibir um inquérito policial aberto sem indícios de autoria ou para apurar fato que não constitui crime, ou uma ação penal iniciada com excesso na acusação, sem provas da materialidade do delito ou que objetive perseguir um crime cuja punibilidade já esteja extinta.

Ao julgar esses *habeas corpus* que pedem o trancamento de ações penais e inquéritos policiais, o STJ procede a uma seleção de casos, escolhendo aqueles em que interferirá, parando o processo de criminalização secundária e, portanto, excluindo o indivíduo do sistema penal.

A pesquisa documental realizada para este trabalho abrangeu quinze anos de jurisprudência do STJ, com análise de 988 acórdãos proferidos em HC e RHC sobre o tema trancamento de inquéritos policiais e ações penais, e revelou, por exemplo, que quase 80% das impetrações e recursos, visando ao trancamento, recebem, no STJ, decisões denegatórias.

Outras conclusões da pesquisa podem ser assim listadas:

a) entre os acórdãos estudados há maior ocorrência de recursos em *habeas corpus*;

b) os Tribunais de Justiça figuram como mais frequentemente apontados como coator, demonstrando que a tentativa de interferência na criminalização secundária ocorre, em maior número de vezes, para a criminalização operada na Justiça Estadual e para os crimes de competência dessa Justiça;

c) a distribuição dos Estados de origem dos HCs e RHCs segue a quantidade populacional das regiões geográficas apontadas pelo Censo do IBGE, com exceção da Região Norte, que, apesar de mais populosa do que a região Centro-Oeste, perde para ela em número de recursos e impetrações;

d) os advogados figuram como impetrantes na maior parte dos casos, havendo poucos HCs e RHCs ajuizados por defensores públicos ou pelo próprio paciente;

e) a maioria das impetrações é ajuizada em favor de um paciente apenas e a grande maioria dos pacientes é homem;

f) a grande maioria dos HCs e RHCs estudados pleiteava o trancamento de ação penal;

g) os argumentos da impetração mais utilizados são falta de justa causa, inépcia da denúncia e atipicidade de conduta;

h) os três crimes de maior ocorrência, como objeto dos HCs e RHCs que pretendem o trancamento de ação penal e inquérito policial, no STJ, são: estelionato e outras fraudes, crimes contra a ordem tributária e crimes contra a honra;

i) nos acórdãos concessivos, as decisões pelo trancamento ocorrem, mais frequentemente, nos crimes econômicos, seguidos pelos crimes contra a administração pública, pelos crimes contra a honra e pelos crimes contra o patrimônio, nesses preponderando o crime de estelionato; os crimes cujos pedidos de trancamento são mais denegados, no STJ, são os crimes contra o patrimônio, seguidos pelos crimes econômicos, os crimes contra a administração pública e os crimes contra a vida e a integridade;

j) os HCs e RHCs, ajuizados para trancamento de ação penal e inquérito policial, no STJ, têm, normalmente, como objeto, crimes “leves” e “médios”; os crimes “leves” têm mais de-

cisões concessivas que denegatórias, ao passo que os crimes “médios” podem ora ter decisões concessivas, ora decisões denegatórias; para os crimes graves e gravíssimos, a chance maior é de denegação, ocorrendo em 17% dos casos, ao passo que apenas cerca de 4,5% desses crimes obtêm decisões concessivas;

k) no tema “trancamento” de ações penais e inquéritos policiais, a Quinta Turma decidiu em mais casos do que a Sexta Turma;

l) apesar de ter sido verificado que a maioria dos julgamentos foi realizada com a composição completa da turma, quase a metade dos julgamentos ocorreu com composição incompleta, ou seja, com a presença de 3 ou 4 ministros;

m) a quase totalidade das decisões denegatórias é proferida em julgamentos unânimes; nas decisões concessivas, há uma maior incidência de julgamentos “por maioria” e “por empate”, demonstrando, claramente, que as divergências entre os ministros ocorrem, com maior frequência, no caso de concessão da ordem;

n) a presença de “Relator para acórdão” ocorre, com maior frequência, em acórdãos concessivos;

o) a sustentação oral do advogado, no dia do julgamento, ocorre com mais frequência em julgamentos concessivos e, na maioria dos casos em que há “Relator para acórdão”, houve sustentação oral do impetrante;

p) as sustentações orais do Ministério Público ocorrem em número bem inferior às sustentações pelo impetrante e não influenciam o julgamento, sendo presentes em número estatisticamente igual tanto em acórdãos concessivos, como em acórdãos denegatórios;

