

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

VICTOR DE LEMOS PONTES

“E QUE TENHAS O TEU CORPO!”
TESTANDO EMPIRICAMENTE A EXISTÊNCIA DE VIESES TEMÁTICOS NO
DEFERIMENTO DE *HABEAS CORPUS* PELOS MINISTROS DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Recife
2022

VICTOR DE LEMOS PONTES

“E QUE TENHAS O TEU CORPO!”
TESTANDO EMPIRICAMENTE A EXISTÊNCIA DE VIESES TEMÁTICOS NO
DEFERIMENTO DE *HABEAS CORPUS* PELOS MINISTROS DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto

Coorientadora: Profa. Dra. Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Recife
2022

FICHA CATALOGRÁFICA

P814e Pontes, Victor de Lemos.
“E que tenhas o teu corpo!” testando empiricamente a existência de vieses temáticos no deferimento de habeas corpus pelos ministros do superior tribunal de justiça / Victor de Lemos Pontes, 2022.
125 f. : il.

Orientador: José Mário Wanderley Gomes Neto
Coorientadora: Érica Babini Lapa do Amaral Machado.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Mestrado em Direito, 2022.

1. Habeas-corporus. 2. Brasil. Superior Tribunal de Justiça.
3. Análise por regressão logística. I. Título.

CDU 343.126

Luciana Vidal - CRB-4/1338

Nome: Victor de Lemos Pontes

Título: "E que tenhas o teu corpo!" Testando empiricamente a existência de vieses temáticos no deferimento de habeas corpus pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito

Aprovado em 20/05/2022

Banca Examinadora

Orientador/Presidente: Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto

Instituição: Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)

Assinatura: 

Profa. Dr. Clóvis Marinho de Barros Falcão

Instituição: Universidade Federal da Paraíba (UFPB)


Julgamento: Aprovado

Assinatura: 

Profa. Dra. Vanessa Alexsandra de Melo Pedroso

Instituição: Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP)

Julgamento: _____

Assinatura: 

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha avó Idília, que compartilhou comigo a imensa alegria do ingresso no Mestrado, mas não pôde, em vida terrena, acompanhar o término deste ciclo. Portanto, dedico especialmente este trabalho à minha estrela lá no céu, a quem dediquei, também, o seguinte poema:

“Canta, minha vó, canta. Canta como tu sempre cantavas, cantarolando tuas canções antigas de modo contumaz.

Consigo ouvir o teu canto, mas também consigo ver tuas pinturas em acrílico com as paisagens que tu tanto amavas cunhar nas telas e que enchem nossas casas de quadros e molduras.

Não fizestes poemas, mas em versos longos – quase intermináveis -, de nossa existência concomitante, me ensinaste o que era sentir amor de verdade por alguém.

Cá estou eu, formado e gestado por uma mulher inabalável, que lutou bravamente contra as enfermidades que a acometiam. Exemplo de pessoa, de esposa, de mãe e de avó.”

AGRADECIMENTOS

Agradeço, acima de tudo, a Deus, por ter me concedido a sabedoria e a oportunidade de poder concluir mais esta fase da minha vida, por ter me dado o suporte físico e mental quando em penúria estive, por ter me deixado em pé nas vezes em que a queda parecia certa e por ter me dado a vontade e a gana de enfrentar este desafio, mesmo diante das dificuldades apresentadas. Sem a vontade do Senhor, tenho plena convicção de que nada disto seria possível, pois sozinho não teria a capacidade para chegar ao final deste ciclo.

Em plano terreno, muitas são as pessoas que quero agradecer - correndo o risco de esquecer de algumas (ou de várias) -, que tornaram essa caminhada do mestrado mais fácil e me deram suporte em todo o trajeto.

Primeiramente, como de costume, registro o agradecimento à minha família, sobretudo aos meus pais, que sempre prezaram por uma educação de qualidade para mim e para minha irmã Letícia, abdicando de noites de sono, de finais de semana, de férias, dispendendo, para tanto, suor e lágrimas; tudo isto com o objetivo único de nos ver graduados, formados e felizes com a profissão escolhida. Agora de maneira individualizada, agradeço ao meu pai, por ter sido um exemplo de figura paterna e por ter me orientado nos momentos em que me preocupei com as questões profissionais, assim como agradeço a minha mãe, por ter sido meu porto seguro e minha psicóloga nesta trajetória.

Registro, em especial, o agradecimento à minha avó materna que nos deixou no dia 1º de maio de 2021, no auge dos seus 70 anos de idade, e que sempre dizia que tinha como sonho estar comigo na minha formatura da graduação. Deus foi tão bom conosco que permitiu que esse evento acontecesse, realizando o seu desejo. Compartilhou comigo, ainda, a alegria do meu ingresso neste programa de Pós-Graduação, mas, em razão do chamado do Nosso Senhor, não estará - em carne - no encerramento deste momento tão especial para mim.

Sou eternamente grato a todos os meus mestres, orientadores e professores que contribuíram com o meu aprendizado, desde a mais tenra idade, mas devo salientar aqueles que, em especial, participaram do processo de elaboração deste trabalho. Agradeço, primeira e imensamente, ao meu mestre Zé Mário, que literalmente “me pegou pelo braço” para preparar o pré-projeto de pesquisa para

ingresso no programa, assim como para preparar a dissertação e que me acompanha desde a graduação, quando tive o privilégio de ter sido seu orientando no PIBIC. Não consigo descrever em palavras a importância que Zé tem para mim nesse processo; uma grande parcela da minha vida acadêmica devo a ele, tanto em razão das orientações metodológicas, como em razão da maneira crítica de enfrentar os problemas.

Agradeço também à Professora Érica Babini, por ter aceitado o convite de ser minha co-orientadora, mesmo diante das diversas funções que ora acumula, tendo fornecido todo o aparato teórico necessário para a realização desta pesquisa, além de ter sido uma excelente orientadora no estágio docência e ter me permitido ter a primeira experiência com a sala de aula (ainda que, por muitas vezes, em ambiente remoto, em razão dos tempos pandêmicos em que vivemos no ano de 2020 e que ainda estamos vivenciando).

Às professoras Fernanda Rosenblatt e Maria de Fátima, às quais agradeço pela recepção nas suas respectivas turmas de graduação, tendo ambas permitido uma imersão em sala de aula, com a possibilidade de elevada interação com os alunos e propostas andragógicas inovadoras.

Agradeço ao meu eterno mestre Rafael Fonseca, por também ter sido o meu mentor acadêmico e pelo companheirismo de sempre, o qual, mesmo distante fisicamente, não se escusou de conceder todo o seu suporte teórico e contribuir nas ocasiões de “aflição”, desde a concessão de livros e artigos, passando pela análise do projeto de pesquisa, até os conselhos profissionais.

Ainda no campo daqueles que considero meus mestres, agradeço em especial a Dr. Luís Gallindo (meu chefe e sócio), por ter sido compreensivo nos momentos em que precisei me ausentar do escritório para poder escrever esta dissertação ou quando precisei acompanhar as aulas do programa e sempre fui liberado.

Agradeço, ainda, aos meus estagiários Nathan e Vitória, que foram essenciais para manter as demandas em dia no escritório, quando tive que me ausentar para a elaboração desta pesquisa.

Por fim, apesar de poucos amigos, os que tenho considero muito especiais e já me acompanham há algum tempo, sendo todos imprescindíveis para a conclusão desta dissertação, seja na ajuda acadêmica, seja no suporte emocional. Não deixo de nomear alguns deles, agradecendo a Marina Lisboa, Arthur, Pablo, Guedes, JM, JV,

Levi, Bruno, Luca, Magno, Nick, Paulo e Rafael, entre tantos outros que me trouxeram algum acréscimo como humano e como pesquisador.

PONTES, Victor de Lemos. “E que tenhas o teu corpo!” Testando empiricamente a existência de vieses temáticos no deferimento de habeas corpus pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça [dissertação]. Recife: Centro de Ciências Jurídicas; Universidade Católica de Pernambuco; 2022.

RESUMO

A natureza do crime pelo qual o paciente do habeas corpus está sendo processado é um fator que influencia os ministros do Superior Tribunal de Justiça a denegar a ordem do *writ*? A tradicional literatura constitucional e processual penal preconiza que todos os indivíduos devem ser julgados em condição de igualdade, sem qualquer distinção de tratamento e sem que qualquer outro fator (meta)jurídico influencie na concessão ou denegação do habeas corpus. No entanto, por motivos diversos, sem que haja qualquer mandamento que preconize um tratamento não-equânime a determinados casos, os ministros do habeas corpus vêm apresentando um comportamento seletivo no julgamento do referido remédio constitucional. Algumas hipóteses foram formuladas, como a de que crimes majoritariamente cometidos pelas camadas mais vulneráveis da sociedade, tendem ao resultado denegatório no julgamento dos habeas corpus. Para a observação, utilizou-se metodologia quantitativa, na qual se empregou ferramentas destinadas para a verificação de comportamento judicial, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no período de 1989 a 2019, no que tange à concessão ou denegação do habeas corpus.

PALAVRAS-CHAVE

Habeas corpus; Seletividade; Superior Tribunal de Justiça; Análise por regressão logística.

ABSTRACT

Is the nature of the crime (for which the habeas corpus patient is being prosecuted) a factor that influences the justices of the Superior Court of Justice (STJ) to deny the writ? The traditional constitutional and criminal procedural literature advocates that all individuals should be judged on an equal basis, without any distinction of treatment and without any other (meta)legal factor influencing the granting or denial of habeas corpus. However, for different reasons, without there being any commandment that advocates an inequitable treatment of certain cases, justices have been showing a selective behavior in the judgment of the aforementioned constitutional remedy. Some hypotheses were formulated, such as that crimes mostly committed by the most vulnerable strata of society tend to result in denial in the judgment of habeas corpus. For observation, a quantitative methodology was used, in which tools were used to verify judicial behavior, within the jurisdiction of the Superior Court of Justice (STJ), from 1989 to 2019, regarding the granting or denial of habeas corpus.

KEYWORDS

Habeas corpus; Selectivity; Superior Justice Tribunal; Logistic regression analysis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. POR UMA REMODELAGEM DA VISÃO DA DELINQUÊNCIA: PUNIÇÃO COMO REPRODUÇÃO DA REAÇÃO SOCIAL	12
1.1. “Ele é o criminoso”: o fenômeno criminal e as escolas do saber penal e do saber criminológico	15
1.2. Quando a noção de crime passa pela escolha política: o poder do estado nas relações sociais.....	24
1.3. “Diga-me com quem andas que te direi quem tu és” – a punição etiquetada.....	32
2. A SELEÇÃO PENALIZANTE DAS AGÊNCIAS DE CONTROLE: A ESTRUTURA DOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A REPERCUSSÃO SELETIVA.....	41
2.1. O funcionamento do sistema integrado de controle social e a seletividade nos processos de criminalização	43
2.2. O processo de criminalização secundária e a escolha de um inimigo	53
3. DO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA LIBERDADE: O DESENHO INSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS E A SITUAÇÃO DA SUA IMPETRAÇÃO PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	63
3.1 O habeas corpus como instrumento de obtenção e restituição da liberdade e da legalidade: a tomada de decisão no julgamento do <i>writ</i>	64
3.2. O Superior Tribunal de Justiça e o processo de criminalização secundária: quando o habeas corpus é a principal contenda à seletividade dos ministros.....	78
4. E TIVESTES O TEU CORPO? TESTE EMPÍRICO QUANTITATIVO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE VIESES TEMÁTICOS NAS DECISÕES DOS MINISTROS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE JULGARAM HABEAS CORPUS DE SUA COMPETÊNCIA.....	83
4.1. Explicando as variáveis selecionadas	89
4.2. Resultados da análise dos dados obtidos.....	92
CONCLUSÕES	108
REFERÊNCIAS	111
ANEXO 1	117

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema central a análise dos julgamentos dos habeas corpus impetrados no Superior Tribunal de Justiça e a verificação da suposta existência de uma tendência comportamental dos ministros em conceder ou denegar a ordem diante da presença de determinadas variáveis.

A variável analisada para testar a existência de uma suposta seletividade, foi a da “natureza do crime” pelo qual o paciente do habeas corpus está sendo processado ou investigado, já que esta é uma característica de fácil visualização pelo ministro, a despeito de outros elementos que também poderiam observar a existência (ou não) de seletividade no julgamento.

Algumas espécies de crimes são notoriamente mais perseguidos por parte das agências penais do sistema formal de controle social, o que é a causa, mas também a consequência, de uma propensão a punir determinadas condutas e outras demonstrarem uma tendência a atenuar e absolver o indivíduo investigado/acusado. Diante disso, surge o seguinte problema: na presença de quais crimes no habeas corpus, os ministros do STJ são influenciados a conceder ou a denegar os habeas corpus ali impetrados?

A seção teórica do trabalho está exposta nos dois primeiros capítulos, os quais tratam dos precedentes históricos acerca da existência de uma “seletividade” estatal no sistema de justiça criminal e no processo de criminalização operados pelas agências de controle social. O referido baldrame teórico é relevante para definir os pressupostos de análise dos resultados encontrados pela pesquisa empírica.

No primeiro capítulo teórico, abordou-se a formação histórica do pensamento criminológico contemporâneo, passando pela formação das ideias nas escolas criminológicas e penais no decorrer da história moderna, bem como a descrição do funcionamento do sistema de justiça criminal como instrumento de controle social.

Já no segundo capítulo teórico, a exposição revela todo o processo de criminalização dos indivíduos frente às agências penais, desde o cometimento da infração penal até o seu processo de estigmatização e de fundação de uma “carreira criminosa”.

No terceiro capítulo da pesquisa, são apresentados os dogmas existentes em relação ao Habeas Corpus e toda a formação histórica do *writ* até o seu tratamento

constitucional e legal atual, com a exposição de caracteres práticos acerca da utilização do referido remédio constitucional. Ademais, ainda neste capítulo, é tratado o funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, especialmente no julgamento de habeas corpus.

No quarto capítulo do trabalho, a parte metodológica é apresentada. Será feita uma análise descritiva para conhecimento dos dados acerca da concessão e denegação das ordens de habeas corpus e exploratória da natureza dos crimes envoltas ao *writ*. Em seguida, os dados encontrados serão submetidos à ferramenta metodológica conhecida por análise por regressão logística (logit), para testar a hipótese referente à suposta associação entre natureza do crime e a denegação ou concessão do habeas corpus.

1. POR UMA REMODELAGEM DA VISÃO DA DELINQUÊNCIA: PUNIÇÃO COMO REPRODUÇÃO DA REAÇÃO SOCIAL

“O crime não é o criminoso, o vício não é o viciado, o pecado não é o pecador, do mesmo modo e pelo mesmo critério que o doente não é a doença. Assim como se combatem as enfermidades e não os enfermos, assim também se deve combater o vício, o crime e o pecado, e não o viciado, o pecador e o criminoso. Para varrer-se o mal da face da Terra, é preciso que se apliquem métodos naturais, conducentes a esse objetivo. O método natural é a educação do espírito. Com o velho sistema de castigar, ou eliminar as vítimas do crime e do vício, nada se logrará de positivo, conforme os fatos atestam eloquentemente”. - Léon Denis¹.

Dois indivíduos são investigados isoladamente, cada um em um procedimento investigativo, cada um pela suposta prática de uma infração penal diversa, em investigação conduzida pela Polícia Judiciária; o primeiro é um sujeito negro, pobre, desempregado, de baixa escolaridade e investigado pela prática de um crime de roubo, enquanto o segundo é branco, de classe média, sócio de empresa de grande porte, formado no ensino superior e acusado da prática do crime de lavagem de capitais. Ao final da investigação pela Polícia Judiciária, qual indivíduo teria maior probabilidade de ser indiciado e, posteriormente, processado e condenado pela prática do crime?

Por evidente que o questionamento é abstrato e comporta diversas observações antes de se expor a resposta adequada para a sua solução. No entanto, a partir da adoção de um paradigma teórico é possível determinar qual seria a resposta atribuída à referida indagação.

A resposta positivista² à questão, em um país de base constitucional-democrática, é a de que não haveria como se afirmar previamente qual dos indivíduos teria maior probabilidade de ser indiciado, em cumprimento à expectativa cidadã, posto que não haveria distinção entre os investigados, independentemente de qualquer condição de gênero, cor, idade ou classe social, dentre outras características que os distinguiram.

Já no que se refere às conclusões da Criminologia Clássica ou da Criminologia Positivista, as quais, dentre outros fatores, observam condições etiológicas do indivíduo para analisar o crime e os aspectos que levam um indivíduo a cometê-lo,

¹ DENIS, Léon. **Depois da Morte**; Trad. Maria Lúcia Alcântara de Carvalho. 3ª ed. Rio de Janeiro, CELD, 2011.

² Utiliza-se o termo “positivista” - nada obstante as suas diversas acepções e possibilidades conceituais - como sinônimo de expressões da vontade legal, positivada normativamente.

como critérios biológicos e psicológicos, certamente a resposta à pergunta acima seria a de que o primeiro indivíduo teria mais chances de indiciamento pela autoridade policial, pelo fato de ter maior propensão à práticas criminosas, já que seria detentor de “patologias natas”.

Por fim, mas sem esgotar as diversas abordagens possíveis a partir da criminologia e de ciências afins para a solução da celeuma (*v.g.*: as considerações da Escola de Chicago e da Sociologia Criminal americana dos anos 20 e 30 do Século XX³, que forneceram as bases para o paradigma da defesa social), ao observar a partir de um paradigma da reação social a pergunta suscitada no primeiro parágrafo deste capítulo, a resposta seria a de que o primeiro indivíduo teria maior propensão de ser investigado, mas não por deter maior propensão ao crime, e sim por estar mais “visível” ao sistema de justiça criminal.

(...) o desvio não é uma simples qualidade presente em alguns tipos de conduta e ausentes 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 (BECKER, 1963, p. 23)

Portanto, o último dos paradigmas citados e, não por coincidência, mas o mais recente de todos os que aqui foram expostos (o paradigma da reação social teve seu auge no final dos anos 50 e início dos anos 60) é o que melhor explica o fenômeno estudado no presente trabalho, qual seja, o da seletividade penal presente na atuação formal do poder judiciário.

Esses e outros paradigmas utilizados para analisar o crime e o “criminoso”, além da compreensão do fenômeno da seletividade, serão objeto deste primeiro capítulo do trabalho, cujo ponto de partida é o estabelecimento de algumas premissas fundamentais para a compreensão da análise proposta. Isso inclui a explicação das bases teóricas para a utilização dos paradigmas e todo o ciclo de adoção das perspectivas, o que se mostra relevante em virtude, entre outros motivos, para a

³ Surgiram como sucessão à criminologia positivista, não mais se baseando em critérios biológicos e psicológicos para o estudo do fenômeno criminal, mas partindo, ainda, de critérios etiológicos, sendo exatamente uma transição entre a consideração de critérios inatos dos indivíduos para definir a sua propensão ao crime e o devido rechaço a esses critérios, partindo de uma visão de “criminoso” como eleição por parte do sistema de justiça.

visualização do problema exposto neste trabalho do ponto de vista teórico, já que a pesquisa possui resultados a partir de análises práticas.

1.1. “Ele é o criminoso”: o fenômeno criminal e as escolas do saber penal e do saber criminológico

As percepções acerca do fenômeno criminal ao longo da história nunca foram estanques ao ponto de poder determinar a inteira superação de paradigmas criminológicos, mas o que se observou foi apenas a prevalência de um saber sobre o outro a partir de determinado marco histórico. Portanto, para a compreensão da prevalência do saber contemporâneo, guarda importância ímpar a análise não apenas do momento histórico da consagração da Criminologia como ciência, mas também de todo o processo de formação dos pilares do Direito Penal, já que, caso não houvesse essa reflexão sistemática, a análise do problema do crime estaria prejudicada.

Durante o período histórico de transição entre o feudalismo e o Estado absolutista para um Estado que tinha por base central o capital, se insurgiu um primado pela lei e pelo controle estatal, originado da ideia Rousseauniana de contrato social e de consenso, com a renúncia a direitos individuais em prol da formação de um estado que pudesse não apenas prover os direitos, como também garanti-los.

É dessa necessidade oriunda de uma ideologia liberal que surge a observância da estrita legalidade como pressuposto para punir o indivíduo infrator, no intuito de resguardá-lo de um arbítrio estatal (do ponto de vista processual), preservando a sua liberdade individual, mas também no sentido de formação de um direito penal de reforço punitivo, valendo-se da pena como intimidação para prevenção de novos crimes.

Tratava-se da ideologia burguesa em ascensão, simultaneamente em conflito com o soberano e com os despossuídos, de modo que a escola clássica não poderia ter uma interpretação unilateral. Viu-se compelida a reforçar as garantias face ao perigo de arbítrio e definir, ao mesmo tempo, uma nova estratégia de poder punitivo, reforçando a luta contra o crime e cobrindo as lacunas deixadas pelo velho poder punitivo – tanto mais a criminalidade se convertia em criminalidade patrimonial (FOUCAULT, 2012, p. 40)

Essa visão foi o que formou a Escola Clássica, a qual recebeu esta nomenclatura *a posteriori*, por parte dos positivistas da Escola Positiva, como uma forma de atribuir algo clássico como “ultrapassado”, numa tentativa de superar o paradigma anteriormente prevalecente.