q) o parecer ofertado pelo Ministério Público, por outro lado, tem influência no julgamento; são proferidos, na grande maioria dos casos, contrariamente ao pedido do impetrante e, quando favoráveis à impetração, são, em vários casos, adotados pelo julgador e compõem o voto proferido;

r) os acórdãos concessivos têm fundamentação mais ex-

tensa; são compostos por maior número de folhas e têm mais citação de doutrina;

s) a maioria dos acórdãos denegatórios utiliza, nas decisões, a vedação ao exame aprofundado de provas e o que o trabalho apelidou de “ressalva típica”, uma síntese das possibilidades de verificação de constrangimento ilegal para trancamento de ações penais ou de inquéritos policiais;

t) nos acórdãos concessivos, o argumento mais utilizado, na verificação do constrangimento ilegal apontado, é relativo à atipicidade *lato sensu*, englobando a questão da atipicidade da conduta do paciente e a questão da não-configuração do crime pelo qual o paciente está sendo processado ou investigado, apreciações que não podem ser feitas sem algum exame da prova dos autos.

Para essa operação seletiva, realizada no STJ, foram evidenciados alguns mecanismos de seleção por meio da pesquisa documental. Pôde-se notar, por exemplo, que a seleção operada no STJ se inicia com o próprio acesso à Corte, dificultado pela necessidade, no tema “trancamento”, de se interpor, pelo menos, mais uma impetração, cuja decisão motivasse a entrega do assunto ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça. As dificuldades de acesso e a própria conveniência da impetração de HC, no STJ, marcaram a presença, em maior número, de impetrações feitas por advogados constituídos, o que deu à seleção excludente, operada no STJ, os mesmos contornos da seleção no sistema penal, como um todo, que tende a criminalizar mais as classes mais pobres.

Outro mecanismo de seleção estaria na consciência dos julgadores quanto ao resultado das decisões concessivas de HC, que poriam fim ao processo de criminalização secundária, evidenciada na preocupação de se estar antecipando, sumariamente, um julgamento de mérito que só ocorreria com a sentença, na ação penal.

Durante a pesquisa, identificaram-se, também, algumas manifestações dos *second codes*, integrantes do “código ideológico”, a partir do qual os julgadores decidem, previamente, se concederão ou denegarão o *writ*, por exemplo, considerações

subjetivas sobre o crime, objeto da impetração, sobre o paciente e sobre a vítima.

Na utilização do “código tecnológico”, para a fundamentação da decisão, verificou-se como a cobrança que os juízes sofrem pelo “abortamento” prematuro de uma investigação criminal ou de um processo penal leva não só a uma fundamentação mais extensa, mas ao preenchimento da argumentação com várias ressalvas – algumas totalmente desnecessárias –, a escolha da terminologia, a expressa consignação de que o trancamento se está fazendo por hipótese excepcional etc.

Observou-se, ademais, que os óbices das “justificativas-padrão”, largamente utilizados para a denegação da ordem, como a vedação ao exame de provas, em *habeas corpus*, são muitas vezes ultrapassados nos acórdãos concessivos, ora de forma velada, ora de forma explícita, em vários exemplos mencionados no último capítulo da dissertação.

Ao final do trabalho, alguns questionamentos restaram sobre essa variação dos julgamentos do STJ: por que alguns casos obtiveram decisões concessivas e outros, não? Por que alguns indivíduos conseguiram ser excluídos do sistema penal, enquanto outros permaneceram sujeitos ao fenômeno da criminalização?

Com esses questionamentos, em que culminou a pesquisa, demonstrou-se que, se, por um lado, as premissas de impossibilidade de apreciação da ordem, para o trancamento do processo de criminalização secundária, foram ultrapassadas para concedê-lo, por outro, viu-se o *habeas corpus* esvaziado em sua finalidade, de proteção da liberdade do indivíduo contra ilegalidade ou abuso de poder, nas tantas impetrações que restaram denegadas, com a simples afirmação “não cabe exame aprofundado de provas em sede de *habeas corpus*”, afirmação descomprometida com a aflição de um indivíduo que se torna objeto da ação punitiva estatal e sujeito à estigmatização que o *status* de criminoso lhe acarretará.