Acerca da análise das ciências criminais nessa fase, o que se observava, a partir da noção de estrita legalidade, era a escolha por preferir a dogmática penal como principal fonte do saber penal, em detrimento de outras observações empíricas acerca do fenômeno criminal ou qualquer outra análise de cunho de política criminal. Hassemer (1996, p. 50) descreveu a prevalência da dogmática penal no período da Escola Clássica como “o desinteresse pelos efeitos práticos das opções dogmático-penais, especialmente no campo da política criminal, e a tendência de formular enunciados normativos com a pretensão de solidez e de delimitação hermética”.

Em suma, não havia um interesse na pessoa do criminoso no que se refere à uma pretensa racionalização de aspectos inatos do indivíduo e sua relação com o fenômeno criminal, já que o efetivo interesse da Escola Clássica era com o fato delituoso. Até mesmo porque se compreendia que todos eram iguais perante a lei e que o “homem” era detentor de racionalidade e de livre arbítrio sobre suas ações, de modo que poderiam “por isso, atuar responsabilmente, compreendendo o caráter benéfico do consenso implícito no contrato social” (ANDRADE, 2003, p. 58).

Em meio a revoluções ideológicas e epistemológicas, no final do século XIX, surgiu o Positivismo, dando início ao que se chamou, efetivamente, de conhecimento científico. Esta pretensão de conhecimento buscou combater o metafísico para fazer uma ode ao “conhecimento testado”, isto é, segundo a compreensão da Escola Positiva, para que houvesse conhecimento científico seria necessária uma “observação controlada dos fatos” (método empírico)

Esse paradigma do conhecimento evidenciou, portanto, o estudo dos mecanismos de causa e efeito como única maneira de determinar o conhecimento como científico. Por se tratar de uma questão de epistemologia do conhecimento que perpassa diversos saberes, esse paradigma é facilmente observado, por exemplo, na Química, ao analisar o fenômeno de a água, sempre ao alcançar a temperatura de 100 °C entrar em ebulição – fenômeno que pode ser testado por diversas vezes e que sempre vai chegar à mesma conclusão.

Nessa compreensão, é que o positivismo deu origem à Escola Positiva (criminológica), a qual – assim como na Química e o exemplo da ebulição - passou a buscar as causas para o efeito que, àquela época, era o aumento exponencial da criminalidade.

Diante da crescente criminalidade e tomando por pressuposto esse elemento como o “efeito”, buscou-se investigar as “causas” antropológicas, físicas e sociais que

seriam determinantes para a ocorrência do fenômeno, partindo de métodos indutivos para a formação de leis gerais, ou seja, analisando o indivíduo para, a partir da análise individual, tornar a observação de caráter geral e aplicável a todos, assim como no fenômeno da ebulição descrito alhures. Percebe-se claramente que a Escola Positiva possuía o intento de se opor à Escola Clássica, ao priorizar os interesses sociais em detrimento dos interesses individuais, justamente em razão de as novas ideologias dominantes à época sugerirem que o Estado havia se excedido na proteção dos direitos individuais e sacrificado os direitos coletivos (CANTERO, 1975, p. 79).

Portanto, em suma, a Escola Positiva deslocou o centro gravitacional do objeto de estudo do fato delituoso para a personalidade delinvente do indivíduo e a sua tendência ao cometimento de infrações penais (ANDRADE, 2003, p. 61-64). De modo sucinto, esse período da Escola Positiva pode ser dividido em três grandes fases: fases antropológica (criminoso nato), fase sociológica (concepção plurifatorial) e fase jurídica (positivismo jurídico), tendo como expoentes, respectivamente, Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo.

Lombroso inaugurou a Escola Positiva Biológica, partindo do pressuposto de que existiria um criminoso nato⁴, isto é, um tipo antropológico específico, o qual possuiria características anômalas que o fariam cometer crimes, de modo predestinado. O italiano acreditava que estigmas físicos presentes em determinados indivíduos o tornaram “o homem delinvente”, como por exemplo: assimetria do rosto, orelhas grandes, tatuagens, falta de barba, dentição anormal etc.

Para além de associar anomalias e caracteres físicos à ocorrência de criminalidade, Lombroso também buscou estabelecer padrões e vinculações de determinadas características à modalidade de criminosos; homicidas teriam, por exemplo, características diferentes de estupradores e, também, de ladrões:

Os ladrões têm, em geral, marcas no rosto, e as mãos muito móveis. Seus olhos são pequenos, inquietos, muitas vezes estrábicos, sobrancelhas largas, o nariz encurvado ou empinado. Barba escassa, pouco cabelo, a frente quase sempre pequena e esguia, as orelhas em forma de asa. Os assassinos tem um olhar frio, duro, seus olhos estão injetados de sangue. O nariz grande, muitas vezes apresentam sinais de bom humor e perspicácia, mandíbulas fortes e ossudas, orelhas grandes, amplas bochechas, cabelos crespos, abundantes e escuros, barba frequentemente escassa, lábios finos e arcadas grandes (LOMBROSO, 2001, p. 78).

⁴ “igual ao homem primitivo, o delinvente nato se caracteriza por escassa inteligência, insensibilidade à dor, falta de temor e ausência de compaixão pelas vítimas” (LOMBROSO, 2001, p. 78).

Já Enrico Ferri, também por acreditar nos fatores biológicos, sociais e físicos de um indivíduo para a prática do crime, consolidou a Sociologia Criminal. No seu estudo, Ferri lançou a Teoria dos substitutivos penais, um programa político-criminal de antecipação ao fato criminoso, que buscava prevenir a ocorrência do crime, tendo por vista - segundo a sua tese – a ideia de que não existia o livre arbítrio (FERRI, 1909) e de que o indivíduo, por ser membro de determinada sociedade, seria detentor de “múltiplos fatores” que tornavam aquele grupo “socialmente perigoso” (ANDRADE, 2003, p.65-66).

Assim como os demais positivistas, influenciado claramente pelo darwinismo, Rafael Garofalo fundou a Criminologia Positivista e, a partir desta, deu uma sistematização jurídica à Escola Positiva, estipulando que a periculosidade social seria o fundamento da responsabilidade do indivíduo criminoso. Deste modo, o que se observou foi a utilização da pena com o objetivo de privilegiar a defesa social contra o delinquente e, portanto, aqueles que não teriam capacidade de readaptação (como no caso dos criminosos natos), deveriam ser neutralizados (isso justificava a posição favorável de Garofalo à pena de morte) (ONECA, 1967, p. 21).

Toda a perspectiva da Escola Clássica e, posteriormente, da Escola Positivista partiram de concepções eurocêntricas, já que surgiram a partir de pensadores e estudiosos desta região, sobretudo da Itália, como os já citados. Ocorre que o positivismo, já no final do século XIX, chega à América Latina, incluindo o Brasil, num momento de transição entre a queda do Império e a ascensão da República. Diante desse momento histórico é que os princípios positivistas, criados no estrangeiro, influenciaram fortemente a criação de culturas do Código Criminal Brasileiro de 1890, o primeiro da república.

A visão do positivismo de Ferri analisa a realidade social brasileira e a intitula de “evolucionismo às avessas”, apontando a intensa miscigenação do povo brasileiro como causa da degeneração moral e aumento da criminalidade, conforme relatado na seguinte passagem:

Na América Latina, o positivismo serviu para subjugar minorias étnicas e justificar a exploração norte-sul. É de notar que Ferri observou o povo brasileiro com os apontamentos da degeneração moral ou “evolucionismo às avessas”, indicando o carnaval, o samba os cangaceiros nordestinos e a miscigenação indícios de uma incapacidade de controle moral, uma indolência para o trabalho e uma tendência para o crime (MACHADO; CARVALHO, 2019, p. 124)

Não bastassem as teorias raciais terem sido disseminadas por toda a Europa, acerca da observação dos povos Latino-Americanos e as conclusões positivistas, de associação de uma suposta degeneração moral com o aumento da criminalidade, as citadas teorias foram profundamente acolhidas pela elite intelectual brasileira, capitaneada pelo movimento da Escola do Recife, que tinha como um de seus defensores o jurista pernambucano Tobias Barreto.

Lilia Schwarcz resume esse momento com a seguinte passagem:

Em finais do século passado o Brasil era apontado como um caso único e singular de extremada miscigenação racial. Um 'festival de cores' (Aimard, 1888) na opinião de certos viajantes europeus, uma 'sociedade de raças cruzadas' (Romero, 1895) na visão de vários intelectuais nacionais; de fato, era como uma nação multiétnica que o país era recorrentemente representado. Não são poucos os exemplos que nos falam sobre esse 'espetáculo brasileiro da miscigenação'. 'Formamos um paiz mestiço ... somos mestiços se não no sangue ao menos na alma', definia o crítico literário Silvio Romero, da Escola de Recife, ao comentar 'a composição étnica e antropológicamente singular' da população brasileira (Romero, 1888/1949). (SCHWARCZ, 1993, p. 12).

No entanto, a realidade apresentada era a de que as teorias raciais europeias, eminentemente positivistas, baseavam-se na superioridade da "raça branca", apontando a mestiçagem como causa da degenerescência do povo latino-americano. A questão é que essas teorias convergem exatamente com o momento da recente abolição da escravidão no Brasil, quando uma enorme quantidade de ex-escravos encontravam-se livres, mas inabilitados para qualquer espécie de trabalho. Essa coincidência entre o panorama brasileiro pós-abolição e a chegada das teorias europeias, criaram um terreno fértil para a falsa associação/relação entre mestiçagem e propensão ao crime.

O subdesenvolvimento brasileiro, portanto, é associado à mestiçagem, apoiando-se, ainda, nos estudos da frenologia e, ainda, na Escola Positiva criminológica, que tinha como pressuposto o darwinismo social:

(...) encaixa perfeitamente a argumentação de que o problema do subdesenvolvimento residia na raça mestiça do povo latino-americano. O conceito de degenerescência foi transferido com um "assombroso transplante", tomando a mestiçagem como o fato de inferioridade, dada a comprovação da superioridade da raça branca, já comprovada pelos estudos científicos da frenologia, desde o século XIX com Gall e Spurtzheim (BATISTA, 2011, p. 42)

A falsa associação entre mestiçagem e crime também é atribuída à uma espécie de nacionalismo fraco, tendo em vista que a elite intelectual brasileira recebeu

de modo acrítico as teses europeias, as tratando como teses vanguardistas, considerando aquele conhecimento como o conhecimento científico:

Esse é o contexto de toda a República, a qual é marcada pela busca de uma identidade nacional, cuja tarefa deveria ser empreendida pela elite intelectual. Para tal intento, dada a vigência das teorias positivistas e sanitaristas da época, substitutivas da concepção metafísica de mundo, dever-se-ia afastar a degradação das sociedades e aplicar corretivos no organismo social para o saneamento moral. Tratava-se simplesmente de uma transposição acrítica de ideias europeias para o Brasil, justificada, talvez, pela relação de dependência e um sentido muito tênue de nacionalidade (COSTA, 1967, p. 87)

Essa compreensão positivista influenciou no Código Penal da República de 1890, ao tratar no contexto de pós-abolição da escravidão, o negro como um indivíduo de elevada periculosidade à sociedade e de elevada degenerescência moral. Isto fez com que, por exemplo, fosse criminalizado o “jogo” de capoeira, porque os que a praticavam eram majoritariamente os negros e, segundo a classificação da elite branca, também degenerados.

O fato de se criminalizar o simples jogo de capoeira demonstra a política higienista do Brasil da primeira república e a lógica de saneamento que as elites aplicavam em detrimento de todos aqueles indivíduos que se enquadram em classes indesejáveis. Carvalho (2004) citou alguns dos grupos marginalizados que eram tidos por débeis e indesejados socialmente pelas elites:

Este desequilíbrio estimulou ocupações mal definidas e pessoas que viviam na fronteira entre a legalidade e ilegalidade, passando a ser notável o número de menores abandonados, ao lado das classes “perigosas” – “ladrões, prostitutas, malandros, desertores do exército, dos navios estrangeiros, ciganos, ambulantes, tropeiros, criados serventes, ratoeiros, engraxates, carroceiros, floristas, bicheiros, jogadores, receptadores (...) pivetes” (CARVALHO, 2004, p. 18)

Nesse contexto saneador é que o Direito Penal no Brasil passa a ser utilizado como uma forma de distanciar geograficamente os mestiços - considerados degenerados -, da elite branca. Isso se deu com práticas de criminalização de ações costumeiramente exercidas por ex-escravos (como no exemplo da criminalização da capoeiragem), assim como também por intermédio da imposição de um saber médico (higienista), como no caso da Revolta da Vacina, ocorrida em 1905 no Rio de Janeiro. O saber médico preconizava que o delinquente – que era a etiqueta recebida pelos

mestiços – deveria ser curado da sua degenerescência, mais uma vez no sentido de neutralizar e afastar esses indivíduos do convívio social.

Todas as ações higienistas e “branqueadoras”, como já evidenciado, partiam de uma noção de superioridade racial da raça branca:

A civilização ariana está representada no Brasil por uma fraca minoria de raça branca a quem coube o encargo de defendê-la [...] contra os atos anti-sociais das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes nos conceitos dessas raças ou seja, ao contrário, manifestação de conflito, da luta pela existência entre a civilização superior de raça branca e dos esboços de civilização das raças conquistadas ou dominadas (RODRIGUES, 1957, p. 34)

Após os áureos e longos anos de predominância do pensamento positivista no Direito Penal brasileiro, essa corrente passou a entrar em declínio, em virtude, sobretudo, da falha pretensão de racionalizar o sistema penal por meio da metodologia indutiva, método típico das ciências naturais. Observou-se, com o tempo, que não era possível medir questões como tendência à delinquência a partir de uma noção de “causa” e “efeito”, já que a norma jurídica não era capaz de suportar a mutabilidade circunstancial do fenômeno criminal. A partir do citado declínio do positivismo, é que se fortaleceu um novo saber penal – que viria a predominar posteriormente – qual seja, a criminologia (GROSSO GALVAN, 1980, p. 14).

Nada obstante a existência da Criminologia na Escola Positiva – a qual, inclusive, preocupava-se com as explicações do comportamento desviante produzidas de modo indutivo pela aplicação de um método das ciências naturais (positivismo criminológico) -, com a falência do discurso positivista, a criminologia passou a ter um caráter maior de cientificidade e, com isso, nesta fase em especial da derrocada do positivismo, superou em importância a dogmática penal.

No entanto, como as noções e concepções acerca da Ciência do Direito Penal não são estanques (conforme antecipado), começou-se a apontar a necessidade de resgatar concepções positivistas para, por exemplo, privilegiar a dogmática penal em alguns aspectos, diante da suposta insuficiência da criminologia para fundamentar questões técnico-jurídicas. Enquanto a vertente criminológica preocupava-se em explicar o delito a partir de um fenômeno social ou biológico, a dogmática penal era “acionada” para solucionar questões de ordem eminentemente jurídica, como por exemplo, preconizar quando o crime é consumado ou tentado.

Diante desta proeminência de um formalismo na construção das normas jurídico-penais, é que se formatou um modelo em que a criminologia e a dogmática penal passaram a coexistir em condições de horizontalidade e os conhecimentos produzidos nesta intersecção configuram-se na política criminal, de modo que o saber penal encontrou-se dividido nessas três subsecções, todas atuando em conjunto, cada qual com seu objeto de estudo.

O que acabou por ser modificado ao longo do século XX, iniciado ainda no final do Século XIX, foram as correntes criminológicas que prevaleceram para as críticas à pena e ao sistema penal durante todo o citado período, em teses desenvolvidas a partir de diferentes “escolas”. O que é certo é que apesar de algumas teorias ainda terem por fundamentos critérios etiológicos, abandonou-se, quase que por completo, a Criminologia positivista e os princípios que fundamentam a ideologia da defesa social.

As teorias explicativas da criminalidade fundamentadas em critérios biopsicológicos começaram a ser questionadas especialmente a partir de Emile Durkheim, transportando o marco de observação referente à explicação do comportamento humano para a elaboração de conceitos socioestruturais, o que o fez desenvolver teorias que analisassem a interação do ser com sociedades e as instituições que perfazem o sistema. A sociologia desenvolvida por Durkheim tinha por capacidade a compreensão dos fatos sociais e as relações que fundamentam a base do Estado, rompendo o viés psicológico encontrado na sociologia positivista (TAYLOR, WALTON e YOUNG, 2013, P. 74).

Foi a partir dessa explicação do comportamento delinquente a partir de causas estruturais e relacionais que Durkheim criou o conceito de anomia, como forma de exprimir uma maior tendência à criminalidade nas sociedades em que as maneiras de satisfação das necessidades individuais estejam maculadas, já que as necessidades individuais seriam ilimitadas e a distribuição dos meios para satisfazê-las seria desigual. Portanto, como os homens não seriam livres nas suas escolhas quanto ao pertencimento social a determinados grupos, é que se criaria uma situação de anomia (ausência de norma), exatamente como Durkheim descrevia a sociedade europeia durante a revolução industrial, em plena transformação, sem referências morais e em precárias condições de vida para muitos (BATISTA, 2011, p. 65-66).

Em suma, o maior avanço trazido pela sociologia de Durkheim, como já dito, foi a superação do paradigma psicológico para uma análise da criminalidade à luz das relações sociais, conforme reconhece Baratta (1999):

Esta teoria, introduzida pelas obras clássicas de Emile Durkheim e desenvolvida por Robert Merton, representa a virada em direção sociológica efetuada pela criminologia contemporânea. Neste sentido, a teoria funcionalista da anomia se situa na origem de uma profunda revisão crítica da criminologia de orientação biológica e caracterológica, na origem de uma direção alternativa que caracteriza todas as criminologias (...) ainda que a maioria dessas compartilhe com a criminologia positivista a concepção da criminologia como pesquisa das causas da criminalidade (BARATTA, 1999, p. 59)

Ademais, a teoria da anomia inova ao preconizar o desvio como um fenômeno normal da estrutura social, sendo, inclusive, “um fator necessário e útil para o equilíbrio e o desenvolvimento sociocultural” (BARATTA, 1999, p. 60), enquanto o comportamento patológico seria apenas aquele desvio que fosse uma desconformidade excessiva, já que, neste caso, ameaçaria a estabilidade da ordem social (BATISTA, 2011).

(...) 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).

Da mesma forma que Durkheim possuía essa visão para com a criminalidade, não via mais o criminoso como um “ser radicalmente antissocial, como uma espécie de elemento parasitário, de corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade”, mas como um “agente regulador da vida social” (BARATTA, 1999, p. 61).

Sem contrariar completamente a teoria da anomia e do fato social de Durkheim, as teorias das subculturas criminais primeiramente buscaram compreender como os modelos subculturais de comportamento comunicavam-se aos jovens delinquentes. Posteriormente, as teorias subculturais ampliaram o seu escopo e objeto de análise, para além de observar o processo de “aprendizagem do comportamento criminoso”, para também explicar modelos de comportamento, o que se compatibiliza com a finalidade proposta pelas teorias funcionalistas.

As teorias das subculturas criminais inauguraram uma desconstrução do princípio da culpabilidade ao negarem que o delito seja uma atitude contrária aos valores e às normas gerais, afirmando que a única disposição do indivíduo é escolher o sistema de valores (a subcultura) a que vai aderir e, com isso, seguir as expectativas e aprender o comportamento desta subcultura, incluindo os valores e normas específicas desta.

Operou-se, em seguida à teoria das subculturas criminais, a mudança do paradigma de uma criminologia de valores positivistas para uma criminologia da reação social, que será melhor explicitado no decorrer do capítulo. Portanto, de maneira sucinta, pode-se resumir a evolução das escolas a partir da sentença de Andrade e Dias:

O iluminismo dirigiu as suas reivindicações contra a lei; o positivismo quis reagir sobre o delinquente; a criminologia clássica americana pretendeu reformar a sociedade; o interacionismo quis modificar a reação à delinquência; a criminologia radical propõe-se contestar o sistema social (DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa, 1997, p.4).

A partir da compreensão dos prismas criminológicos de cada escola é que é possível observar o funcionamento da estrutura penal hodiernamente, diante do paradigma da reação social.

1.2. Quando a noção de crime passa pela escolha política: o poder do estado nas relações sociais.

Interrompeu-se a demonstração da evolução linear das escolas penais para tecer considerações acerca da “gestão da miséria” e de como o sistema de poder funciona em detrimento dos mais débeis, para apenas após se observar o paradigma adotado para essa pesquisa (interacionismo simbólico) e como o processo de etiquetamento atinge os mais fragilizados das relações sociais.

A elevação das taxas de criminalidade na segunda metade do século XX e as limitações da justiça penal estatal são dois fatos sociais importantes que ensejaram o questionamento de políticas governamentais acerca do controle do delito (GARLAND, 2014). Inicialmente, antes do dispêndio de capital político para o combate da criminalidade, o governo tem que admitir a sua falência no controle da delinquência,

mas, justamente para atender os anseios sociais, se vale de respostas “adaptativas” (GARLAND, 2014, p. 113), como a privatização de prisões e da polícia e a maior atenção às consequências de delito que as causas.

As medidas adaptativas propiciam, supostamente, a diminuição da exposição do indivíduo à criminalidade, como uma espécie de prevenção situacional, além de aumentar a vigilância do estado para com os indivíduos, de modo que se define o delito como oportunidade e, com isso, se pretende focar em uma “criminologia da vida cotidiana” (GARLAND, 2014, p. 129), cercando os espaços do cotidiano que oportunizaram a adoção de um comportamento criminoso.

Neste momento, em análise da figura do criminoso, é observado que este não é mais tido como o indivíduo que pratica ou que possui tendência ao cometimento de crimes devido a critérios biopsicológicos – ou mesmo por critérios subjacentes à influências sociais -, mas é visto como um sujeito que pode ser “arrancado” (price out) da atividade criminosa por intermédio da eleição manipulada de incentivos ou desincentivos na vida cotidiana por parte da estrutura de poder (governamental).

No entanto, estes excertos de compreensão integram uma tese ainda mais ampla proposta por Garland, o qual argumenta que a utilização das “respostas adaptativas” acabam se tornando um conjunto de soluções cada vez menos racionais. Haveria uma crença social de que o “estado soberano”, no controle e na intervenção de diversos aspectos da vida cotidiana, seria capaz de controlar as altas taxas de delito. Todavia, empiricamente se verificou que em cenários de elevadas taxas de criminalidade, o estado se mostrou ineficiente no seu papel de provedor da segurança; o número de crimes e ambiência criminógena não se mostrou reduzida em virtude da adoção das respostas “adaptativas”.

Segundo Zedner (2000):

Es cuestionable si la adopción de estrategias punitivas de ley y orden, la afirmación de que la ‘prisión funciona’, la formulación de políticas reactivas como las leyes de los ‘tres strikes’, los registros de pedófilos, y las sentencias incapacitantes son mejor entendidas como respuestas emotivas a problemas allá del control. (ZEDNER, 2000, p. 8)

A tese de Garland é de que as altas taxas de criminalidade são um “fato social” inevitável, no entanto a sua hipótese foi amplamente questionada pelo fato de alguns países europeus, como Inglaterra, País de Gales e Irlanda, além dos Estados Unidos, no final da década de 1990, terem passado por um processo de redução dos índices

de criminalidade. As quedas dos números relativos à incidência de crimes se opõem à ideia de que a elevada criminalidade é um fator inevitável das sociedades.

A celeuma é que os governos reivindicam para si o suposto êxito na redução das taxas de criminalidades e associam este “resultado” às políticas penais draconianas, como a política de “tolerância zero” e os movimentos de “lei e ordem”, como se a criminalidade tivesse reduzido em função dessas políticas, estabelecendo uma relação de causa e efeito sem a comprovação de que, efetivamente, as taxas de criminalidade caíram em virtude das citadas políticas.

Atribui-se a essa falsa associação entre políticas penais de direito penal máximo e redução da taxa de criminalidade a disseminação e replicação das mesmas políticas em outros locais, por acreditar que seriam realmente eficazes na redução do delito. Na verdade, o controle do delito e a busca pela segurança passou a observar outros critérios para aferir o sucesso ou o insucesso da política, deixando de lado as taxas de criminalidade como critério objetivo aferível.

A busca pela segurança e os discursos políticos draconianos dos governos, de redução da criminalidade, fundamentou o que Garland intitulou da “criminologia do outro”, a qual, diferentemente de uma criminologia tradicional (chamada por Garland da “criminologia do si mesmo”) que considera o infrator como um ser racional, cria a imagem de que o criminoso é “o assustador, o estranho ameaçador, o ressentido e o excluído” (GARLAND, 2014, p. 137).

Garland completa, acerca da criminologia do outro: “esta demonização dos ofensores permite uma postura decididamente antimoderna e antiliberal que condena os ofensores como ‘criaturas monstruosas’, a incapacitar ou, inclusive, matar, em nome da segurança pública” (GARLAND, 2014, p. 184-185). Garland (2014) explora como se estabelece a categoria do “outro”, em termos de raça, classe e gênero, mas observando as falácias argumentativas na demonização dos infratores. Como exemplo, Garland (2014) retira a associação entre um fator social e as altas taxas de criminalidade, ao demonstrar que a preponderância de um grupo ou uma condição na participação de crimes pode ser fruto de uma análise enviesada e artificial.

Afirmar que há uma preponderância de jovens, pobres e negros no envolvimento de assaltos na cidade de Londres é, na verdade, uma análise puramente demográfica, que leva em consideração apenas as características daquela localidade de observação (ZEDNER, 2020, p. 12). O exemplo acima pretende demonstrar que a eleição do “outro” é uma eleição artificial do sistema penal por meio das políticas de

governo de enfrentamento à criminalidade, levando em consideração, sobretudo, aspectos relativos à raça, classe e gênero.

Garland (2014) insiste que nas sociedades de “modernidade tardia” os responsáveis pelo cometimento de delitos partem de uma má eleição de “indivíduos malvados”, adotando-se como política penal a adoção de uma abordagem repressiva, intolerante e moralizante em desfavor dos sujeitos que integram a condição de “outro”, ao defender a condenação, o estigma, a exclusão e a incapacitação massiva.

Não bastasse a seleção do “outro”, este deveria ser reconhecido socialmente por esta condição. Pratt (2000), em análise das “ordens punitivas de trabalho” implantadas na Austrália observou uma semelhança parecida com a do “wheelbarrow men” – indivíduos acorrentados e algemados, com a cabeça raspada e uniformes rotulados para indicar o crime cometido (PRATT, 2000, p. 128). A cultura de controle, portanto, exercida pelas políticas de governo, cada vez mais se demonstraram a partir dos discursos públicos sobre as questões sociais e penais (GARLAND, 2014).

Ainda sobre a cultura de controle, esta é exercida não apenas pelas instituições formais de justiça e de administração social, mas também pela sociedade civil, que possui também a capacidade de controlar indivíduos.

Los controles sociales informales ejercidos por las familias, los vecindarios y las comunidades, junto con las disciplinas impuestas por las escuelas, los lugares de trabajo y otras instituciones, crearon un ambiente cotidiano de normas y sanciones que sostenía las demandas del derecho (GARLAND, 2014, p. 49)

A cultura do delito que ora representa o sistema penal nas sociedades de “modernidade tardia”, em conjunto com as liberdades econômicas do neoliberalismo, denotam que outras instituições, que não apenas aquelas tradicionalmente atribuídas como agentes centrais do controle social, como família, comunidade e igreja, também, têm a capacidade de exercer o “controle” nos assuntos de natureza penal.

O controle exercido pelas instituições informais é uma forma de intervenção da dimensão simbólica do poder e das forças fundamentais das relações sociais; um poder que é exercido quase que de maneira invisível, ao ponto de apenas ser possível o seu desenvolvimento em razão de aqueles que o sofrem, ignorarem a sua existência.

Muito antes do desenvolvimento de qualquer teoria criminológica, Hume (1999), no século XVII, ilustra como os governos adquirem e conseguem manter a submissão dos indivíduos à estrutura de poder estatal:

Nada é mais surpreendente, para os que consideram os negócios humanos com um olhar filosófico, do que ver a facilidade com que o maior número é governado pelo menor número, e observar a submissão implícita com que os homens revogam seus próprios sentimentos e paixões em favor daqueles de seus dirigentes. Quando nos perguntamos por que meio essa maravilha, essa coisa espantosa é realizada, descobrimos que, como a força está sempre do lado dos governados, os governantes não têm nada para sustenta-los senão a opinião. É, portanto, somente na opinião que o governo está baseado. Essa máxima estende-se aos governos mais despóticos e aos mais militares tanto quanto aos mais livres e aos mais populares (HUME, 1999, p. 105)

Bourdieu (2014) expressa a sua surpresa quanto à cultura de controle “simbólica” e como isso é aceito pela sociedade:

(...) Da mesma forma, costumamos ficar impressionados com o aspecto mais fenomenal – as rebeliões, as subversões, as insurreições, as revoluções -, quando o assombroso, o espantoso, é o inverso: o fato de ser a ordem tão frequentemente observada. O que é problemático é aquilo que justamente não o é. Como é possível que a ordem social seja tão facilmente mantida, quando, como diz Hume, os governantes são poucos numerosos e os governados tão numerosos, e têm, portanto, a seu favor a força do número? (BORDIEU, 2014, p.224)

A obediência social a esse controle simbólico decorre, na verdade, do fato de as formas simbólicas serem fruto de estruturas cognitivas pensadas justamente para o domínio das massas; o Estado é quem constrói essas formas constituídas historicamente e planejadas de forma arbitrária, em prol de grupos determinados. O simbolismo causa um efeito de crença que, por consequência, acaba por gerar um estado de submissão generalizada dos indivíduos ao Estado, sendo este o responsável, portanto, por produzir uma sociedade organizada e estruturada, distante de um estado de natureza, sem ter que estar vigiando e dando ordens a todos os momentos.

Inclusive, Bourdieu sustenta que este poder simbólico é ainda mais forte do que a própria coerção direta exercida, por exemplo, pelas instituições militares e pela coerção econômica dos impostos. A questão angular que demanda o estudo do “conformismo lógico” e do “conformismo moral” imposto pelas estruturas cognitivas do estado, é compreender como a dimensão simbólica opera sobre a divisão social naturalmente existente.

A compreensão da realidade social e do funcionamento das instituições relacionam-se, em sua gênese, com as classificações sociais que surgem espontaneamente a partir das estruturas de dominação existentes nas sociedades. O estado dissemina essas divisões e classificações a partir, por exemplo, de ritos de instituições, como ocorreu em algum momento com a investidura do nobre na sociedade feudal e, hodiernamente, ocorre com os ritos de investidura de diplomas dados aos formandos, as cerimônias de consagração em igrejas e etc.

Inclusive, para exemplificar a relação entre a realidade social e as estruturas cognitivas produzidas pelo estado, para fortalecer a dimensão simbólica de poder e de controle, está o sistema escolar, que assim como o sistema de controle social estatal, acaba por marginalizar e ser seletivo. Com o escopo de conservar a realidade social existente, o sistema escolar acaba reproduzindo o sistema penal, distribuindo mal os recursos e benefícios existentes e disponíveis, configurando um flagrante subdesenvolvimento (BARATTA, 1999).

Rusche assim define a relação entre sistema escolar – aqui tratado como exemplo de tratamento dado por instituições diversas, que não a tradicionalmente exercida pelo estado – e o sistema penal, justamente demonstrando o sistema informal de poder das escolas:

A instituição do direito penal pode ser considerada, ao lado das instituições de socialização, como a instância de asseguramento da realidade social. O direito penal realiza, no extremo inferior do continuum, o que a escola realiza na zona média e superior dele: a separação do joio do trigo, cujo efeito ao mesmo tempo constitui e legitima a escala social existente e, desse modo, assegura uma parte essencial da realidade social (RUSCHE; KIRCHEINNER, 2004, p. 202)

Portanto, o que se percebe, é que o sistema de controle e o poder informal simbólico das instituições alternativas ao estado acabam por sempre recair aos mais débeis e mais frágeis da estrutura social, exatamente da mesma forma que o sistema institucional. Quando um jovem de um estrato social mais elevado recebe uma sanção por um ato praticado no âmbito escolar, por exemplo, este é “curado” a partir de sanções informais (como família), enquanto o aluno de estratos sociais mais populares, tende a receber uma sanção institucional (polícia, direito penal de menores).

A escolha estrutural do estado penal em selecionar os mais débeis das relações sociais remonta ao sistema penal do século XV, na Alta Idade Média, quando as

condições de vida pioram e os conflitos sociais se intensificam, causados, sobretudo, pela centralização do capital na economia. Com a segregação mais evidente e a formação das classes sociais estanques, o direito penal do início do capitalismo surgiu já orientado a perseguir as camadas mais populares (no sentido econômico). Tornou-se necessária essa postura do direito penal para que se tornasse eficaz no combate aos delitos de propriedade, para tutelar os bens da burguesia (já com a noção de que as camadas das elites sobrepujaram as camadas mais populares).

Devido à impossibilidade de “pagar a pena” com pecúnia, àquela época a massa mais pobre oferecia o seu corpo como “pagamento”, assim como o suplício narrado por Foucault, em *Vigiar e Punir* (2012).

Acompanhando a evolução social, o sistema penal no mercantilismo, com a necessidade de mão de obra, se vale mais uma vez das camadas mais pobres para explorá-los por meio da prisão. Deste modo, toda a estrutura penal foi montada para justamente punir os “mendigos” e “vagabundos”, com o objetivo de forçá-los a se tornarem trabalhadores e “vítimas” da exploração das precárias e insalubres condições de trabalho.

Já no século XVIII, a necessidade de força de trabalho desaparecia e o próprio sistema social – sem precisar do sistema penal e da prisão – se encarregava do controle das massas, por meio da opressão do trabalho e os baixos salários. Num sistema cíclico, mais uma vez com a pobreza, os crimes contra a propriedade aumentam em elevada escala e as elites preocupadas retomam os métodos anteriormente utilizados para coibir esta modalidade de delinquência, desta vez com mais demanda por penas mais severas.

O que se observou ao longo da história é que as penas servem sempre como instrumento de controle daquele indivíduo pertencente aos grupos mais carentes de privilégio na relação de poder. Zaffaroni já alertava, levando em consideração os discursos penais latino americanos na década de 1990, que “os órgãos (instituições de controle) exercem seu poder” dirigidos aos grupos mais vulneráveis de uma sociedade medida em classes. Completa ainda Zaffaroni (1991) que:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todo os sistemas penais (ZAFFARONI, 1991, p. 15)

O principal poder do sistema penal, portanto, não é a repressão do delito, mas o “exercício positivo, configurador e simbólico” (ANDRADE, 2003, p. 54). O poder é configurador e simbólico pelo fato de se dirigir verticalmente a partir dos interesses das elites dominantes para as camadas mais vulneráveis, em adoção a um modelo que preza pela disciplina, gerando e configurando um grupo social “conformado” com o sistema penal.

Com base na noção já exposta do marco teórico oferecido por Pierre Bourdieu acerca do poder simbólico das instituições, observa-se que o sistema de justiça criminal faz a escolha “antidemocrática” de não seguir a legalidade processual, isto é, abdica de efetivamente perseguir aqueles que violam formalmente a lei penal, mas decidem utilizar o seu poder (implícito/simbólico e explícito) de maneira arbitrária e seletiva, dirigida, institucionalmente, ao setor dos mais vulneráveis. O exercício do poder do sistema penal não se dirigiria à repressão do crime, mas apenas à contenção de determinados grupos sociais marginalizados (ANDRADE, 2003).

As condições precárias dos trabalhos latino-americanos, o desenvolvimento de grandes centros urbanos que contribuem com a crise de moradia, a falibilidade das políticas públicas e todas as mazelas decorrentes de um estado neoliberal, como esse de precarização que se vive na sociedade contemporânea, os níveis de pobreza crescer exponencialmente e “desta nova marginalização nutre-se, para sua reprodução de clientela, o sistema penal latino-americano, selecionando prisioneiros ou fuzilados sem processo” (ZAFFARONI, 1999, p. 15).

A ideologia neoliberal de ode ao capital reafirma a “criminologia do outro” de Garland, a partir da perseguição daqueles despossuídos, ou seja, aqueles marginalizados e hipossuficientes política e economicamente (WACQUANT, 2003). Portanto, toda a cultura de poder e a dimensão simbólica do exercício deste destinam-se a perseguir, de maneira seletiva, apenas aqueles que “incomodam” as elites e que ameaçam os bens jurídicos dos quais estes últimos são detentores.

Essa perseguição acaba por criar a figura de um “inimigo”, que é visto socialmente como um indivíduo que merece ser exterminado, excluído, apenas por pertencer a um grupo social e não por ter descumprido o pacto social geral. Isso cria uma política estatal de não punir o indivíduo pela violação a um tipo penal, mas apenas de “etiquetar” o sujeito como inimigo diante da espécie de delinquência por ele praticada, olvidando-se da punição pelo ato em si.

1.3. “Diga-me com quem andas que te direi quem tu és” – a punição etiquetada.

Para a presente dissertação, é importante compreender o processo de formação do inimigo em comum da sociedade e a influência das teorias antecedentes à criminologia crítica para a definição deste indivíduo, as quais funcionaram como paradigma histórico na abordagem criminológica no início e meados do século XX e que funcionam como ponto de partida da análise do fenômeno da seletividade penal.

A guinada de uma criminologia pautada em critérios biopsicológicos (criminologia positivista), para o que, posteriormente, seria chamado de criminologia contemporânea, se deu a partir do pioneirismo da teoria estrutural-funcionalista da anomia e da criminalidade, criada por Émile Durkheim e desenvolvida por Robert Merton. Ainda no início do século XX, as teorias sociológicas acerca da criminalidade já buscavam ultrapassar o paradigma positivista, mas ainda remanesciam alguns aspectos etiológicos nas pesquisas, com proposição de rupturas pontuais, a exemplo da teoria funcionalista da anomia.

Uma das proposições da teoria de Durkheim é de que o desvio e a criminalidade são definidos por causas estruturais, o que formaria a ideia de anomia, na qual o sociólogo relaciona a motivação e a tendência para o desvio com aspectos de “defeitos” na estrutura social. O pressuposto da teoria é de que haveria uma expectativa de satisfação das necessidades individuais dos indivíduos e a incapacidade estatal de controlar esses meios de satisfação (ausência de norma) causaria uma situação favorável ao desvio e à criminalidade.

Como as necessidades humanas são ilimitadas e a distribuição de recursos para supri-las seria desigual em relação às “castas” sociais, haveria uma necessidade de “educação moral” das camadas subalternas para que as suas expectativas fossem adequadas à sua posição hierárquica ocupada na sociedade (SANTOS, 2021). No entanto, em momentos de acirradas crises sociais, a educação moral fornecida não é suficiente e o desvio torna-se a consequência natural.

A partir desta noção, percebe-se a relevância do desenvolvimento do conceito de anomia para a superação de uma criminologia fundada nos caracteres diferenciais biopsicológicos do delinquente:

Esta teoria, introduzida pelas obras clássicas de Emile Durkheim e desenvolvida por Robert Merton, representa a virada em direção sociológica efetuada pela criminologia contemporânea. (...) Neste sentido, a teoria

funcionalista da anomia se situa na origem de uma profunda revisão crítica da criminologia de orientação biológica e caracterológica, na origem de uma direção alternativa que caracteriza todas as criminologias (...) ainda que a maioria dessas compartilhe com a criminologia positivista a concepção da criminologia como pesquisa das causas da criminalidade. (BARATTA, 1999, p. 59)

O próprio Durkheim, em *As regras do Método Sociológico* (2004), sustenta a superação da noção positivista para a explicação da criminalidade e reconhece o desvio como um fenômeno natural da estrutura social, ao afirmar que “o delito aparece estreitamente ligado às condições de toda vida coletiva” (DURKHEIM, 2004). Para Durkheim, o crime apenas seria negativo ou patológico em situações extremas – já que, neste caso, as regras de conduta perderiam seu valor (anomia social⁵) -, de modo que, dentro de determinados limites, o desvio não apenas é normal, como funcional para o equilíbrio social.

Até mesmo índices negativos de criminalidade, para Durkheim, seriam indicativos de uma desordem social:

“Não existe nenhum motivo para autocongratulação se a taxa de crime cai visivelmente abaixo do nível médio, pois podemos estar certos de que este aparente progresso está associado com alguma desordem social” (DURKHEIM, 2004, p. 72)

A teoria das subculturas criminais, fomentada por diversos autores – em especial Edwin Sutherland – compatibiliza-se com a teoria funcionalista, a partir da tomada da explicação funcionalista do desvio como uma hipótese geral para analisar a função das subculturas criminais em uma sociedade (BARATTA, 1999).

Sutherland idealizou a teoria conhecida como teoria da associação e organização diferencial, que recebe este nome pelo fato de observar as diversas associações diferenciais que uma pessoa possui com outros grupos e a sociedade e como aquelas se relacionam com o processo de aprendizagem do comportamento criminoso. Para Sutherland, a explicação do comportamento desviante parte de processos genéticos – “operante na história anterior do criminoso” – que definem a oportunidade para o cometimento de crime a partir de suas inclinações e habilidades, as quais tenha adquirido e aprendido previamente com suas experiências:

⁵ KUNZ, Karl-Ludwig; SINGELSTEIN, Tobias. **Kriminologie**. Stuttgart: Haupt Verlag, 2016, 7ª ed., p. 94.

Uma explicação do comportamento criminoso realizada em termos das experiências passadas é uma explicação histórica ou genética. Os parágrafos seguintes afirmam uma tal teoria genética do comportamento criminoso, sob o pressuposto de que o ato criminoso ocorre quando uma situação apropriada para ele, como definida pelo sujeito, está presente (SUTHERLAND, 2015, p. 81).

Várias premissas são formuladas por Sutherland para reduzir a teoria, mas que podem ser resumidas ao fato de que o crime é aprendido, de modo a negar o caráter biopsicológico da hereditariedade, além do fato de que a aprendizagem da criminalidade ocorre no interior dos grupos, incluindo, ainda, a aprendizagem das técnicas de cometimento de crimes e o direcionamento específico de motivos, orientações e atitudes (SUTHERLAND, 2015, p. 81).

A aprendizagem do comportamento criminoso é o produto da existência de diversas “definições favoráveis aos padrões de comportamento criminoso e a insuficiência de definições favoráveis aos padrões de um comportamento não criminoso” (SUTHERLAND, 2015, p. 81).

Um último ponto relevante posto na teoria da associação diferencial é que o comportamento criminoso não seria explicado por necessidade, já que esta não seria capaz de explicar o comportamento criminoso em si, mas apenas o comportamento; para exemplificar a situação, Sutherland ilustra com a situação da “busca pelo dinheiro”, que pode ser encontrada tanto no crime patrimonial, como no trabalho do assalariado.