Com essas considerações, verificou-se que o Superior Tribunal de Justiça, em sua atuação seletiva, por um lado, não permite que o remédio constitucional cumpra sua função ple-

na de protetor contra arbitrariedades na inserção de um indivíduo dentro do processo de criminalização secundária e, por outro, reforça a distribuição desigual do *status* de criminoso, ao excluir apenas determinados indivíduos, devidamente selecionados, do sistema penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ■

AMARAL, Thiago Bottino do. Considerações sobre a origem e evolução da ação de *habeas corpus*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 35, p.101-131, jul./set., 2001.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 48, p.260-287, mai./jun. 2004.

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a. 336 p.

_____. *Dogmática Jurídica: Escorço de sua configuração e identidade*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. 118 p.

_____. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003c. 187 p.

_____. (Org.) *Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*, v.1. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boitéux, 2002. 216 p.

_____. (Org.) *Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*, v.2. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boitéux, 2002. 220 p.

_____. Violência contra a mulher e controle penal. *Revis-*

ta da Faculdade de Direito da UFSC, Porto Alegre, v. 1, p. 207-217, 1998.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 14, p.276-287, abr./jun., 1996.

_____. Violência sexual e sistema penal: proteção ou duplicação da vitimação feminina? *Seqüência*, Florianópolis, v. 33, p. 87-114, 1996a.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito Penal e Criação Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. 103 p.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da Reação Social*. Tradução por Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 208 p.

_____. A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Forense, Rio de Janeiro, n. 34, p.71-92, jul./dez., 1982.

_____. Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo. *Revista de Direito Penal*, Forense, Rio de Janeiro, n. 29, p.11-27, jan./jun, 1980.

AYDOS, Marco Aurélio Dutra. O remédio abortivo da ação penal – reflexões sobre o abuso da ação constitucional de habeas-corpus. *Boletim dos Procuradores da República*, n. 26, p.26-31, jun., 2000.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* – Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Tradução por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Révan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002. 254 p.

_____. Principípios Del Derecho Penal Mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). *Doctrina Penal*. Buenos Aires: Depalma, 1987.

BARROS, Marco Antonio de. Ministério Público e o Habeas Corpus: tendências atuais. In: PENTEADO, Jaques de Ca-

- margo (Coord.). *Tortura, Crime Militar, Habeas Corpus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 112-127.
- BASTOS, João José Caldeira. *Curso Crítico de Direito Penal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. 204 p.
- BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Série Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990. 136 p.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. 166 p.
- BECKER, Howard. *Los extraños – sociología de la desviación*. Buenos Aires: Editorial Tiempo Contemporáneo, 1971. 162 p.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. *Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal*. São Paulo: RT, 2004.
- BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos Retóricos da Sentença Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 124 p.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. 650 p.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 352 p.
- COHEN, Albert K. *Transgressão e controle*. Tradução de Miriam L. Moreira Leite. São Paulo: Livraria Pioneira, 1968. 250p. Título do original inglês: *Deviance and Control*, 1966.
- CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Garantias Processuais nos Recursos Criminais*. São Paulo: Atlas, 2002. 209 p.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004. 326 p.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. *Cri-*

minologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 573 p.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. São Paulo: Martin Claret, 2004. 157 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2128 p.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; BARRETO, Fabiana Costa Oliveira; GROSNER, Marina Quezado. A Liberdade nas Escolas Penais. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 23, p.28-41, jan.-dez., 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir* – nascimento da prisão. 25. ed. Tradução por Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002. 262 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* – A Nova Parte Geral. 10 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 491 p.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord). *Código de Processo Penal e sua interpretação* judicial, v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 1671 p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 445 p.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas*: o sistema penal em questão. Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993. 180 p.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - IBCCRIM, Curso de Criminologia, Professor Fernando Acosta, São Paulo, 7 jun. 2002 a 29 jun. 2002. Aulas em vídeo.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA

- IBGE, Censo Demográfico 2000, disponível em <<http://www.ibge.gov.br>>.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA – IDDD.

Decisões Judiciais nos crimes de roubo em São Paulo - a lei, o direito e a ideologia. São Paulo: IBCCrim, 2005. 127 p.

LOMBROSO, César. *O homem delinqüente*. Tradução por Maristela Bleggi Tomasini e Oscar Antonio Corbo Garcia. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001. 555 p.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, v. 4. Campinas: Bookseller, 1997. 409 p.

MELLO, Marco Aurélio de. O *habeas corpus* e a competência originária do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 9, p.140-146, jan.-mar., 1995.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004. 329 p.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Censo Penitenciário Federal de 1995*. Depen. Disponível em: [<http://www.mj.gov.br/depen/censo/censo951.htm>]

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 1997. 776 p.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. 275 p.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Habeas Corpus* e Advocacia Criminal: ordem liminar e âmbito de cognição. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Tortura, Crime Militar, Habeas Corpus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 128-166.

NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei - a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 256 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 5.

- ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: 2005. 742 p.
- OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. *Monografia Jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. 149 p.
- PACHECO, José Ernani de Carvalho. *Habeas Corpus*. Coleção Prática, Processo e Jurisprudência Criminal, v.1. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2002. 159 p.
- PEREIRA, Maurício Henrique Guimarães. *Habeas Corpus e Polícia Judiciária*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Tortura, Crime Militar, Habeas Corpus*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 198-245.
- PONTES DE MIRANDA. *História e Prática do Habeas-Corpus*. 8. ed. 2 v. São Paulo: Saraiva, 1979. 373 p. e 334 p.
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003. 925 p.
- RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 128 p.
- REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília: STJ, 1989. Mensal.
- REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA. Brasília: STF, v. 35, p.517-536, mar.1966.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA. Disponível em: [<http://www.stj.gov.br>].
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 4. 25. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. 654 p.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Superior Tribunal de Justiça na Constituição. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 90, p.79-97, abr.-jun., 1989.
- VENTURA, Deisy. *Monografia jurídica: uma visão prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas – A perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281 p.

. BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal, 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 660 p.

APÊNDICES

APÊNDICE A Questionário para acórdãos denegatórios

☐ HC	☐ RHC	Nº	ESTADO:
Relator:			☐ 5ª T ☐ 6ª T.
Data Julgamento: ____/____/____		Publicação: ____/____/____ p. ____	
Composição da Turma:			
Decisão:		☐ Unânime ☐ Maioria (*)	
(*) Vencidos:		Tribunal Coator:	
Sustentação: ☐ SIM ☐ NÃO		Nº de fls. acórdão:	
Trancamento: ☐ Ação Penal		☐ Inquérito Policial	☐ Outros
☐ ADVOGADO	☐ DEFENSOR PÚBLICO		☐ CAUSA PRÓPRIA
Crime:			
Manifestação MP: ☐ CONTRA		☐ A FAVOR	☐ OUTROS
Justificativa da decisão:			
☐ "Ressalva típica"			
☐ Exame aprofundado de provas			
☐ Outros			
Natureza do paciente ou vítima:			

APÊNDICE B
Questionário para acórdãos concessivos

☐ HC	☐ RHC	Nº	ESTADO:
Relator:			☐ 5ª T ☐ 6ª T
Data Julgamento: ____/____/____		Publicação: ____/____/____	p. ____
Composição da Turma:			
Decisão:		☐ Empate(*)	☐ Unânime ☐ Maioria(*)
(*) Vencidos:		Tribunal Coator:	
Sustentação: ☐ SIM ☐ NÃO		Nº de fls. acórdão:	
Trancamento: ☐ Ação Penal		☐ Inquérito Policial	☐ Outros
☐ ADVOGADO	☐ DEFENSOR PÚBLICO	☐ CAUSA PRÓPRIA	
Crime:			
Argumento da impetração: ☐ Inépcia da denúncia ☐ Falta de justa causa			
☐ Atipicidade de conduta	☐ Ausência prova materialidade	☐ Negativa autoria	
☐ Extinção punibilidade	☐ Não configurado o delito	☐ Ausência elemento subjetivo	
☐ Outros:			
Manifestação MP: ☐ CONTRA		☐ A FAVOR	☐ OUTROS
Justificativa da decisão: (☐ Ressalva Típica		☐ Exame de provas)	
☐ Denúncia inepta	☐ Falta de justa causa	☐ Extinta punibilidade	
☐ Ausência prova materialidade	☐ Ausência indícios autoria	☐ Conduta atípica	
☐ Não configurado delito	☐ Ausência elemento subjetivo	☐ Princ. insignificância	
☐ Imunidade	☐ Outros:		
(Observações e natureza do pacte/vítima):			