Um dos grandes méritos da teoria citada foi a criação de uma teoria de oposição à teoria do crime como uma patologia ou como produto de uma desordem social. O pressuposto é de que até haveria um conjunto de normas gerais aplicáveis a toda a sociedade, mas que esta estaria integrada por subculturas que criavam suas regras e normas próprias, inclusive, em muitas ocasiões, contrariando as próprias normas gerais. Portanto, para a explicação do comportamento criminoso, seria necessário, antes, compreender os padrões de comportamento da subcultura que o indivíduo estaria inserido e, assim, haveria a capacidade de explicar o tipo de desvio para cada “zona ecológica” e o contexto da cultura predominante (WOLFGANG, M. e FERRACUTI, F, 1969).

Um dos maiores críticos de Sutherland, Alessandro Baratta reconhece o mérito da sua teoria:

Colocando o acento, em primeiro lugar, sobre a importância dos mecanismos de aprendizagem e de diferenciação dos contatos, mas, em segundo lugar, também sobre a relação desta diferenciação com as diferenciações dos grupos sociais, Sutherland impulsionou a teoria da criminalidade para modelos explicativos que não se limitam à simples análise das associações diferenciais e dos mecanismos de aprendizagem, mas enfrentam diretamente o problema das causas sociais das diversas associações diferenciais e de sua qualidade. É Cohen quem desenvolve completamente este aspecto problemático da teoria das subculturas (BARATTA, 1999, p. 72-73).

Para além da sua contribuição acerca do processo de aprendizagem do comportamento criminoso, em substituição às teorias convencionais, certamente o maior mérito de Sutherland foi a publicação do seu estudo científico acerca da criminalidade do colarinho branco⁶, sob o título *White-collar criminality*, no qual se “denunciou” e explicou o processo de aprendizagem do comportamento criminoso das grandes empresas americanas e dos indivíduos que detêm o poder no estado capitalista.

A investigação da criminalidade dos detentores do capital político e econômico por Sutherland promoveu um giro nas pesquisas criminológicas que, antes, preocupavam-se apenas em investigar o desvio nas castas menos favorecidas, o que preservava a ideia de uma patologia social ou individual, de influência positivista. A investigação desse projeto de poder de exclusão da criminalidade de colarinho branco do sistema penal permitiu a verificação de que não era mais adequado o argumento de associação entre tendência ao crime e elementos genéticos ou hereditários, isto é, não se podia mais relacionar o crime à patologias. A sua pesquisa também foi capaz de perceber uma estratégia de poder que favorecia a exclusão dessas classes sociais da etiqueta penal, o que será melhor explorado adiante.

Nada obstante os avanços das teorias citadas para o abandono de critérios patológicos para a explicação da criminalidade, o resquício positivista submerge diante da adoção de um modelo do consenso, em que se prezava pela manutenção das estruturas, numa criminologia acrítica. Esses critérios do consenso foram os mesmos que, na história, fomentaram a perseguição ao que se denominou de criminosos natos ou personalidades voltadas ao crime (CASTRO, 1982, p. 75).

⁶ Clécio Lemos, na apresentação da versão brasileira do livro *Crimes de Colarinho Branco: versão sem cortes* (2015) explica a origem da expressão: “O autor não indica na obra, nem nos artigos que o precederam o motivo da expressão ‘colarinho branco’. Todavia, historicamente sabe-se que as indústrias possuíam uma divisão entre os portadores de colarinho azul (trabalhadores braçais, operários) e os de colarinho branco (trabalhadores intelectuais, da classe social mais privilegiada). Assim, a linguagem cotidiana passou a relacionar tais cores como representação das duas classes envolvidas.

A transição para um novo modelo sociológico se deu a partir das pesquisas criminológicas questionadoras do modelo posto, as quais inauguraram uma Criminologia do conflito. Em especial, o modelo do conflito, foi inaugurado a partir do enfoque do labeling approach, desenvolvido pelos criminólogos americanos Howard Becker, Edwin Lemert, Kai T. Erikson, J. Kitsuse, Edwin M. Schur e outros, no final da década de 50 e início da década de 60 do século XX.

A abordagem do labeling approach teve as suas bases fornecidas pelo modelo desenvolvido pelo filósofo Georg Herbert Mead (1934) que desenvolveu o conceito de interacionismo simbólico, modelo que defendia que a consciência de cada indivíduo surge durante a interação social, de modo que a personalidade de cada um seria construída a partir da interação.

A partir da noção filosófica, o labeling approach tomou posse das premissas para formular quesitos a partir do enfoque criminológico: “a) qual é a essência do desvio como fenômeno sociológico?; b) quais são os processos pelos quais as pessoas tipificam outras como desviantes?; c) como as pessoas compartilham essas tipificações?” (RUBINGTON, 1977, p. 196).

Os questionamentos acima denotam uma nova perspectiva criminológica distinta da do consenso, em que se transporta o centro de análise do crime e do criminoso para as instituições que produzem estes conceitos, isto é, determinar o que é “crime” seria papel da lei (produto da instituição legislativa) e determinar quem é “criminoso” também seria objeto da eleição estatal por meio do sistema de justiça criminal, ao determinar aqueles que seriam alcançados. O conflito desta nova perspectiva criminológica paira na superação da visão positivista de analisar a ação (delituosa) do indivíduo e buscar a explicação a partir de questões biopsicológicas.

Enquanto as teorias genéticas, psicológicas e estruturais-funcionalistas preocupavam-se com o estudo do desvio em si, a análise feita pelo labeling approach se dá a partir da observação da definição do desvio a partir da violação da norma penal e da reação social⁷ diante dessa violação⁸.

⁷ É por este motivo que a teoria do *labeling approach* é designada também como teoria da reação social; paradigma da reação social ou teoria do etiquetamento.

⁸ Antes mesmo de o termo *labeling approach* ter sido cunhado, Émile Durkheim, na sua obra *De la division du travail social* (1893) definia, em suma, o que Howard Becker considerou para criar a teoria da reação social: “Não se deve dizer que um fato lesiona a consciência coletiva, porque é criminoso, mas que é criminoso, porque lesiona a consciência coletiva. Nós não o condenamos, porque é um crime, mas é crime, porque nós o condenamos”.

Eu penso que, ao contrário, grupos sociais criam desvio fazendo as regras cuja violação constitui desvio, e aplicando essas regras a pessoas particulares e rotulando-as como 'outsiders'. Deste ponto de vista, desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas, ao contrário, a consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um 'ofensor'. O desviante é uma pessoa a quem este rótulo foi aplicado com sucesso. Comportamento desviante é comportamento que as pessoas assim rotulam (BECKER, 1963, p. 8)

Portanto, em linhas gerais, o que Becker (1963) expôs – e, posteriormente, foi reforçado em terras brasileiras por Vera Malaguti Batista (2012) – é que o controle efetuado pelas instituições do sistema de justiça criminal é que criaria a criminalidade, da mesma forma que a reação social atribuiria o status de criminoso a determinado indivíduo.

Amaral (2009) ilustra o processo de criminalização a partir da reação social, em citação à obra de Malinowski (2003), que narra a experiência de um suicídio ocorrido numa tribo das Ilhas Trobriands, motivado pela reação do grupo ao relacionamento existente entre o indivíduo que tirou a sua própria vida e uma mulher do seu clã:

As conclusões de Becker, ao observar a sociedade moderna do seu tempo, são verdadeiras regras as quais também podem ser aplicadas às sociedades quase tribais, sem refinamento social (...) Após as devidas observações, o antropólogo percebeu que esse rompimento era comum entre os nativos e a opinião do grupo 'não foi afrontada pelo conhecimento do crime em nenhum grau e nem reagiu diretamente', mas foi necessária uma declaração pública somada a insultos em meio à multidão para fazer com que o jovem assumisse um castigo: a própria morte. Ou seja, dependeu da reação do grupo para que o fato fosse considerado desviante, mas que era desde sua origem prática comum entre os costumes tribais, apesar de velada (AMARAL, 2009, p. 102).

Taylor, Walton e Young sintetizaram a teoria do etiquetamento em premissas, quais sejam: a) comportamento criminoso é comportamento rotulado como criminoso pelo controle social; b) um homem se torna criminoso porque uma violação inicial foi rotulada como criminosa; c) o controle do crime determina as taxas de desvio, como produto da atividade da polícia e da justiça criminal (TAYLOR, WALTON e YOUNG, 2013, p. 149).

Em síntese, o que se apresenta a partir da referida abordagem teórica é que a criminalidade não seria um dado ontológico pré-constituído à reação social, mas uma etiqueta que é atribuída a determinados indivíduos diante da reação social da prática do ato por aquele, em observância a complexos processos de definição e seleção (ANDRADE, 2003, p. 204).

Rompe-se, portanto, com a criminologia positivista, a partir das ideias de Becker acerca do etiquetamento, partindo de um paradigma etiológico para um paradigma da reação social.

Sofreu uma ampliação o conceito de labeling approach quando da sua recepção na Alemanha com a observação das metarregras que são “leis e mecanismos psíquicos atuantes nos processos intelectuais e emocionais do intérprete ou aplicador do direito, que constituem a ‘questão científica decisiva’ no processo de filtragem da população criminosa” (ANDRADE, 2012. p. 88). O que a recepção alemã da teoria propôs foi a construção da noção de criminalidade a partir das próprias agências penais, isto é, os tribunais, por exemplo, é que seriam responsáveis por determinar quem seria o criminoso e o que é criminalidade.

É inegável, ainda, a influência seletiva na atribuição das etiquetas aos indivíduos, da própria estrutura social segregadora e maniqueísta, refutando o próprio princípio de igualdade do Direito Penal (SANTOS, 2021), que é o discurso declarado dado pelas agências de controle, demonstrando, exatamente, a discrepância entre discurso e prática efetiva.

É inegável também a relação entre labeling approach e a criminalidade do colarinho branco, sobretudo após a publicação da obra já citada de Edwin Sutherland acerca do tema. A referida obra revelou que o poder político e econômico de empresários contribuíam com o processo de ocultação desses indivíduos em relação às agências de controle estatal, fazendo com que estes não fossem etiquetados pelo sistema, em detrimento dos mais débeis, menos possuidores e de castas mais frágeis.

A sua descoberta, a partir da análise de setenta grandes empresas americanas, foi justamente a de que a criminalidade existia no âmbito do alto poderio econômico, mas que esses agentes criminosos permaneceram fora das estatísticas oficiais, o que é designado como “cifra oculta”. O próprio Becker reconhecia essa prática ao afirmar que “muitos infratores podem evitar ser descobertos e, em consequência, não serem incluídos na categoria de desviados” (BECKER, 1963, p. 20). Como as pesquisas de cunho positivistas, anteriores à obra de Sutherland, tinham como método a observação apenas dos indivíduos que eram alcançados pelo sistema – até mesmo os estudos ecológicos da Escola de Chicago, que já se apresentavam como um avanço – gerava um falso resultado de que a pobreza estava associado à criminalidade.

O sociólogo americano possuía como objeto de estudo acordos judiciais, processos administrativos, memorandos das empresas e tudo aquilo que pudesse noticiar a prática criminosa, mesmo que não tivesse sido alcançado pelo sistema oficial de justiça criminal ou mesmo que tivesse sido alcançado, mas não acarretado em uma sentença absolutória ou condenatório, mas sem resolução de mérito. A conclusão é que existia um processo complexo que facilitava o distanciamento desses empresários e políticos da etiqueta penal, desde o processo legiferante até o processo de aplicação da norma, o que será trabalhado mais adiante acerca dos processos de criminalização.

Além de a pesquisa indicar que os crimes de colarinho branco geraram prejuízo maior, em termos de valores, que a soma de todos os valores auferidos pelos crimes patrimoniais, mostrou que a criminalidade dos mais poderosos era até mais frequente que a criminalidade comum. Portanto, efetivamente, em razão de uma estratégia da elite empresarial americana, estes não recebiam a etiqueta do sistema penal, enquanto os mais débeis, devido a sua condição de fragilidade política e econômica, acabavam por serem etiquetados.

Toda a pesquisa de Sutherland reforça o labeling approach ao sustentar que o criminoso não é quem comete crime, mas quem é selecionado pelas agências oficiais, como uma forma de reação social àquela prática criminosa específica. A inferência lógica da obra de Sutherland é que a cifra oculta da criminalidade econômica do colarinho branco denota a falibilidade do discurso das agências penais – e dos próprios princípios norteadores do direito penal – de igualdade no tratamento do indivíduo e de igualdade legal.

O sistema é retroalimentando, já que as pesquisas etiológicas fizeram nascer um estigma acerca dos hipossuficientes economicamente – atribuindo a estes, exclusivamente, os índices de criminalidades – e esse mesmo estigma orienta a ação dos órgãos oficiais a agir de maneira seletiva, em razão de não haver um alarme social considerável nos crimes de colarinho branco e um apelo muito maior na criminalidade comum (BARATTA, 1999).

Em razão da fragilidade institucional das agências penais, em todos os processos de criminalização, o labeling approach é observado nas práticas estatais, sobretudo na América Latina, denotando a discrepância existente entre discurso e práxis.

Toda a evolução histórica dos prismas criminológicos trazidos até o presente momento serviram para pairar naquele que é o paradigma referencial para a presente pesquisa, que é o da reação social. Olvida-se qualquer explicação de ordem etiológica e funda-se nos critérios de seleção e identificação por parte do sistema penal, levando em consideração a seletividade no processo de criminalização, evidenciado pela Criminologia Crítica para demonstrar, com precisão, a abordagem estatal sobre a criminalidade e o etiquetamento do indivíduo como criminoso.

2. A SELEÇÃO PENALIZANTE DAS AGÊNCIAS DE CONTROLE: A ESTRUTURA DOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A REPERCUSSÃO SELETIVA

O sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos – (Rusche; Kirchheimer, 2004, p.282)⁹.

A superação de um paradigma etiológico nos prismas criminológicos se iniciou a partir dos estudos que colocaram em evidência a necessidade de observar o desvio a partir da reação dos grupos sociais e das instituições, o que originou o paradigma da reação social, que é o ponto de partida da presente pesquisa. Em seguida à guinada na metodologia de observação da criminalidade, surgiu a Criminologia Crítica, dando continuidade ao modo de observação proposto pelo *labeling approach*, mas dando ênfase em acrescentar aspectos de enfrentamento a princípios da ideologia da defesa social que – àquela época (anos 60 e 70 do século XX) – encontravam-se como primados das sociedades capitalistas e liberais.

A Criminologia Crítica surgiu para explicar os fatores políticos por trás da seleção do comportamento considerado como desviante por parte das agências. Nesta fase, o *labeling approach* foi de extrema relevância, tanto por parte do pressuposto de que seria necessária a análise da reação social para a compreensão da criminalidade e do criminoso, como também por indicar que a análise do desvio deveria ocorrer de maneira separada e individual entre as diversas classes de uma sociedade. Esta abordagem permitiu observar o funcionamento das instâncias de controle do sistema penal e como alguns indivíduos eram punidos e outros sequer encontravam-se “visíveis” às agências de um sistema repressivo.

De plano o questionamento levantado por Alessandro Baratta (1999), na sua obra *Criminologia Crítica e crítica do direito penal*, é acerca do princípio da igualdade penal, o qual, em princípio, preconizaria que o sistema penal atuaria de maneira equânime a todos os indivíduos de uma sociedade. O princípio foi questionado a partir da evidência de que o sistema político de definição dos desviantes é controlado pelas elites, de modo que possuem mais chances de serem etiquetados os indivíduos pertencentes às classes subalternas.

⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Coleção Pensamento Criminológico, v. 3, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 282.

A observação mais evidente é que aqueles indivíduos responsáveis pela elaboração das leis que determinam o comportamento desviante e também os que são responsáveis pela aplicação dessas leis e concluem por determinar quem seria o sujeito desviante defendem os seus próprios interesses. Portanto, como os interesses defendidos são das elites (econômica e política), o sistema penal exerce o seu controle de maneira seletiva, alcançando os marginalizados socialmente e excluindo – na cifra oculta – aqueles que detêm o poderio econômico e político, o que denota uma discrepância entre a “criminalidade registrada e a criminalidade real” (BARATTA, 1999, p. 101-104).

O sistema penal passa a formar um sistema de controle único a partir da integração com o sistema de controle social¹⁰, exercido por várias instâncias de repressão, como família, igreja, ciência e organizações (CASTILHO, 2001, p. 39), que visa manter o “distanciamento” das elites com os marginalizados sociais, isto é, servir como instrumento de manutenção das desigualdades sociais. Apesar de haver um controle social realizado pelas instâncias informais, como já dito, o controle social por excelência é realizado pelas instâncias formais de controle, a exemplo das agências do sistema de justiça, como Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, além das próprias normas jurídicas¹¹, dotadas de coercitividade.

Este sistema integrado reúne dois objetivos para além do controle da criminalidade: fomentar a ação estatal repressiva em desfavor dos crimes patrimoniais, para valorizar o capital e, na mesma toada, fornecer imunidade aos crimes econômicos.

É incontestável a superação da noção de criminalidade como dado ontológico para a observação do fenômeno a partir de uma ótica da atuação do sistema integrado (sistema penal e sistema de controle social) e os mecanismos de criminalização (construção das definições de crime). A criminalidade, definitivamente, é encarada como uma construção social e o criminoso como um etiquetado, ou seja, o sistema seleciona os bens jurídicos-penais que serão tutelados e os indivíduos (frágeis no sistema social) que serão “alcançados”.

¹⁰ Nada obstante os diversos conceitos que podem ser empregados para definir o termo “*controle social*”, utilizaremos a definição de Ana Lúcia Sabadell (2008): “tudo aquilo que influencia o comportamento dos membros da sociedade”.

¹¹ Para Rosa (1996), a norma jurídica é o “instrumento institucionalizado mais importante do controle social”.

Alessandro Baratta resume, sucintamente, este momento da Criminologia crítica com ênfase no *labeling approach* e superação do paradigma etiológico:

Duas são as etapas principais deste caminho. Em primeiro lugar, o deslocamento do enfoque teórico do autor para as condições objetivas, estruturais e funcionais, que estão na origem dos fenômenos do desvio. Em segundo lugar, o deslocamento do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a 'realidade social' do desvio, ou seja, para os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização. (...) O salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade. A superação deste paradigma comporta, também, a superação de suas implicações ideológicas: a concepção do desvio e da criminalidade como realidade ontológica preexistente à reação social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica – duas atitudes, além de tudo, contraditórias entre si (BARATTA, 1999, p. 160-161).

Portanto, a Criminologia crítica cuidou de não apenas descrever o processo político de seleção do criminoso por parte do sistema penal, mas explicar a existência da segregação e a desigualdade no tratamento por parte das agências de controle, a partir dos processos de criminalização, sobretudo considerando a realidade latina de hegemonia capitalista sobre os marginalizados em processos de subdesenvolvimento (BARATTA, 1999).

Para explicar, portanto, a seletividade na eleição “do que” punir e “de quem” punir, é imprescindível observar a estrutura e os processos de criminalização, em todas as suas ordens, o que será explorado adiante.

2.1. O funcionamento do sistema integrado de controle social e a seletividade nos processos de criminalização

O princípio da igualdade penal preconiza que a norma penal alcança a todos os indivíduos de um corpo social de maneira equânime, isto é, como o direito penal tutela bens jurídicos por meio da elaboração de normas, a violação de um destes bens geraria o acionamento do sistema penal, o qual seria aplicado em desfavor do indivíduo transgressor. No entanto, como já visto, a partir do enfoque do *labeling approach* e a concepção formada de que o criminoso não era quem violaria o bem jurídico-penal, mas aquele que recebia a “etiqueta” de criminoso, passou a existir uma

demanda de análise dos processos de influência dessa seletividade nos instrumentos de controle do sistema penal.

Os processos de seleção da “pequena” parcela dos indivíduos que receberiam, de maneira efetiva, a tutela penal, é o que se chama de processos de criminalização e que não são fruto do mero acaso, mas produto das agências (formais e informais) de controle, de acordo com a formação econômico-social daquela sociedade produzida pelas condições de subordinação política e de exploração econômica (BARATTA, 1999).

Efetivamente, são três¹² processos seletivos de criminalização, denominados de criminalização primária, secundária e terciária (ANDRADE, 2003). A criminalização primária comporta, em todo o seu processo, a eleição de comportamentos que serão considerados como anti-normativos e de bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal – que diz respeito a um viés ideológico do processo de criminalização -, além de compreender um viés político de manutenção das elites.

Compreendendo estes dois vieses, é que a criminalização primária, num contexto de observação do fenômeno da seletividade penal, acaba por, na prática, proteger os privilégios e das classes dominantes, a partir da criminalização de comportamentos típicos dos “despossuídos” (comportamento contrário à concentração de capital), ou seja, das classes mais marginalizadas, e a imunização de comportamentos das classes hegemônicas, a exemplo daquelas condutas relativas à criminalidade econômica, como já antecipava Sutherland.

Em suma, a criminalização primária é definida 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), isto é, é o processo de construção da norma penal, de eleição do bem jurídico e de quantificação da sanção abstratamente cominada à violação da norma, tendo por consideração todos os aspectos ideológicos e políticos que ensejam as instâncias de controle formal criarem estes tipos penais.

¹² Alguns autores, a exemplo de Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003) e Becker (1963), consideram que são apenas dois processos de criminalização: primária e secundária. No entanto, utilizando o referencial teórico de Lola Aniyar de Castro (1972) – uma das primeiras criminólogas que se tem notícia acerca da utilização do termo -, esta estipula que os processos de criminalização podem ser observados a partir de três perspectivas que, à observação do trabalho, se “confundem” com os processos de criminalização primária, secundária e terciária, qual sejam: a) perspectiva horizontal; b) perspectiva diagonal e; c) perspectiva vertical.

À luz do paradigma teórico de Aniyar de Castro (1982), o processo de criminalização primária é o que a venezuelana chama de “processo de criminalização sob a perspectiva horizontal”, definindo da seguinte maneira:

Que estudia como una conducta social cualquiera puede, por obra de la Ley, convertirse en criminal (la ‘criminalizacion’ de la conducta sería sinónimo de incriminación). Es tal vez el aspecto más interesante: la mecánica social de las creaciones legales punitivas. (CASTRO, 1982, p. 69)

O prisma do *labeling approach* é elemento visível no processo de criminalização primária, pois percebe-se que os delitos são efetivamente os estereótipos sociais inseridos pela criação dos tipos penais, de modo que este elemento (os estereótipos) são os principais instrumentos de criminalização.

A conduta considerada como “desvio”, em muitas situações, podem ser idênticas a condutas “não-desviantes”; uma conduta proibida pela lei em uma dada sociedade ou em um dado grupo social pode ser cultural e usual em várias atividades sociais e empresariais. É nessa perspectiva que Aniyar de Castro expõe esse fenômeno acerca da perseguição aos usuários de maconha em algumas sociedades ocidentais e a permissão em outras culturas:

(...) en ocasiones una conducta desviada se pone de moda y pareciera que nada hay hoy más importante, por ejemplo, que perseguir a los que fuman marihuana, en tanto que en algunos países orientales el haschish es de curso legal y habitual desde hace siglos. (CASTRO, 1982, p. 70-71)

Por este motivo, é que a reação social diante do desvio, assim como a resposta do sistema de controle social e os processos de criminalização não podem ser estudados sem considerar o contexto de distribuição do capital naquela sociedade, além das estruturas de funcionamento, tanto das instâncias formais de controle, como das instâncias informais (COHEN, 1971). O estudo do contexto é relevante pelo fato de, a moderna sociologia, ter chegado à conclusão de que a lei (penal) é a voz dos grupos socioeconômicos hegemônicos, ou seja, reflete os interesses desses grupos.

Uma análise dos códigos penais dos países, é capaz de trazer a percepção da ideologia prevalecente nos estados mais que qualquer outra análise política profunda (CASTRO, 1982). Nas democracias capitalistas plenamente desenvolvidas – e até mesmo em países emergentes de capitalismo forte -, as leis estão sujeitas às pressões dos grupos dominantes (de concentração do capital).

A desproporcionalidade das penas em abstrato atribuídas a determinados delitos demonstram os verdadeiros interesses que representam: um crime de lesão corporal gravíssima no Brasil é apenado com uma pena de 2 a 8 anos, em uma situação que resulta, em muitas ocasiões, em lesões permanentes e irreversíveis à vítima, enquanto o furto, na sua modalidade qualificada (que ocorre na maioria das ocasiões), possui exatamente a mesma pena (2 a 8 anos).

Outro crime – este previsto na legislação especial brasileira – que guarda extrema desproporção com todo o sistema de normas penais é o do tráfico ilícito de entorpecentes que, nada obstante não exigir a efetiva prova do comércio da droga, além de ser crime cometido sem violência ou grave ameaça, possui uma pena elevada de 5 a 15 anos, demonstrando, claramente, a política de perseguição e combate às drogas por meio do sistema penal de controle.

Alessandro Baratta, no prefácio da obra *Diffíceis Ganhos Fáceis: Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro* (BATISTA, 2003, p. 32) explica, a partir do projeto das elites hegemônicas, as ações do processo de criminalização, tendo por base o contexto político e social de criação das normas:

(...) durante as grandes transformações sociais, como aquelas que aconteceram no início da história da sociedade capitalista, não foram os 'criminosos' que produziram a violência, mas, sobretudo, os poderosos que 'criaram' a criminalidade. Tendo imposto condições de desigualdade e de aproveitamento, tendo despojado violentamente populações inteiras de seus bens (como aconteceu com a expulsão dos camponeses da Europa) e da propriedade sobre seus corpos (como aconteceu com a escravidão dos negros na América), os grupos dominantes, então, impuseram, com as leis e com o poder institucional, a manutenção daquelas condições e definiram como 'criminosos' os despossuídos errantes, os escravos desobedientes ou ociosos, os subalternos indisciplinados ou rebeldes. O ponto de partida do direito penal moderno foi o *crimen lesae maiestatis*, o delito de lesa majestade contra o poder político e patrimonial das monarquias. (BATISTA, 2003, p. 32).

Em razão da utilização do Direito Penal para controle formal exercido pelas agências de controle, é que o processo de criminalização primária deve ser estudado a partir das normas e não a partir do "criminoso" ou do "desvio" em si. Em suma, o processo de criação das normas penais parte de uma estrutura de manutenção do abismo existente entre as classes dominantes (que querem ficar cada vez mais dominantes e não terem a sua dominância ameaçada), ao tipificar condutas como

desviantes, como aquelas que naturalmente são cometidas e praticadas pelas classes subalternas¹³.

A atuação dos instrumentos de controle social como forma de manutenção do *status quo* social, é assim relatado por Alessandro Baratta, ainda no prefácio da obra de Vera Malagutti Batista (2003):

O fortalecimento, social e político, das classes inferiores impôs lentamente códigos penais que se destinavam potencialmente a todos os autores de fatos tipificados como delitos, independentemente da sua extração de classe. Mas, como mostra a história e a sociologia dos sistemas punitivos, os seus reais destinatários permaneceram sendo os mesmos; os destinatários nunca foram verdadeiramente os autores dos fatos típicos, mas os tipos de autor, isto é, os tipos de autor pertencentes aos grupos sociais estigmatizados como criminosos potenciais, suspeitos de sê-lo e, por isso, perigosos. (BATISTA, 2003, p. 32).

Os responsáveis pelo processo de criação das leis (criminalização primária) são chamados de empresários morais (BECKER, 1963). Estes atuam tanto no processo de criminalização primária, como no processo de criminalização secundária, e são os indivíduos ou grupos que têm a capacidade de mover outros indivíduos para que estes ofereçam suporte e apoio genuíno para a finalidade pretendida.

Os empresários morais é que criam, por exemplo, o estereótipo do “bandido”: jovem, negro, funkeiro, skatista e morador de favela. Este estereótipo não só é criado pelo empresário moral, como é disseminado para atingir mais indivíduos a apoiarem a “causa” e, normalmente, são pessoas relevantes dentro do *corpus* social e que têm a capacidade persuasiva de influenciar outras pessoas. Isto porque, uma das características em comum entre estes indivíduos que exercem importância na posição que ocupam, é que possuem o “poder” da comunicação, conforme reconhecem Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003):

O conceito de empresário moral foi enunciado sobre observações relativas a outras sociedades, mas na nossa pode ser tanto um comunicador social, após uma audiência, um político em busca de admiradores ou um grupo religioso à procura de notoriedade, quanto um chefe de polícia à cata de poder ou uma organização que reivindica os direitos das minorias etc. Em qualquer um dos casos, a empresa moral acaba desembocando em um fenômeno comunicativo: não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado. A reivindicação contra a impunidade dos homicidas, dos estupradores, dos ladrões e dos

¹³ Nada obstante o paradigma da reação social ser uma perspectiva da metade do século XX, pode-se observar, a partir desta lente, fenômenos do passado, como o que ocorria com os ex-escravos após a Lei Áurea, os quais tinham muitas de suas práticas culturais criminalizadas, a exemplo do jogo de capoeira, conforme já citado neste trabalho.

meninos de rua, dos usuários de drogas etc., não se resolve nunca com a respectiva punição de fato, mas sim com urgentes medidas punitivas que atenuam as reclamações na comunicação ou permitem que o tempo lhes retire a centralidade comunicativa (ZAFFARONI et al, 2003, p. 45).

Portanto, a figura do empresário moral é de suma relevância, senão imprescindível, para o fenômeno da criminalização primária; as agências de criação das normas penais apenas sancionam novas leis incriminadoras diante da pressão desses empresários morais e dos grupos e indivíduos que foram por ele influenciados.

A seleção abstrata dos indivíduos e grupos que serão alcançados pela norma penal, a partir da eleição dos bens jurídicos tutelados pelas normas incriminadoras, que é previsto como o processo de criminalização primária, é o primeiro passo de uma atuação seletiva e desigual do sistema penal. Se a justiça penal demonstra não alcançar todos os indivíduos, elegendo aqueles que serão processados e depois punidos, conforme será observado adiante, este processo se inicia pela criação das normas, pois, sem elas, não haveria legitimidade da atuação das agências penais – que é o que permite a atuação das instituições a partir de um discurso, normalmente fomentado pelos empresário morais.

A segunda fase do processo de criminalização é o da criminalização secundária, que, tomando por consideração o filtro já existente realizado pela criminalização primária – ao definir as condutas que serão alvo dos sistemas penais – exercem a punição de um indivíduo concretamente, por intermédio das próprias agências de criminalização secundária, a exemplo da polícia, dos promotores de justiça, advogados e juízes.

Para a compreensão da integralidade do processo de criminalização secundária é necessária a ciência do pressuposto de que a atuação dos sistemas penais é limitada em razão da sua insuficiência operacional, de modo que o agir seletivo não é uma opção, mas a única maneira de concebê-lo. A celeuma, como se observa não é a atuação seletiva das agências penais, por si só, mas o fato de que estas, da mesma forma, participam da eleição – assim como as agências de criminalização primárias o fazem em relação à elaboração das normas penais – dos indivíduos que serão concretamente punidos, agindo seletivamente em detrimento de pessoas e grupos específicos.

Ainda que haja um projeto político de criminalização excessiva das condutas tidas como crimes, em atos de criminalização concreta do indivíduo, este programa

não alcançaria o seu objetivo em razão da incapacidade operacional das agências penais. É por este motivo que, diante da existência de tipos penais que estipulam condutas como sendo delituosas e passíveis de criminalizar concretamente um indivíduo, muitos, apesar de praticar essas condutas, não são efetivamente alcançados pelo processo de criminalização secundária, de modo a demonstrar que a “impunidade” surge como regra.

Como a criminalização concreta torna-se exceção num cenário de impunidade, a atuação dos empresários morais também torna-se essencial na criminalização secundária. É desta lacuna de intervenção estatal que os empresários morais administram o “campo fértil” para determinar às agências políticas os indivíduos que serão selecionados pelo sistema penal, no âmbito da concretude da sua punição.

Do ponto de vista logístico, a atuação das agências de controle no processo de criminalização secundária acaba por ser limitada e, em decorrência disso, gera uma “reiteração ritual” (MERTON, 1964, p. 202, apud ZAFFARONI et al, 2003, p. 45), que consiste nas ações das agências na escolha dos indivíduos “alcançáveis” a partir de um costume burocrático, que olvida-se do real propósito da seleção daquele indivíduo e mira nos que são mais débeis e frágeis, em razão da facilidade com que podem ser alcançados. A tradução deste procedimento “viciado” se dá diante da criminalização secundária, a qual opera seletivamente na escolha e no alcance daqueles que são mais facilmente detectados: a “obra tosca da criminalidade” e aqueles carentes de poder de convencimento das massas (opostos aos empresários morais) e sem capital político e econômico.

Já num prisma político, é perceptível que a seletividade operada em relação a esse grupos de indivíduos de pouco ou nenhum exercício de poder fere o princípio da igualdade, insculpido nas mais basilares lições de Direito Processual Penal, replicando o que a própria Carta Maior estipula acerca do tratamento que deve ser dispensado aos cidadãos, não apenas em relação à formatação da lei, mas também quanto à sua aplicação. Portanto, a práxis seletiva opera de maneira oposta à previsão legal e constitucional da (necessária) igualdade de tratamento aos cidadãos.

A quebra da igualdade no tratamento dado pelas agências penais aos cidadãos, acaba por criar um estereótipo (CHAPMAN, 1971) de que os indivíduos criminalizados (aqueles da *obra tosca da criminalidade*) são os únicos a cometerem crimes, recebendo, portanto, a etiqueta de criminoso. É a partir desta formação de

uma imagem comum aos cidadãos e as instituições, de um indivíduo “criminoso”, que costumeiramente se associa pessoas com determinadas características – como “componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos” (ZAFFARONI et al, 2003, p. 46) – à delinquência.

Por muito tempo, inclusive, sobretudo no apogeu do biologismo criminológico (capitaneado por Lombroso e outros), em razão da observação de caracteres estéticos semelhantes entre os indivíduos submetidos ao cárcere, atribuiu-se o desvio a esses critérios faciais e corporais, quando, de fato o que ocorria, é que havia essa similitude em razão da escolha desses indivíduos ser seletiva e operar sobre pessoas de determinados grupos detentores de uma uniformidade estética. Muylart de Vouglans (1762, apud ZAFFARONI et al, 2003), pós-glosador, em sua obra, recomendava – conforme esta orientação -, que a tortura deveria se iniciar pelos mais disformes, isto é, aqueles que possuíam determinados desvalores estéticos.

O estereótipo dos indivíduos alcançados pelo processo seletivo de criminalização secundária, da mesma forma que estimula o ciclo incansável de punição concreta daqueles que pertencem a estes grupos, gera – em sentido oposto – a impunidade dos grupos “não etiquetados”, como antecipada a tese do *labelling approach*:

A seleção criminalizante secundária conforme ao estereótipo condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, de tal modo que o mesmo se torna inoperante para qualquer outra clientela, motivo pelo qual: a) é importante perante os delitos do poder econômico (os chamados crimes ‘do colarinho branco’); b) também o é, de modo mais dramático, diante de conflitos muito graves e não-convencionais, como o uso de meios letais massivos contra população indiscriminada, usualmente chamado *terrorismo*; e c) torna-se desconcertado nos casos excepcionais em que há seleção de alguém que não se encaixa nesse quadro (as agências políticas e de comunicação pressionam, os advogados formulam questionamentos aos quais não sabe responder, destinam-se-lhes alojamentos diferenciados nas prisões etc.). Em casos extremos, os próprios clientes não-convencionais contribuem para a manutenção das agências, particularmente das cadeias, com o que o sistema atinge sua maior contradição (ZAFFARONI et al, 2003, p. 47).

O papel dos empresários morais se demonstra como eficaz, naquilo que se propõem, a partir do momento em que a maior parte da população acredita que os alcançados pelo processo de criminalização secundária, ou seja, aqueles que seriam efetivamente presos e encarcerados concretamente, seriam os autores de crimes “graves” e hediondos. No entanto, as pesquisas empíricas que se detém sobre dados quantitativos, constata que a maioria dos presos em diferentes sociedades, de

diferentes culturas, ali estão em razão de crimes patrimoniais, isto é, a *obra tosca da criminalidade*.

A impressão equivocada gerada na sociedade em geral é descrita por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003):

O estereótipo criminal se compõe de caracteres que correspondem a pessoas em posição social desvantajosa e, por conseguinte, com educação primitiva, cujos eventuais delitos, em geral, apenas podem ser obras toscas, o que só faz reforçar ainda mais os preconceitos racistas e de classe. À medida que a comunicação oculta o resto dos ilícitos cometidos por outras pessoas de uma maneira menos grosseira e mostra as obras toscas como os únicos delitos. Isto leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, e este conceito acaba sendo assumido por equivocados pensamentos humanistas que afirmam serem a pobreza, a educação deficiente etc., as causas do delito, quando, na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses segmentos sociais, mas, sobretudo, de sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o imenso oceano de ilícitos dos outros segmentos, que os cometem com menor rudeza ou mesmo com refinamento. (ZAFFARONI et al, 2003, p. 48).

Esses indivíduos etiquetados se tornam mais *vulneráveis* ao processo de criminalização secundária, tanto em razão dos seus caracteres fisiológicos que correspondem às características elencadas pelos estereótipo como sendo intrínsecas à criminalidade, como também pelo fato de estes, em razão de sua própria condição ocupada no estrato social, praticar condutas em desacordo com a lei que são de fácil detecção pelas agências penais. Em suma,

[...] as agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização – mediante suas obras toscas – como seu inescotável combustível” (ZAFFARONI et al., 2003, p. 47).

É perceptível que o programa de criminalização primária não é capaz de atender os interesses de todos os grupos conviventes em uma sociedade, já que se parte do pressuposto de que as agências que perfazem o sistema penal, caso efetivamente se detivessem sobre todos os fatos e condutas que criminaliza, haveria a punição de quase toda a população, resultando numa banalização do funcionamento das agências que, ainda, não possuiria as condições estruturais de alcançar a todos.

Justamente em função desta fragilidade estrutural e operacional dos sistemas penais, na sua pretensa atuação em patamar de igualdade, é que o processo de criminalização secundária sempre vai agir de modo seletivo, sobretudo a partir das

escolhas realizadas pelos empresários morais, o que descamba naqueles indivíduos que tendem a receber a etiqueta penal.

A seletividade no alcance dos indivíduos *vulnerabilizados* se dá, portanto, de maneira estrutural, tanto no processo de criminalização primária, como no de criminalização secundária.

Por fim, quanto ao processo de criminalização terciária – para os que defendem a sua existência -, este se refere à *perspectiva vertical* (CASTRO, 1982) dos processos de criminalização, o que se entende como os processos estatais e sistemáticos que conduzem um indivíduo à escolha da carreira criminosa, especialmente o processo de estigmatização gerado posteriormente à sua punição concreta (criminalização secundária) e a sua inserção no cárcere. A criminalização terciária tenta explicar o processo pelo qual um indivíduo que comete um simples desvio torna-se um criminoso, a fundamentar a partir da criminalização como um produto da estigmatização gerada pela sanção.

O fenômeno de etiquetamento/estigmatização é resultante não apenas da criminalização terciária, mas de todos os processos de criminalização. Há todo um processo psicossocial de estigmatização que subtrai paulatinamente elementos da identidade pessoal originária do indivíduo e insere elementos dessa nova cultura criminosa, conforme revela Castro (1982):

La integración de un sujeto a la llamada subcultura delincuente es así una decisión progresiva, (viciada en su libertad por estos mecanismos sociales de pérdida de identidad), sobre la escogencia de una profesión dentro del margen de posibilidades ocupacionales, (Chapman) en una sociedad que, además, ofrece al delito más recompensas que la virtud (Wooton). Esta escogencia profesional, que puede verificarse también con anterioridad al proceso de estigmatización, debe ser estudiada según los parámetros del sistema socio-económico y de producción donde se realiza, y está, por lo tanto, motivada diversamente en los países subdesarrollados y en las grandes sociedades industriales (CASTRO, 1982, p. 70).

Os mecanismos de produção das normas penais e de posterior aplicação destas na punição concreta dos indivíduos seguem, inequivocamente, os estereótipos dos “delinquentes”, propositadamente gerados pela classe socioeconômica dominante, tudo como uma forma de manutenção do sistema desigual e seletivo. Portanto, todos os mecanismos de criminalização (primária, secundária e terciária) possuem uma maneira comum de agir, pautada na seletividade, elegendo

determinados indivíduos, que se encontram mais facilmente ao alcance das agências penais.

No entanto, o processo de criminalização concreta por excelência é o processo de criminalização secundária, de modo que é a forma mais adequada para averiguação acerca da existência da atuação (seletiva) do sistema penal, já que apenas assim pode-se verificar como os juízes julgam efetivamente os indivíduos. É certo que uma análise do processo de criminalização primária pode evidenciar abstratamente a discrepância entre discurso e prática legislativa, enquanto a criminalização terciária também pode contribuir para uma explicação teórica da criminalidade, mas apenas a observação de como os tribunais e juízes punem na prática é que têm a capacidade de demonstrar, empiricamente, a existência da seletividade no agir do sistema penal.

Em função dessa exclusividade do processo de criminalização secundária é que o presente trabalho terá por foco esta abordagem em específico.

2.2. O processo de criminalização secundária e a escolha de um inimigo

Na virada da perspectiva de uma criminologia voltada para o desvio em si para a observação das instituições e agências que realizam o processo de controle dos grupos sociais, foi que se deu maior atenção ao fenômeno de criminalização dos indivíduos e como o sistema operava na prática e a sua (in)congruência com os discursos declarados. A práxis revelou-se distinta da expectativa teórica de igualdade e demonstrou a existência de seletividade nos processos de criminalização.

A criminologia crítica, diante desse contexto, cunhou a expressão “mito da igualdade” para conceituar o fenômeno da discrepância entre teoria e prática no tratamento do indivíduo pelos sistemas de controle social, tendo Baratta (1999, p. 162) resumido o conceito em proposições, informando o que se esperava da igualdade como princípio:

a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais *chances* de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade). (BARATTA, 1999, p. 162).

O autor continua expondo o que contraria o discurso teórico e realiza a crítica fundada na prática:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (BARATTA, 1999, p. 162).