Relação das Monografias Publicadas

- 1 - *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*
Rui Carlos Machado Alvim
- 2 - *A Condição Estratégica das Normas*
Juan Félix Marteau
- 3 - *Direito Penal, Estado e Constituição*
Maurício Antonio Ribeiro Lopes
- 4 - *Conversações Abolicionistas - Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*
Organizadores: Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva
- 5 - *O Estado e o Crime Organizado*
Guaracy Mingardi
- 6 - *Manipulação Genética e Direito Penal*
Stella Maria Martínez
- 7 - *Criminologia Analítica - Conceitos de Psicologia Analítica para uma Hipótese Etiológica em Criminologia*
Joe Tennyson Vello
- 8 - *Corrupção: Ilegalidade Intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*
Flávia Schilling
- 9 - *Do Gene ao Direito*
Carlos Maria Romeo Casabona
- 10 - *Habeas-Corpus, Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)*
Andrei Koerner
- 11 - *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*
Anabela Miranda Rodrigues
- 12 - *Crimes Sexuais e Sistema de Justiça*
Joana Domingues Vargas
- 13 - *Informatização da Justiça e Controle Social*
Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo
- 14 - *Policiamento Comunitário e Controle sobre a Polícia: A Experiência Norte-Americana*
Theodomiro Dias Neto

- 15 - *Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*
Tadeu Antonio Dix Silva
- 16 - *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*
Benedito Roberto Garcia Pozzer
- 17 - *Os Filhos do Mundo - A Face Oculta da Menoridade (1964-1979)*
Gutemberg Alexandrino Rodrigues
- 18 - *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*
Gisele Mendes de Carvalho
- 19 - *O Mundo do Crime - A Ordem pelo Averso*
José Ricardo Ramalho
- 20 - *Os Justicadores e sua Justiça - Linchamentos, Costume e Conflito*
Jacqueline Sinhoretto
- 21 - *Bem Jurídico-Penal - Um Debate sobre a Descriminalização*
Evandro Pelarín
- 22 - *Espaço Urbano e Criminalidade - Lições de Escola de Chicago*
Wagner Cinelli de Paula Freitas
- 23 - *Ensaaios Criminológicos*
Adolfo Ceretti, Alfredo Verde, Ernesto Calvanese, Gianluigi Ponti, Grazia Arena, Massimo Pavanini, Sílvio Ciappi e Vincenzo Ruggiero
- 24 - *Princípios Penais - Da Legalidade à Culpabilidade*
Cláudio do Prado Amaral
- 25 - *Bacharéis, Criminologistas e Juristas - Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*
Marcos César Alvarez
- 26 - *Iniciativa Popular*
Leonardo Barros Souza
- 27 - *Cultura do Medo - Reflexões sobre Violência Criminal, Controle Social e Cidadania no Brasil*
Débora Regina Pastana

- 28 - *(Des)continuidade no Envolvimento com o Crime - Construção de Identidade Narrativa de Ex-Infratores*
Ana Paula Soares de Silva
- 29 - *Sorilégio de Saberes: Curandeiros e Juizes nas Tribunais Brasileiros (1900-1990)*
Ana Lúcia Pastore Schitzmeyer
- 30 - *Controle de Armas: Um Estudo Comparativo de Políticas Públicas entre Grã-Bretanha, EUA, Canadá, Austrália e Brasil*
Luciano Bueno
- 31 - *A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo*
Olga Espinoza
- 32 - *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização das Garantias*
Francis Hataei Beck
- 33 - *Punição, Encarceramento e Construção de Identidade Profissional entre Agentes Penitenciários*
Pedro Rodolfo Bodé de Moraes
- 34 - *Sociedade do Risco e Direito Penal - Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*
Maria Rodriguez de Assis Machado
- 35 - *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo - O Caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*
Christiane Russomano Freire
- 36 - *Efeitos da Internação sobre a Psicodinâmica de Adolescentes Autores de Ato Infracional*
Sirlei Fátima Tavares Alves
- 37 - *Confisco Penal: Alternativa à Prisão e Aplicação aos Delitos Econômicos*
Alceu Corrêa Junior
- 38 - *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*
Fabiana Lemes Zamalloa do Prado
- 39 - *O Trabalho Policial: Estudo da Polícia Civil no Estado do Rio Grande do Sul*
Acácia Maria Maduro Hagen

- 40 - *História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises*
Organizador: Andrei Koerner
- 41 - *Formação da Prova no Jogo Processual Penal:
O Atuar dos Sujeitos e a Construção da Sentença*
Natalia Ribeiro Pletsch
- 42 - *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furtos
Da Presunção de Inocência à Antecipação de Pena*
Fabiana Costa Oliveira Barreto
- 43 - *O Discurso do Telejornalismo de Referência:
Criminalidade Violenta e Controle Punitivo*
Marco Antonio Carvalho Natalino
- 44 - *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea -
Dogmática, Missão do Direito Penal e Polícia Criminal
na Sociedade de Risco*
Cláudio do Prado Amaral