Portanto, logo no processo de criação de leis (criminalização primária) se percebe o fenômeno seletivo, quando a formulação dos tipos penais são direcionadas às classes despossuídas, frágeis do ponto de vista capitalista, enquanto não se preocupam em estipular bens jurídicos tutelados pela norma penal relativos a delitos cometidos pelos detentores do capital. No entanto, este processo de criminalização primária se encontra num grau abstrato, em que não é possível saber exatamente quem está se punindo, de modo que a seletividade – apesar de presente neste primeiro passo da criminalização – ocorre por excelência na punição concreta do indivíduo, isto é, a partir da criminalização secundária (ZAFFARONI et al, 2003, p. 44).

Tanto é assim que “os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato” (BARATTA, 1999, p. 176), ou seja, a atuação concreta das agências de controle social na aplicação da norma penal em desfavor de um cidadão especificamente, apenas ratificam a seletividade existente no processo de formulação técnica dos tipos penais.

Devido à observação dos processos de criminalização para a explicação do desvio, que as teorias criminológicas passaram a dar maior ênfase em como o sistema de controle era orientado, diante do interesse dos grupos dominantes, a agir no caso concreto em que os indivíduos eram alcançados, processados e punidos.

Todo o processo de punição concreta do indivíduo, isto é, na fase de criminalização secundária, as agências formais de controle social (a exemplo das polícias, dos juízes, promotores de justiça, advogados e etc) baseiam-se no estereótipo do desviante para condicionar o seu comportamento, contribuindo, a partir desta ação seletiva (de alcance do desviante pelo rótulo), com a formação de carreiras desviantes.

Não há, portanto, como compreender a atuação das agências de controle no processo de criminalização secundária sem observar os pressupostos do *labelling approach* e do paradigma da reação social, já que estes prismas é que possibilitam a criminologia crítica conhecer do desvio não como descumprimento de uma norma, mas como resultante de uma escolha das instituições de controle, assim como conhecer do desviante como um “rotulado” em razão das suas condições sociais numa sociedade capitalista.

Em suma, a criminologia que parte do paradigma da reação social desloca a ênfase na observação do autor do delito (aquele que infringe diretamente a norma penal) para todo o aparato e o sistema de controle social das agências formais (polícia, Ministério Público e prisão) (CASTRO, 1983).

Uma das grandes dificuldades da análise da criminalidade a partir da reação social reside nas cifras ocultas, termo utilizado para descrever a discrepância entre criminalidade aparente e criminalidade real. A criminalidade aparente pode ser definida como a criminalidade que é conhecida pelos órgãos oficiais de controle e que também exercem o papel no processo de criminalização secundária (a polícia quando prende o infrator, o Ministério Público quando o processa, o juiz quando o julga e etc), enquanto a criminalidade real é aquela que se refere ao número total de infrações cometidas.

A discrepância existente na cifra oculta é representada por

(...) fatos (i) não descobertos, ou (ii) não percebidos como criminosos pelas vítimas, ou (iii) não denunciados por temor de represálias, da ação da polícia, ou de outras implicações (companhia de prostitutas, crimes sexuais etc.), ou (iv) pelo comportamento da polícia, sob as formas de desinteresse de esclarecer (crimes sem vítima), de incapacidade técnica ou de recursos humanos insuficientes, ou interesse de não investigar o fato (crimes do poder político, por exemplo) (SANTOS, 2021, p. 305).

Os crimes que formam a cifra oculta da criminalidade sequer tornam-se estatísticas, já que não são conhecidos pelas agências oficiais de controle social; os fatos criminosos (na acepção literal do antijurídico, tido como a prática de uma infração penal) não são sequer registrados pela polícia, que seria o primeiro ponto de contato do indivíduo infrator com as agências de criminalização secundária.

As formas encontradas para tomar efetivo conhecimento da prática destas infrações penais que, a princípio, não são descobertas ou alcançadas pela agências de controle social, são: a) a autoconfissão, a partir de auto relatos anônimos dos

infratores; b) a partir dos estudos da vítima, ou seja, comparando os relatos das vítimas com as estatísticas oficiais referente a cada caso (CASTRO, 1983, p. 67).

Uma outra forma de “descobrir” as condutas não alcançadas pelas agências oficiais de controle se dá a partir da análise de “acordos extrajudiciais, decisões administrativas, os processos extintos sem julgamento de mérito, os comunicados internos das empresas, enfim, todas aquelas informações que levavam à existência de práticas criminosas mesmo que não oficialmente declaradas por meio de sentenças definitivas”, (SUTHERLAND, 2015, p. 16).

O conhecimento da cifra oculta foi, inclusive, uma das grandes descobertas da obra de Sutherland (*White-collar criminality*), tendo resultado na ênfase do prisma criminológico na observação aos processos de criminalização. Descobriu-se na obra citada que a criminalidade dos detentores de poder político e econômico eram ainda mais frequentes que a criminalidade “dos pobres”, mas em razão da maneira organizada com a qual as ações criminosas eram praticadas, conseguia escapar e não ser alcançado pelas agências oficiais de controle.

A partir deste marco é que se observou que o estudo acerca da prática criminosa não deveria restringir-se aos indivíduos efetivamente processados e condenados, como o senso social acreditava. O estudo da criminalidade não se limita aos selecionados pelo sistema, já que se reconhece que o crime ocorre mesmo quando não é alcançado pelas estatísticas oficiais.

O primeiro momento de seletividade no processo de criminalização é observado a partir da própria incapacidade estrutural do sistema de controle, já que a cifra oculta denota que apenas alguns crimes são efetivamente processados. Diante da deficiência operacional, observa-se que há um padrão ou uma tendência no processo de criminalização, ao determinar quais os indivíduos que, mesmo diante de um sistema inoperante (em relação ao seu discurso oficial de igualdade), acabam sendo selecionados.

Esse giro metodológico foi importante para demonstrar a falência dos estudos que precederam o *labeling approach* e o paradigma da reação social, as quais constantemente traçaram a pobreza como um dado frequente associado aos índices de criminalidade, num paradigma que tratava o crime como um dado patológico (social). O que se percebeu, a partir da análise do comportamento das instituições formais de controle, é que a pobreza não era indicativo da criminalidade, mas um indicativo de que os indivíduos pobres tendem a ser mais criminalizados.

O equívoco das pesquisas superadas, de perspectiva etiológica, é observado a partir da tendência criminalizante a um determinado grupo social:

A parcela dos comportamentos criminosos na qual as teorias estão fundadas está relacionada de maneira tendenciosa ao status socioeconômico, eis que exclui tais negócios e profissionais. A proposição é quase tão certa quanto seria se os cientistas tivessem selecionado apenas os criminosos ruivos para estudar e alcançassem a conclusão de que a vermelhidão do cabelo foi a causa dos crimes (SUTHERLAND, 2015, p. 33).

Portanto, o sistema penal acaba por receber, seletivamente, apenas determinados indivíduos, tanto em razão da incapacidade operacional das agências de controle, como em razão da própria função marginalizante da criminalização. Por consequência, a punição dos despossuídos demonstra, implicitamente, a estratégia de poder de exclusão dos crimes de “colarinho branco”¹⁴ da etiqueta do sistema penal; ainda que ocorra a prática formal de uma conduta tipificada como crime, o crime econômico, majoritariamente, não é objeto de censura por parte das agências oficiais de controle.

Mais especificamente na criminalização secundária, os estudos acerca da seletividade nesse processo demonstram que há uma discricionariedade na atuação dessas agências de controle, em que as instituições agem conforme o código próprio delas, a partir de suas próprias variáveis subjetivas que criam o “modo-de-agir” de cada uma delas. A atuação discricionária das agências de controle traz à superfície a existência de variáveis que divergem da noção legal e oficial de atuação destas, deslocando o processo de escolha (seletividade) do indivíduo que será alcançado para os códigos informais de poder.

Os códigos de poder não previstos legalmente, exercidos pelas agências de controle, também chamados de “meta-regras” são “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, 2003, p. 268). Portanto, o papel dos “empresários morais” nessa seara é de fundamental

¹⁴ Castro (1983) assim define os caracteres da criminalidade de colarinho branco (o que vale a pena explicitar, em razão da incerteza conceitual do termo pelo próprio autor que o elaborou): “(i) o status socioeconômico elevado do sujeito ativo, (ii) a execução do crime mediante atividades econômico-empresarial ou político-administrativa, (iii) a ausência de estigmatização social pela conduta criminosa, (iv) a imunidade do autor, por complexidades legais, tribunais especiais ou cumplicidade das autoridades (apud SANTOS, 2021, p. 306). Já o próprio Sutherland define da seguinte forma: “Crime de colarinho branco pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e de alto status social no curso de sua atividade (SUTHERLAND, 2015, p.33-34).

importância, já que fomenta os integrantes daquela instituição específica, de modo que participa - ainda que indiretamente - da formação das meta-regras e, conseqüentemente, dos indivíduos que serão processados e punidos.

Os estereótipos formados previamente, a partir da condição socioeconômica dos indivíduos pertencentes a determinados grupos sociais, são pressupostos que influenciam as agências de controle a decidir quem serão os selecionados pelo sistema.

Esse processo fica evidente, sobretudo, a partir da atuação da polícia, em razão de possuir maior margem de discricionariedade nas ações dos seus membros, sem que haja um mecanismo claro de controle e de parametrização dos atos comuns ao exercício da função policial. A incapacidade operacional da polícia, especificamente, junto ao baixo controle formal das demais instituições de poder, faz com que mesmo diante da notícia de uma infração penal, escolha não agir no caso, balizado a partir das regras informais já mencionadas.

Apenas para exemplificar, surgem como critérios para verificar se irão agir ou não diante da notícia de uma infração penal cometida concretamente, questões como: a) a importância que a vítima dá ao delito (se ela possui interesse no prosseguimento do procedimento em desfavor do autor do crime), b) a previsibilidade da atuação de outras instâncias de controle (ex: a polícia deixa de prender um indivíduo por acreditar que este será liberado na audiência de custódia); c) “distância” social entre a polícia e o local de ocorrência do fato (nos locais de maior privilégio socioeconômico a polícia tende a respeitar as regras oficiais); d) comportamento do infrator (se agressivo, tende a causar antipatia com a polícia e estimula a sua reação; se passivo e humilde, tende a gerar complacência e empatia por parte da polícia), dentre outros critérios informalmente criados (DIAS E ANDRADE, 1997, p. 443).

O Ministério Público também possui o seu espaço de discricionariedade, apesar de reduzido em relação à atuação da polícia, em virtude do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, já que aqueles casos que chegam formalmente ao órgão acusatório devem ser denunciados perante a Justiça ou arquivados, de modo a tornar-se mais difícil uma simples escolha de não “apreciar” o caso, como é possível de a polícia assim agir.

No entanto, o Ministério Público pode, diante da situação concreta, em análise dos estereótipos dos indivíduos indiciados e de suas meta-regras próprias, requerer o arquivamento do caso que, pelo regimento legal, deve passar ainda pelo crivo do

judiciário - por isso, mais uma vez, o espaço de discricionariedade é mais reduzido que o de outras agências.

A última etapa do processo de criminalização secundária é do julgamento pelo Judiciário. É nesse ponto em que o indivíduo efetivamente saberá se será responsabilizado pelo ato a ele imputado ou não, isto é, em observância aos outros fatores que conduzem a uma condenação ou a uma absolvição, em análise de todo o contexto já passado para aquele indivíduo estar nessa posição de acusado, se irá receber a etiqueta penal ou não, já que a sua ação já se tornou visível ao sistema.

Um produto de todo o processo de criminalização secundária, presente na atuação de todas as agências oficiais de controle - ainda que estas não ajam, sempre, em cooperação umas com as outras - é o processo de formação de um inimigo, o que acaba estimulando a cifra oculta (a ensejar menor provocação das agências para o controle dos crimes praticados pelos indivíduos que não são considerados inimigos), além de fomentar a conclusão pública de associação entre criminalidade e um outro caractere do inimigo (como, por exemplo, a pobreza), quando este inimigo, na maioria das vezes, é apenas mais propenso ao processo de criminalização.

A cifra aparente acaba por recair sob o “inimigo”, que é o indivíduo que é estigmatizado, antes mesmo de receber a sua efetiva condenação. O inimigo recebe essa qualidade e, por conseguinte, um tratamento diferenciado por parte das agências penais (ainda que seja de maneira implícita), de modo que o seu estereótipo reforça a sua condição de hipossuficiência e de visibilidade ao sistema penal.

Por ser considerado como perigoso para a vida em sociedade, o inimigo tem a sua condição de pessoa suprimida, de modo a se fazer uma distinção entre cidadãos e inimigos (ZAFFARONI, 2011). Diante dessa distinção proposta, o sistema penal também é responsável por tratá-los de maneira diversa, atribuindo condições e direitos diferentes; enquanto o cidadão detentor de direitos é julgado pelo Direito Penal do fato e da culpabilidade, o inimigo é julgado pelo Direito Penal do autor e da periculosidade (JAKOBS, 2004, p. 88 apud SANTOS, 2021, p.345), definido da seguinte maneira:

a) a pena para o cidadão é uma reação contrafática com significado simbólico de afirmação da validade da norma, em relação de contradição com o fato passado do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pretende reprimir; b) a pena para o inimigo é uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, em obstáculo antecipado ao fato futuro do crime,

cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir (JAKOBS, 2004, p. 89 apud SANTOS, 2021, p. 345).

Nada obstante o desenvolvimento de teorias até menos recentes que o *Direito Penal do Inimigo*, como a do *labeling approach* - que foi paradigmática ao superar o prisma etiológico da explicação da criminalidade - Gunther Jakobs ignora os estudos acerca da reação social e da seletividade existente no sistema penal para, novamente, restituir a condição de criminoso a fatores biopsicológicos.

Ainda que a citada teoria resgate visões criminológicas ultrapassadas, a formação de um inimigo a partir do processo de criminalização é evidente nas sociedades modernas, tornando-se mais vulneráveis ao alcance do sistema penal. Além de receber um tratamento diferenciado pelas próprias agências de criminalização secundária, a atribuição da condição de inimigo traz à tona o que a teoria do etiquetamento social já evidenciava: o indivíduo é etiquetado e torna-se mais visível à punição concreta de suas condutas criminosas.

O estado de vulnerabilidade deste indivíduo tido como “inimigo” pode ser mais alto ou mais baixo conforme a correspondência com o estereótipo de um “não-cidadão” for maior ou menor.

Apesar do resgate de teorias consideradas como ultrapassadas, a ideia de um inimigo na sociedade é o que fomenta a atuação dos empresários morais, contribuindo ainda mais com o processo de seletividade das agências penais, sobretudo no processo de criminalização secundária. Como última instância do processo de criminalização secundária, após o alcance do indivíduo pela polícia e pelo Ministério Público, o Poder Judiciário se apresenta como um dos mais suscetíveis às ações seletivas desse processo (sobretudo a partir da consideração da existência de um inimigo) e o que será abordado neste trabalho.

No entanto, em contrapartida ao senso comum, o judiciário - a última instância do processo de criminalização secundária - não exerce o principal papel em razão das limitações de discricionariedade. Como já dito, em razão da elevada margem de discricionariedade que possui a polícia, ela exerce maior influência no processo de criminalização secundária, enquanto o judiciário se limita a atuar nos casos que já foram selecionados pela polícia e pelo Ministério Público.

A seletividade operada pelos juízes funciona em todas as fases do processo penal, desde o primeiro ato da ação penal (a exemplo do recebimento da denúncia), até o momento final de prolação da sentença condenatória ou de absolvição. Os

estereótipos atuam nessas fases processuais e na formação da convicção do magistrado acerca da culpabilidade ou não do indivíduo, de modo que o “filtro acusatório”, como por exemplo a análise dos indícios de autoria e materialidade para recebimento da denúncia ou para prolação da decisão de pronúncia (no rito especial do Tribunal do Júri), sempre são avaliados a partir dos estigmas evidenciados pelo acusado.

Da mesma forma que a polícia, os juízes também possuem suas meta-regras na escolha de quem punir, inaugurando a ideia de que o juiz não decide apenas conforme o direito, mas leva em consideração aspectos extralegais que não dizem respeito à conduta criminosa em si e aos predicados legais, mas caracteres psicológicos que influenciam o convencimento do julgador. É notável, por exemplo, que há uma “empatia” (*rapport*) do juiz com o acusado que integra o mesmo status social que o seu, em detrimento dos desviantes despossuídos, no sentido de ser mais leniente com as condutas praticadas por aquele acusado privilegiado e menos compreensivo com as ações do indivíduo pobre:

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).

Esse comportamento do judiciário de correlacionar a culpa do indivíduo acusado à sua condição pode ser observado também a partir da afirmação:

(...) de que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores. (BARATTA, 1999, p. 178).

Não apenas quanto a culpabilidade do indivíduo, mas também em relação “à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa)”, como em relação “ao caráter sintomático do delito em face da personalidade” (BARATTA, 1999, p. 177), o juiz tende a observar esses critérios a partir da condição social ocupada pelo acusado. Até mesmo no que se refere à aplicação de benefícios processuais penais e as espécies de sanções atribuídas ao acusado, são influenciadas pela observação do juiz das suas próprias meta-regras, sobretudo a posição social ocupada pelo indivíduo:

Também nos critérios que presidem à aplicação da suspensão condicional da pena, elementos relativos à situação familiar e profissional do acusado jogam um papel decisivo. Estudos neste campo mostram que estes critérios são particularmente favoráveis aos acusados provenientes das camadas inferiores. Considerando, enfim, o uso de sanções pecuniárias e sanções detentivas, nos casos em que são previstas, os critérios de escolha funcionam nitidamente em desfavor dos marginalizados e do subproletariado, no sentido de que prevalece a tendência a considerar a pena detentiva como mais adequada, no seu caso, porque é menos comprometedora para o seu status social já baixo, e porque entra na imagem normal do que frequentemente acontece a indivíduos pertencentes a tais grupos sociais, enquanto, ao contrário, para reportar as palavras de um juiz pertencente a um grupo sobre o qual foi dirigida uma pesquisa, 'um acadêmico na prisão... é, para nós uma realidade inimaginável' (BARATTA, 1999, p. 178).

No entanto, para evitar que torne-se evidente a seletividade por parte dos juízes, estes têm que se valer de critérios legais e dogmáticos para fundamentar as decisões de permissão (ou não) do filtro acusatório nas fases processuais, assim como para fundamentar as suas decisões condenatórias ou absolutórias. Isso resta evidente a partir da existência da cifra oculta, já que não basta um indivíduo cometer uma conduta tida por infração penal que este será, necessariamente etiquetado; há um longo processo de reflexão por parte do juiz na criminalização secundária, no qual se observa regras outras que não as estabelecidas legalmente pela dogmática penal (ANDRADE, 2003, p. 60).

A conclusão acerca da condenação ou absolvição do indivíduo ocorre, inclusive, desde o início do processo, a partir da análise dos aspectos individuais referentes às condições socioeconômicas do acusado, por exemplo, e no momento de prolação da decisão, o juiz apenas busca as premissas dogmáticas e legais para embasar a sua decisão previamente tomada.

Portanto, o juiz elabora fundamentos dogmáticos apenas para que a sua real compreensão acerca do indivíduo e do fato (definida a partir das suas meta-regras) não seja revelada, já que se o fosse não seria aceito pela comunidade em geral.

Partindo da premissa de que o juiz, ao decidir acerca de um determinado caso, não se vale dos argumentos reais de sua compreensão acerca do fato, mas de argumentos dogmáticos, o presente trabalho se incumbirá de verificar as decisões judiciais em sede de habeas corpus julgados no Superior Tribunal de Justiça, para observar, quantitativamente, se os argumentos legais da decisão servem apenas para dar uma "roupagem" jurídica à decisão seletiva que já foi tomada.

3. DO INSTRUMENTO GARANTIDOR DA LIBERDADE: O DESENHO INSTITUCIONAL DO HABEAS CORPUS E A SITUAÇÃO DA SUA IMPETRAÇÃO PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A partir da compreensão do funcionamento das agências oficiais de controle do sistema de justiça criminal hodierno, especialmente no que se refere aos processos de criminalização e ao fenômeno da seletividade penal nesses âmbitos, é que se entende a relevância da análise prática das ações efetivas dessas instituições penais, para que a racionalidade acerca da atuação destas não se limite à apreciação dos seus discursos oficiais.

Isso porque, em muitos momentos da história das ciências criminais, como já foi exaustivamente exposto no primeiro capítulo deste trabalho, se creditou o conhecimento científico a determinadas escolas prevaletentes de acordo com a época vivida, de modo a permitir em diversas ocasiões o favorecimento de uma

determinada racionalidade (implicitamente) imposta, com o objetivo claro de favorecer um determinado grupo social em detrimento de outro (na maioria das vezes, os grupos de menor poderio político e econômico).

Analisar os julgamentos práticos de determinados casos é que torna-se mais eficiente, portanto, do ponto de vista de demonstração das ações das agências de controle do sistema de justiça criminal. Para responder à pergunta central que rege esta pesquisa, estabeleceu-se um recorte inicial de observação do comportamento do Poder Judiciário enquanto instância de criminalização secundária, por ser “a linha de chegada” de todos os processos de criminalização. Apesar de haver o processo de criminalização terciária, responsável pela perpetuação das “carreiras criminosas”, o judiciário, na criminalização secundária, é quem se responsabiliza pela definição de quem é “criminoso” e de quem não recebe essa etiqueta.

Torna-se imprescindível compreender como os juízes decidem e quais os fatores e variáveis objetivas que interferem no seu processo de tomada de decisão, partindo do pressuposto de que estes não decidem levando em consideração apenas o que a lei (em sentido amplo) manda, mas tomando outros aspectos do indivíduo julgado e do contexto abstrato e concreto da ação narrada, tida por delituosa.

Num segundo recorte, estipulou-se como objeto de investigação especificamente o Superior Tribunal de Justiça como integrante do Poder Judiciário, em análise dos habeas corpus a este órgão impetrado, como uma forma de observar como a liberdade ou o encarceramento de um acusado é tratado por essa instância de julgamento.

3.1 O habeas corpus como instrumento de obtenção e restituição da liberdade e da legalidade: a tomada de decisão no julgamento do *writ*

A origem do habeas corpus e dos seus princípios essenciais remontam ao ano de 1215, entre os bretões, na Inglaterra, com o advento da Magna Carta (*Magna Charta Libertatum*), a qual surgiu - após a sucessão do rei João, apelidado de “João Sem Terra”, ao trono de Ricardo I -, para coibir atos ditatoriais e tirânicos da realeza, com a previsão de uma série de formas de contenção desse poder, como uma “carta de liberdades”.

O remédio “habeas corpus” se manteve com esta nomenclatura, por se tratar:

das palavras iniciais da fórmula no mandado que o Tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder, ou guarda, o corpo do detido. A ordem era do teor seguintes: 'Toma (literalmente: *tome*, no subjuntivo, *habeas*, de *habeo*, *habere*, ter, exhibir, tomar, trazer, etc.) o *corpo* dêste detido e vem submeter ao Tribunal o homem e o caso"' (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 23).

Desde a sua gênese, portanto, o *habeas corpus* surgiu para tutelar a liberdade de locomoção e coibir prisões arbitrárias, tanto no sentido de evitá-las, como de remediá-las. Logo, a importância do *habeas*:

era evitar, ou remediar, quando impetrado, a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas. Também nesse tempo, em caso de prisão preventiva, o acusado não devia ser tratado como os indivíduos já condenados, recusando-se à prisão o caráter da pena. (...) teremos ideia dos serviços prestados por êsses remédios, se tivermos em memória o que era a liberdade pessoal nos povos antigos e na Idade Média (...) o direito de ir e vir era vaga noção, sem as seguranças e garantias necessárias que a efetivassem. Direito subjetivo, não havia; nem a pretensão. As violações ficavam impunes. Por toda a parte coagiam-se indivíduos, ilegalmente. Os próprios magistrados obrigavam homens livres a prestar-lhes serviços domésticos. (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 24, p. 29)

Apesar de existir a previsão deste remédio para coibir as arbitrariedades estatais na prisão antecipada desde a Magna Carta de 1215, não foi neste momento histórico que o *habeas corpus* teve seu apogeu. Na verdade, a conquista do *habeas corpus* como um remédio para garantir o direito de apresentação imediata do preso (na verificação sobre a necessidade de manter o indivíduo com sua liberdade restrita), no momento de sua criação, não passou de um ato simbólico.

Isso porque, por muito tempo, a existência do *habeas corpus* limitava-se à sua previsão legal, já que na prática a sua utilização em nada acrescia à obtenção da liberdade de um indivíduo preso cautelarmente, já que a maioria dos pedidos eram negados e, nas diminutas hipóteses em que era concedido pelas cortes, as decisões não eram plenamente respeitadas:

Mesmo depois da Petição de Direitos, as ordens de *habeas corpus* eram denegadas a cada momento. Muitas vezes, o que era bem pior, desobedecidas. Os sofismas, a trapaça e a timidez conspiravam, de mãos dadas ao rei, contra o inestimável remédio processual. De posse de certos 'precedentes', tudo se conjecturava e entretecia para tornar ineficazes as ordens de soltura. A parte que tinha um homem prêsso podia deixar de obedecer ao primeiro *writ*, e esperar, sem que apresentasse ao tribunal o corpo do paciente, a expedição de segunda ou mesmo terceira ordem (...) (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 56).

Apenas com o *Habeas Corpus Act* de 1619, também na Inglaterra, é que o habeas corpus obteve uma envergadura maior e tornou-se uma pedra angular da defesa e da garantia da liberdade. O remédio foi reformulado a partir do estatuto supracitado, no qual se passou a preconizar sanções para aqueles que não cumprissem as decisões de concessão da ordem de habeas corpus, além de um rito mais célere, prazo para apresentação do preso no tribunal (AMARAL, 2001).

Os direitos assegurados pelo *Habeas Corpus Act* foram os seguintes:

- (1) Que toda pessoa presa, e não detida por um caso de traição ou felonía, especialmente indicada na ordem de prisão, deve: receber do *lord chancellor*, ou, à requisição dêsse, de um dos magistrados presentes em Londres, dentre os doze juizes do reino, ordem de *habeas-corpus*, em virtude da qual deve ser a dita pessoa conduzida à presença do magistrado que expediu a ordem, ou perante um outro juiz, obrigado a relaxar a prisão se a pessoa puder prestar uma caução, sob o ajuste de se apresentar aos tribunais ordinários; - que todas as pessoas presas por casos determinados de traição ou felonía podem exigir que as submetam à acusação, ou lhes admitam prestarem uma caução, na primeira semana da vacância mais próxima, ou primeiro dia da sessão seguinte dos juizes da correção, salvo se a impossibilidade de produzir os testemunhos do rei, nesses lapsos, fôr assentada por um juramento. À pessoa presa, que em seguida não tinha sido submetida à acusação e julgada na vacância ou sessão judiciária, deve lhe ser relevada a prisão, que se decretou contra ela pelo delito em questão.
- (2) Se alguma ordem de prisão fôr apresentada a um dos doze juizes, ou ao *lord chancellor*, e êle recusar um writ de *habeas-corpus*, o magistrado que assim proceder incorre na multa de 500 libras esterlinas, em proveito da parte lesada.
- (3) Nenhum habitante da Inglaterra, à exceção dos criminosos condenados, que solicitam deportação, pode ser transportado como prisioneiro para a Escócia, para a Islândia, para as ilhas de Jérsia, ou outros lugares de além-mar, compreendidos, ou não, nos território do domínio britânico. Todo contraventor incorre, em proveito da parte lesada, na multa de 500 libras esterlinas, aumentada do triplo das custas, na perda da capacidade de exercer qualquer cargo honorífico e nenhum emprêgo público assalariado (...) sendo interdito perdoá-lo
- (4) Se o oficial público ou o carcereiro se descuidar de fazer seus relatórios sôbre a execução da ordem; se deixar de remeter ao prisioneiro, nas seis horas após o interrogatório, uma cópia da ordem de prisão; ou se fizer transportar o preso de uma prisão para outra, sem motivo suficiente, nem autorização, incorre na multa de 100 libras esterlinas e 200 libras no caso de reincidência, em proveito da parte lesada, e além disso na perda de seu ofício ou emprêgo.
- (5) Nenhuma pessoa, uma vez posta em liberdade por uma ordem de *habeas-corpus*, pode ser presa, de novo, pelo mesmo delito, sob pena de multa de 500 libras esterlinas de multa.
- (6) O prazo para levar um preso à presença dos juizes do reino é fixado em vinte dias no *maximum*. (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 60-62).

Mesmo após o aperfeiçoamento do *writ of habeas corpus*, uma falha considerável ainda o fez sofrer mais uma profunda alteração: o único cenário em que sua impetração era possível era em relação às prisões penais. O *Habeas Corpus Act* de 1679 “só se referia às pessoas privadas de liberdades por serem acusadas de

crime, de sorte que não tinham direito de pedir *habeas-corpus* as detidas por outras acusações ou mero pretextos” (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 72).

Por este motivo é que surgiu o segundo *Habeas Corpus Act* de 1816; para que houvesse célere tutela jurídica para prisões ilegais a qualquer situação de cerceamento de liberdade, como a indivíduo que estava encarcerado ou preso sem ordem do juiz ou pessoa sã que estivesse internado como louco ou doente em hospício ou hospital, freiras presas em conventos e etc.

Após a origem inglesa e suas profundas transformações, o *habeas corpus* só veio chegar ao ordenamento jurídico brasileiro na metade do século XIX. Antes mesmo de sua previsão legal, ainda quando as Ordenações Filipinas estavam vigentes no Brasil, existia a “Carta de Seguro”, um instituto em que o réu confessava a prática do delito ou invocava uma causa de justificação para que não fosse preso até o final do processo¹⁵. Conforme se observa, não pode a Carta de Seguro ser comparada com o Habeas Corpus, já que aquele instituto se prestava apenas a acautelar o estado e não combater a prisão ilegal.

A primeira Constituição brasileira (1824) não previu o *habeas corpus*, nada obstante a consagração de direitos relativos à liberdade do indivíduo; a questão é que não havia um “remédio” adequado para sanar as prisões legais e fazer valer o preceito normativo. Assim como ocorria entre os bretões antes do primeiro *Habeas Corpus Act*, nada obstante a previsão do remédio naquele caso, não havia uma sanção aos juízes e tribunais que não cumprissem com o mandamento da Magna Carta.

Logo, a previsão de um direito sem a determinação - tanto teórica quanto prática - de sanções aos indivíduos que as descumprir, torna inócuo o exercício desse direito, como foi o “direito à liberdade” previsto na Constituição brasileira de 1824. Portanto, é possível dizer que a Carta de 1824 preconizou a base estrutural do instituto do *habeas corpus* no Brasil (PIERANGELLI, 1983, p. 206), mas não o previu, já que não houve qualquer menção a este remédio ou qualquer instituto semelhante.

A “estreia” do *habeas corpus* no ordenamento jurídico brasileiro se deu a partir da sua previsão no Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, o qual previu no seu artigo 340: “todo cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma

¹⁵ Para mais informações sobre o instituto da “Carta de Seguro” no Brasil Colônia, ver: TEIXEIRA, Maria Lúcia Resende Chaves. **As cartas de seguro: de Portugal para o Brasil Colônia. O perdão e a punição nos processos-crime das Minas do Ouro (1769-1831)**. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2011.

prisão ou um constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de habeas corpus em seu favor”.

É importante ressaltar que apesar de a previsão efetiva do *writ* ter ocorrido no Código de Processo Criminal, uma confusão no trâmite¹⁶ entre este códice e o Código Criminal de 1830, fez com que este último previsse punições aos funcionários estatais que descumprissem o cumprimento das ordens de habeas corpus, sem que ao mesmo este remédio existisse no ordenamento jurídico brasileiro (já que passou a existir apenas em 1832).

Portanto, neste primeiro momento, a partir do códice processual referenciado, de 1832, o habeas corpus foi previsto como um remédio unicamente para sanar ilegalidades relativas diretamente à prisão, não comportando a sua utilização para finalidades diversas, ainda que indiretamente relacionadas à tutela da liberdade de locomoção. Ademais, o Código de Processo Criminal era claro ao atestar que essa garantia era válida apenas aos cidadãos, de modo que escravos e estrangeiros, por não possuírem tal condição, não faziam jus à garantia constitucional do *habeas corpus* (TORON, 2017, p. 41).

Em razão da evolução jurisprudencial no decorrer dos anos, surgiu a necessidade de promover alterações no tratamento jurídico ao habeas corpus e, nesse contexto, é que foi promulgada a Lei nº 2.033, de 1971, a qual estipulou que o remédio constitucional seria ampliado em dois aspectos: seria cabível para aqueles que também não recebiam o status de cidadão (com exceção dos escravos, pelo fato de serem considerados como “coisas” à época), assim como também serviria para situações em que houvesse risco iminente de prisão, mas sem que o ato coator houvesse ocorrido, ou seja, previu-se o *habeas corpus preventivo* (MOURA, 2011, p. 84).

Apenas após a proclamação da República é que o habeas corpus recebe o seu status constitucional a partir da Carta de 1891, a qual previa o instituto no seu art. 172, §22º: “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”.

Na mesma senda da tendência legal em ampliar o alcance do habeas corpus, a referida previsão constitucional - na sua redação - não limitou a utilização do remédio

¹⁶ Busana (2009, p. 24) explica o ocorrido: “A aprovação do Código de Processo Criminal foi retardado pela impossibilidade de se votarem, no curto período de três meses, todas as matérias da pauta da sessão extraordinária convocada para o mês de setembro de 1830”.

às situações de restrições do “direito de ir e vir”, de modo que a “elastização” do *writ* ampliou as suas hipóteses de cabimento para outras situações de violações de direitos. Grinover, Magalhães e Scarance (2009) exemplificam a amplitude de cabimento do habeas corpus, nesta fase, narrando situações (atípicas àquele momento) em que o *writ* foi impetrado:

“(...) a conceder ordem de habeas corpus para anular ato administrativo que mandara cancelar matrícula de aluno em escola pública; para determinar a concessão de uma segunda época de exame a estudantes; para garantir a realização de comícios eleitorais; para garantir o exercício da profissão etc.” (GRINOVER, 2009, p. 268-269)

Foi a partir desta fase histórica que o habeas corpus se consagrou como um importante instrumento no combate aos arbítrios, sobretudo em momentos em que não haviam outros instrumentos que tivessem o condão de aniquilar as injustiças estatais.

Após as fases de ampliação do alcance do habeas corpus, o remédio acabou regredindo em amplitude por ocasião da reforma constitucional de 1926, a qual, novamente, passou a possibilitar a impetração de habeas apenas em hipóteses de cerceamento à liberdade de locomoção, no art. 72, §22º da Constituição: “Dar-se-á o habeas corpus sempre que alguém sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção” (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 202).

Com a Constituição Republicana de 1934, a redação foi se aproximando da que é prevista hodiernamente, novamente possibilitando a utilização do habeas em qualquer hipótese de “ilegalidade ou abuso de poder”. O intervalo obscuro entre a referida previsão constitucional de 1934 e a atual redação da Constituição Cidadã de 1988, foi o estreitamento do habeas corpus no curso da ditadura militar (iniciada em 1964), mais especificamente em 1968 com a promulgação do Ato Institucional número 5.

O AI-5 suspendeu a garantia do habeas corpus para os casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, de modo que para os casos que não houvesse estes elementos como matéria de fundo, a impetração de habeas era perfeitamente cabível. (TORON, 2017, p. 45)

Após a ditadura militar, nas demais constituições republicanas, o habeas corpus passou a ser utilizado para todas as situações de ilegalidade, culminando na

redação atual prevista na Constituição da República 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”, com ressalva quanto às transgressões disciplinares militares (o que atualmente - quanto a este último caso -, tem sofrido uma flexibilização por parte do STF e do STJ).

O Código de Processo Penal de 1941 já previa o instituto do habeas corpus, - encontrando-se ainda vigente -, no qual se estabelece as hipóteses de cabimento do writ. Ocorre que, apesar de estar topograficamente situado no “Livro III” do CPP, que se refere às nulidades e aos recursos em geral, o habeas corpus não possui natureza recursal, o que é ora exposto em razão do equívoco de organização topográfica do referido remédio naquele código.

O habeas corpus deve ser compreendido como “uma ação autônoma de impugnação, de natureza mandamental e com *status* constitucional” (LOPES JR, 2021, p. 1209) ou um *remédio processual mandamental (remedial mandatory writ)* (PONTES DE MIRANDA, 1979, p. 328). É uma ação limitada, por possuir uma cognição restrita, já que não se permite uma ampla discussão probatória em sede de habeas corpus, isto é, a prova deve estar pré-constituída para a sua devida análise, sob “pena” de o remédio constitucional nem ser conhecido pela corte julgadora ou pelo juízo.

Apesar de não haver previsão legal, a prática processual (corroborada, posteriormente, pela construção jurisprudencial) demonstra que os habeas corpus hodiernamente impetrados, em sua maioria, contêm pedido de concessão de medida liminar; um pedido de natureza cautelar, para que haja a concessão de plano, diante da presença de plausibilidade jurídica do direito alegado e de perigo na mora da prestação jurisdicional.

Há, também, a formação de categorias do habeas corpus, que recebem a nomenclatura de *preventivo* e *liberatório*. É certo que o referido remédio tem como finalidade a garantia do direito fundamental à liberdade individual e, quando essa ilegalidade já foi praticada ou está sendo praticada, a impetração do habeas corpus é denominada de *liberatório*. Já na situação em que se pretende evitar a coação ilegal, diante de algum elemento concreto que demonstre a ameaça à liberdade de um indivíduo, o habeas corpus é *preventivo*.

Para além das situações relativas diretamente à liberdade de locomoção, o habeas corpus, em qualquer de suas modalidades, pode ser impetrado para controle

de legalidade, por meio de confronto a decisões judiciais prolatadas no curso do processo ou de atos praticados por autoridades no curso de qualquer procedimento preliminar.

Portanto, o *writ of habeas corpus* pode ser utilizado para atacar decisões de recebimento da denúncia ou da queixa; para trancamento do processo (quando não se observa, de plano, a justa causa para a ação penal ou as condições para o seu exercício); quando há nulidade absoluta; causa extintiva de punibilidade, dentre outras situações que indiretamente aflijam o direito de locomoção do indivíduo.

Por este motivo é que o habeas corpus possui uma relevância ímpar no confronto ao processo de criminalização secundária, já que intenta o impedimento deste processo no seu curso, quer por intermédio da obtenção da liberdade do indivíduo (caso esta lhe tenha sido privada), quer em função do trancamento do processo, sobretudo nas hipóteses em que se reconhece a ausência de justa causa para a ação penal.

A legitimidade para a propositura da referida ação mandamental é universal; todas as pessoas, indistintamente, podem impetrar habeas corpus em seu nome ou em nome de terceiro, independentemente de qualquer preferência religiosa, política ou de qualquer condição, opondo-se à própria origem do HC que se prestava apenas aqueles que detinham a condição de cidadão.

Como o habeas corpus pode ser impetrado por uma pessoa diversa daquela que está sofrendo ou na iminência de sofrer uma coação ilegal, há a figura tanto do impetrante, como do paciente; aquele é o indivíduo ou ente que pede a concessão da ordem, enquanto este último é o indivíduo que está sofrendo o constrangimento e que vai se beneficiar com a eventual concessão do habeas. (LOPES JR, 2021, p. 1228).

Ao elaborar a petição de habeas corpus, nada obstante a ausência de formalidades comumente exigidas aos recursos, a inicial deve conter o nome do paciente; o nome do impetrante; a autoridade coatora; o ato coator, além das provas pré-constituídas, já que não há cognição exauriente em sede deste remédio constitucional. A autoridade coatora é aquela que determinou a prática do ato ilegal e o ato coator é justamente o ato ilegal praticado.

A definição da autoridade coatora é importante para a definição da competência para processamento e julgamento do habeas corpus. Isto porque o habeas corpus é sempre impetrado perante uma autoridade judiciária

(imediatamente)¹⁷ superior à que cometeu ou está prestes a cometer a coação ilegal, já que esta autoridade é quem detém a legitimidade para desconstituir ou evitar o ato.

Por este motivo que, quando a autoridade coatora é o delegado de polícia, por exemplo, o habeas corpus deve ser impetrado perante o juízo de 1º grau; da mesma forma, se o habeas corpus é impetrado contra ato coator de um Tribunal de Justiça, a competência para julgamento será do Superior Tribunal de Justiça, já que é o órgão imediatamente superior (em termos hierárquicos).

As hipóteses de cabimento do habeas corpus estão descritas num rol não-taxativo, previsto no art. 648 do Código de Processo Penal, determinando quando uma coação é considerada ilegal: I - quando não houver justa causa; II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que termina 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 autoriza; VI - quando o processo for manifestamente nulo; VII - quando extinta a punibilidade.

Em relação ao “resultado” do habeas corpus, este pode, ao final, no julgamento do mérito, ter a sua ordem concedida (total ou parcialmente) ou denegada. Antes do julgamento do mérito, nos casos em que há pedido liminar, o juiz ou tribunal pode conceder a medida antecipatória, tanto no sentido de proferir uma decisão acautelatória (a exemplo da suspensão do trâmite da ação penal até o julgamento definitivo do mérito do habeas corpus), como conceder o pedido que se confunde com o pedido final de concessão da ordem (quando, por exemplo, liminarmente se requer a soltura do paciente e este também é o pedido do mérito do habeas) (LOPES JR, 2021, p. 1231).

Quanto a este momento primevo de julgamento liminar, deve-se observar que

“a concessão ou denegação da medida liminar postulada pelo juiz ou relator não encerra a ação, pois ainda haverá uma manifestação sobre o mérito, em que a liminar poderá ser concedida (quando negada inicialmente), mantida (quando concedida) ou cassada (foi concedida, mas no mérito, ao ser julgado o habeas corpus, é e é negado provimento ao pedido)” (LOPES JR, 2017, p. 1133)

¹⁷ A ressalva quanto ao “imediatamente superior” se dá em razão de não ser possível a impetração “per saltum” do habeas corpus, isto é, caso a impetração não respeite a organização escalonada do Poder Judiciário, o *writ* sequer será conhecido, sob o argumento da “supressão de instância”.

Após o julgamento da medida liminar, cada tribunal possui regras regimentais próprias que permitem peculiaridades no processamento do HC, dependendo da unidade jurisdicional ou corte em que o *writ* será impetrado. No entanto, a regra geral é que após o julgamento da medida liminar (quando há este pedido), a autoridade julgadora solicite informações à autoridade coatora e, ao retorno destas, submeta os autos para o Ministério Público, com a finalidade de emissão de parecer acerca da concessão ou não da ordem do habeas corpus.

Ao retornar do Ministério Público, o habeas corpus será levado em mesa pelo relator para julgamento colegiado, ocasião em que o pedido pode ser concedido ou denegado, no todo ou em parte, confirmando ou cassando a liminar anteriormente concedida.

Caso a ordem seja concedida, a execução do pedido é imediata, não sendo necessário qualquer procedimento para a instauração de um procedimento de cumprimento do decidido.

Na hipótese em que a decisão é denegatória, há dois recursos cabíveis. O primeiro recurso é o “recurso em sentido estrito” (que também é cabível para hipóteses de concessão da ordem), previsto no art. 581, inciso X do CPP, que deve ser utilizado quando a autoridade que denegou a ordem for o juízo de primeiro grau, devendo a interposição ocorrer junto ao Tribunal local (Tribunal de Justiça, quando o juízo for de competência estadual ou Tribunal Regional Federal, quando se tratar de juízo de competência federal).

Já o segundo recurso cabível para decisões denegatórias de habeas corpus é o “recurso ordinário constitucional” (ROC), também conhecido como “recurso em habeas corpus” (RHC), que está previsto na Constituição da República e deve ser dirigido ao STF, quando o habeas corpus tiver sido julgado, em única instância, pelos Tribunais Superiores¹⁸ (art. 102, inciso II, alínea “a” da CR) e dirigido ao 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 (art. 105, inciso II, alínea “a” da CR).

¹⁸ A decisão só será considerada como sendo de Tribunal Superior quando se tratar de decisão colegiada do Tribunal; na hipótese em que um ministro do STJ, por exemplo, julga monocraticamente um habeas corpus, esta decisão não é considerada como decisão do tribunal e, portanto, caso esta decisão do ministro seja denegatória, não é cabível o RHC para o STF.

Apresentadas essas considerações propedêuticas (e dogmáticas) acerca do instituto do habeas corpus, algumas situações verificáveis na prática forense devem ser expostas para compreender o cotidiano dos julgamentos dos habeas corpus nos tribunais e, posteriormente, compreender o comportamento decisório dos magistrados.

É importante expor a existência de uma “jurisprudência defensiva” em torno do habeas corpus, a partir de argumentos estratégicos que culminam no “não conhecimento” do *writ*, de modo a restringir a sua utilização, escusando-se de decidir questões relacionadas ao direito de ir e vir.

Esse comportamento defensivista das cortes se dá em virtude da suposta “banalização” e “vulgarização”¹⁹ do habeas corpus, sob o argumento de que há “um manejo exacerbado” do *writ* nos tribunais.

De fato, a prática demonstra que é inegável o aumento de habeas corpus impetrados nos tribunais de todo o país, sobretudo nos tribunais superiores. Apenas para exemplificar, no ano de 2012, o Anuário da Justiça revelou que o “Superior Tribunal de Justiça (STJ) teria recebido cerca de cem mil *habeas corpus* nos últimos três anos, sendo o mesmo quantitativo que o tribunal tinha recebido em dezenove anos”. (VALENÇA, 2012, p. 71).

Mais recentemente, o ministro Rogério Schietti afirmou que

Os tribunais superiores - em especial o STJ - enfrentam uma crescente quantidade de habeas corpus e recursos em habeas corpus, muitas vezes ajuizados de modo precipitado, antes que a questão jurídica seja enfrentada na instância de origem, ou manifestamente contrários à jurisprudência, ou, ainda, em desacordo frontal com os requisitos legais

De janeiro a agosto deste ano, revelou o relator, os colegiados do STJ especializados em direito penal receberam cerca de 7.500 processos dessas duas classes (HCs e RHCs) por julgador. No mesmo período, o número de decisões monocráticas e colegiadas foi de, aproximadamente, 12 mil por ministros. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021)

Como razão para o aumento da impetração de habeas corpus, há a aposta de que se deu em razão da utilização do remédio para as situações distintas da tutela ao direito de locomoção²⁰, de modo a clamar pelo retorno da existência do referido *writ*

¹⁹ Expressões utilizadas pelo então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, no voto do julgamento do HC nº 128.590. Esta informação pode ser encontrada a partir da leitura do voto do ministro no *writ* supracitado ou na seguinte notícia exposta no sítio eletrônico do STJ: “*Gilson Dipp critica utilização excessiva de habeas corpus*”, site do STJ, www.stj.jus.br, seção de notícias, dia 22/06/2011, às 9:06. Acesso em 01 de fevereiro de 2022.

²⁰ O desembargador Nelson Calandra, do TJSP, em notícia veiculada na data de 01/04/2011 na Revista Eletrônica Conjurer, defendeu a tese de que o excesso de habeas corpus se dava em razão do seu amplo

como instrumento destinado apenas à obtenção da liberdade direta (diante da ocorrência de coação ilegal), da mesma maneira que ocorria antes da primeira constituição republicana (de 1891).

No entanto, a prática revela que a amplitude de alcance do habeas corpus não é o motivo para o aumento excessivo do seu manejo, especialmente por não ter havido qualquer inovação legislativa recente no sentido de ampliar as hipóteses de impetração, as quais permanecem as mesmas desde a previsão no CPP de 1941 e sendo possível a sua utilização para fins de controle de legalidade (para evitar demais abusos indiretamente relacionado com o direito de locomoção) desde 1891.

Em situação oposta, como já foi dito, o que se percebe é a construção de uma jurisprudência defensiva para não apreciar os habeas corpus, a partir da utilização de argumentos formais, como o da “supressão de instância”²¹ ou o da impossibilidade de utilização do “HC como sucedâneo recursal”²².

Portanto, ainda que não tenha havido qualquer espécie de alteração legislativa ou jurisprudencial para permitir a utilização de habeas corpus em hipóteses anteriormente não cabíveis, em poucos anos o seu manejo aumentou exponencialmente. Duas hipóteses apresentam-se como as principais para a elevação do manejo do *writ*: a) a elevada tutela protetiva de grupos sociais - sobretudo minoritários - pela Constituição de 1988 e o conseqüente avanço do poder punitivo e; b) o aumento das arbitrariedades cometidas nas investigações e nos processos penais, além do desrespeito a preceitos legais e entendimentos jurisprudenciais pacificados.

Em relação à primeira hipótese, a explicação é que na promulgação da Constituição de 1988, diante de diversas reivindicações sociais de tutela de determinados grupos sociais, foi previsto um extenso rol de diversos e garantias individuais em prol dos mais diversos setores da sociedade o que, de um lado foi positivo para tornar visíveis grupos que anteriormente eram tratados à margem da lei

alcance: “O *habeas corpus* foi engendrado como uma ferramenta constitucional para proteger o direito de ir e vir (...) isso (passar a ser usado para várias outras situações) desvirtua a ferramenta constitucional e faz com se multiplique o número de habeas corpus”. “Aumento do uso de HC divide opiniões”. Acesso em 01 de fevereiro de 2022.

²¹ A supressão de instância ocorre quando a discussão meritória aventada no habeas corpus não foi objeto de enfrentamento ou de discussão por parte da autoridade coatora. Quando, por exemplo, impetra-se um habeas corpus ao STJ contra decisão denegatória proferida por um tribunal local, mas os argumentos expostos na inicial do HC ao STJ não foram objeto de discussão na instância inferior.

²²

(sem qualquer proteção), mas também incentivou a repressão penal contra os ataques a estes grupos recém observados. (LUIZI, 1991)

Grupos como os movimentos feministas e movimentos ecológicos passaram a reivindicar a ação dos sistemas de controle social no que se refere ao processo de criminalização, abdicando, inclusive, dos princípios mais basilares de um direito penal abolicionista (KARAM, 2021).

Portanto, o incentivo à tutela penal aos infratores que afetavam algum bem jurídico destes grupos, propiciou uma criminalização exacerbada, o que acabou inflando o sistema de justiça criminal com a edição de mais leis ordinárias criminalizantes (criminalização primária); repressão especializada e mais violenta por parte da polícia e do Ministério Público (criminalização secundária) e com juízes mais “justiceiros” (criminalização secundária), sem preocupar-se com a aplicação da lei, mas com a justiça social das suas decisões.

Surgiu, sobretudo, o desejo de prisões e condenações - a qualquer preço - da “criminalidade do colarinho branco” e da “criminalidade organizada”, já que para estes grupos outrora vulnerabilizados, a discrepância de tratamento entre eles e os grupos citados era um fator de injustiça social e já que os despossuídos sofriam com a intervenção do sistema penal, os grupos mais privilegiados também deveriam sofrer.

Esse momento pós-Constituição de 1988 pode ser assim resumido:

Parecendo ter descoberto a suposta solução penal e talvez ainda inconscientemente saudosos dos paradigmas de justiça dos velhos tempos de Stalin (um mínimo de coerência deveria levar a que em determinadas manifestações de desejo ou aplauso a acusações e condenações levianas e arbitrárias se elogiassem também os tristemente famosos processos de Moscou), amplos setores da esquerda aderem à propagandeada ideia que, em perigosa distorção do papel do Poder Judiciário, constrói a imagem do bom magistrado a partir do perfil de condenadores implacáveis e severos. Assim se entusiasmando com a perspectiva de ver estes “bons magistrados” impondo rigorosas penas a réus enriquecidos (só por isso vistos como poderosos) e apropriando-se de um generalizado e inconsequente clamor contra a impunidade, estes amplos setores da esquerda foram tomados por um desenfreado furor persecutório, centralizando seu discurso em um histérico e irracional combate à corrupção (...) (KARAM, 2021, p. 127).

Esse clamor punitivo causou uma guinada na maneira de atuação das agências penais, as quais passaram a ter um comportamento mais repressivo com os indivíduos pertencentes aos grupos que antes não eram alcançados, como os autores de crimes da “criminalidade do colarinho branco”.

Portanto, como a repressão por parte das instâncias de controle social aumentou (em quantidade e intensidade), a consequência natural foi o crescimento de uma ação defensiva frente aos interesses do indivíduo processado. Diante deste cenário de elevação da participação dos advogados e defensores na defesa dos indivíduos, o crescimento do número de impetrações não foi nenhuma surpresa (TORON, 2017).

Também como consequência desse clamor pela repressão, os arbítrios estatais cometidos no curso da persecução penal, fundamentado em muitas ocasiões no argumento de um “interesse público” na punição, ensejam a supressão de direitos e garantias dos acusados e a ocorrência de inúmeras nulidades processuais. O maior rigor repressivo pautado na busca da eficiência da punição acaba por resultar, indelevelmente, num maior número de impetrações de habeas corpus para sanar as ilegalidades.

Um grande número desses HCs são impetrados com a finalidade de “trancamento”²³ do inquérito ou da ação penal, sendo utilizado fundamentalmente na hipótese de ausência de justa causa (art. 648, inciso I do CPP) para o procedimento que se pretende encerrar, como um instrumento de *collateral attack* (LOPES JR, 2021). A utilização deste remédio para impor óbice à ação penal e aos procedimentos investigatórios preliminares demonstra a sua importância na contenda dos arbítrios da criminalização secundária, interrompendo a ação das agências de controle.

Independentemente da matéria de fundo e da espécie de habeas corpus (se liberatório ou preventivo), este acaba sendo utilizado até mesmo em situações em que haveria um recurso adequado para contestar a ilegalidade, isto é, o HC em muitas ocasiões, é manejado como substitutivo daquele recurso que seria o “correto” para atacar a decisão que se pretende coibir.

Este modo de utilização do *writ* ocorre porque o “remédio possui um rito sumário e possui preferência em pauta diante de todos os demais recursos e ações. É, portanto, a forma mais célere de se obter um provimento judicial (...)” (VALENÇA, 2012, p. 71). É muito comum, portanto, que diante de decisões denegatórias de habeas corpus proferidas em âmbito de tribunal - o que faria nascer a possibilidade de interposição do RHC - seja impetrado, em substituição a este recurso, um habeas corpus.

²³ O termo “trancamento” é um jargão jurídico utilizado pelos próprios tribunais e que significa, neste contexto, pôr fim ao procedimento, seja um inquérito, seja uma ação penal.

A jurisprudência acerca da possibilidade do manejo de habeas corpus substitutivo de Recurso Ordinário já foi bastante discutida e modificada, sendo até o presente momento matéria de divergência jurisprudencial entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça. Com a tendência restritiva, no sentido de “não conhecer” dos habeas corpus substitutivos (até mesmo para fins de redução de habeas corpus a serem julgados), iniciou-se um paradoxo, em que o tribunal não conhece o *writ*, em razão do equívoco formal, mas concede a ordem de ofício por verificar a flagrante ilegalidade.

Portanto, até mesmo quando se reconhece a inadequação da via utilizada (o habeas corpus substitutivo), quando se verifica flagrante ilegalidade (o que não é um critério aferível objetivamente), é permitida a concessão da ordem de ofício. Como a análise da existência de “flagrante ilegalidade” fica a cargo da discricionariedade do julgador, este modo de agir das cortes facilita a seletividade no julgamento dos habeas corpus, inviabilizando o conhecimento deste remédio, quando, por algum motivo metajurídico, não se pretende conceder a ordem.

O formalismo exacerbado para o conhecimento dos habeas corpus pelos tribunais têm causado um fenômeno de “monocratização” das decisões, em que são criados filtros e barreiras para que o julgamento colegiado se torne cada vez mais excepcional e as decisões monocráticas sejam a regra, num tribunal que, por sua própria natureza, deveria comportar, como regra, um julgamento conjunto entre os ministros.

As considerações demonstram a complexidade do habeas corpus na realidade forense brasileira, com nuances que distam do que é estipulado legalmente e que acaba por influenciar no comportamento do julgador.

Diante do apresentado, conforme a proposta apresentada para este trabalho, serão analisados os habeas corpus impetrados no Superior Tribunal de Justiça (e não serão analisados os recursos em habeas corpus), independentemente do teor da concessão ou da denegação (o conteúdo); da extensão da concessão (parcial ou total); da categoria do habeas (preventivo ou liberatório); da forma decisória (monocrática ou colegiada) e do momento decisório (em sede de liminar ou de mérito).

3.2. O Superior Tribunal de Justiça e o processo de criminalização secundária: quando o habeas corpus é a principal contenda à seletividade dos ministros

Desde meados do século XX já se falava em um assoberbamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao volume de processos que chegavam àquela Corte que, a princípio, deveria se ater a questões excepcionais, de cunho estritamente constitucional, na sua função de “guardião” da Constituição. Diante desse clamor, foi criado na década de 40 do século passado o TFR (Tribunal Federal de Recursos), apesar de não ter sido suficiente para suprir a elevada demanda e a sobrecarga dos ministros da Suprema Corte.

Como a celeuma não foi suficientemente solucionada até a década de 80, vários debates entre juristas passaram a propor a criação de um tribunal nacional, mas que não lidasse diretamente com matéria constitucional, já que esta deveria ficar adstrita apenas ao STF.

Portanto, a necessidade de privilegiar o Supremo Tribunal Federal enquanto “guardião” da Constituição e restringi-lo à discussão de matérias unicamente relativas a afrontas a preceitos constitucionais, culminou com a criação do Superior Tribunal de Justiça, como o tribunal de última instância para a legislação infraconstitucional, tanto de natureza federal, como de natureza estadual.

Por se tratar do órgão de cúpula da instância infraconstitucional, o STJ passou a funcionar como instância recursal (e também originária - para determinados casos) para o processamento e julgamento de habeas corpus. Inclusive, a redação original da Carta de 1988 definida pela constituinte foi modificada em virtude de controvérsias quanto à competência para julgamento dos habeas corpus entre o STJ e o STF.

A redação atual do art. 105 da CR/88, do inciso, alínea “c)”, que define a competência do STJ para o julgamento de habeas corpus está assim preconizada:

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

c) os habeas corpus, quando o coator ou paciente 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

Na sua maior parte, portanto, a competência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de habeas corpus, ocorre nos casos em que o ato coator, seja de desembargador (decisão monocrática) vinculado a tribunal sujeito à jurisdição do STJ (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça) ou do próprio tribunal (nos casos de decisões colegiadas).

No STJ, os habeas corpus são distribuídos aos ministros da Quinta Turma ou da Sexta Turma (as turmas que julgam ações e recursos em matéria criminal), além da Terceira Seção, formada pelo conjunto das turmas supracitadas. Distribuído a um dos ministros (que será o relator do *writ*), este irá apreciar o pedido de liminar (caso haja), concedendo ou denegando e, em seguida, pede informações à autoridade coatora, para que esta forneça elementos do que está ocorrendo nas instâncias inferiores e dê maior substrato ao ministro para julgamento do habeas.

Após o retorno das informações, os autos são remetidos ao Ministério Público Federal para emissão do parecer consultivo acerca da concessão ou denegação da ordem requerida no habeas corpus. Em seguida os autos retornam para decisão do colegiado (quinta turma, sexta turma ou terceira seção).

O trâmite acima narrado é o trâmite natural de qualquer habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça, no entanto, em determinadas situações o processamento se dá de maneira diversa. Isso ocorre especialmente em razão da já citada “monocratização” das decisões decorrente do assoberbamento de processos no STJ e a “linha de montagem”, para que os habeas corpus sejam julgados com maior velocidade.

Para os ministros, o melhor cenário à pretensa celeridade no julgamento de habeas corpus ocorre quando presentes os seguintes fatores:

(...) que o caso seja simples, até mesmo para tornar breve o relatório e fácil a apreciação, que não haja sustentação oral e que não haja discussões entre os desembargadores, julgando-se rapidamente o feito à unanimidade de votos. (VALENÇA, 2012, p. 103)

O processamento do habeas corpus, portanto, é sumarizado pelos próprios ministros - amparados pela jurisprudência dominante -, que, monocraticamente, proferem decisão de não conhecimento do *writ* e julgam o mérito do habeas - nos casos em que se reconhece a pacificidade de um precedente aplicável ao caso - também sem submeter ao colegiado.

Ao não submeter ao colegiado, os ministros evitam a realização de sustentação oral por parte dos advogados e defensores, favorecendo a celeridade do julgamento e a diminuição de casos que efetivamente serão apreciados pela Turma ou pela Seção.

Da mesma forma, a decisão de não conhecimento do habeas corpus, além de evitar o julgamento do *writ* na própria corte, inviabiliza o acesso do impetrante e do paciente ao Supremo Tribunal Federal, já que quando o habeas não é conhecido ele é considerado como “inadmitido”, de modo que o ato de não conhecimento não pode ser considerado como ato coator a ensejar a impetração no STF (por supressão de instância).

Um outro óbice à regular tramitação do habeas e que culmina no seu “não conhecimento”, é a súmula 691 do STF, editada em 2003, a qual preconiza que não é cabível ao tribunal superior o habeas corpus impetrado contra decisão monocrática que indefere o pedido liminar, preconizada nos seguintes termos:

Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2003)

Portanto, há um comportamento de tendência dos ministros à decretação de decisões monocráticas e, de acordo com o teor do enunciado sumular acima citado, uma ampliação da dificuldade de acesso às instâncias superiores por meio do habeas corpus, por orientação do próprio Supremo Tribunal Federal. Logo, percebe-se que os tribunais superiores criam regras para dificultar os julgamentos colegiados, reduzindo a possibilidade de discussão e debate (que são intrínsecas a órgãos compostos por mais de um julgador), permitindo, cada vez mais, a utilização de critérios metajurídicos para decidir a causa.

No afã de reduzir o volume de habeas corpus no STJ, os ministros tendem a utilizar os óbices formais para não julgar a ação ou decidem monocraticamente, para evitar a discussão entre os julgadores, tornando mais célere o julgamento.

O processo de criminalização secundária, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é configurado para evitar ao máximo a apreciação dos habeas corpus, que, hodiernamente, é uma das principais “armas” processuais para combater as ilegalidades cometidas nos inquéritos e processos penais. A limitação ao habeas, portanto, diante do excesso de formalismos para apreciação dos pedidos, acaba por dificultar a principal forma de conter as ilegalidades processuais e, conseqüentemente, tornar mais árduo o processo de restituição da liberdade dos indivíduos presos.

Como a utilização de critérios metajurídicos para julgar o habeas corpus é frequente no STJ, é consectário o comportamento seletivo dos ministros, que ao apreciar o *writ*, após o seu processamento na corte, decide a partir de elementos distintos da efetiva apreciação da ilegalidade no caso concreto, a exemplo da variável “natureza do crime”.

Em razão disso é que surge a necessidade de observar, empiricamente, o comportamento dos ministros no julgamento de habeas corpus, verificar os critérios metajurídicos utilizados e verificar a existência ou ausência de uma tendência à concessão ou denegação da ordem quando presentes determinadas variáveis.

4. E TIVESTES O TEU CORPO? TESTE EMPÍRICO QUANTITATIVO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE VIESES TEMÁTICOS NAS DECISÕES DOS MINISTROS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE JULGARAM HABEAS CORPUS DE SUA COMPETÊNCIA.

Para a realização da presente pesquisa, foi feito um levantamento de dados para compreender o comportamento dos ministros do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de habeas corpus impetrados àquela corte. A pesquisa é quantitativa, de natureza descritiva²⁴, para observar, especificamente, os resultados das decisões dos habeas corpus, mas também quali-quantitativa, pelo método exploratório-descritivo²⁵, a qual fornecerá o aporte para explicar o achado referente ao resultado das citadas decisões.

Em relação ao recorte temporal da presente pesquisa, foi escolhido o período de 20 anos de impetração dos habeas corpus, entre 1989 e 2019. O referido lapso temporal se justifica pelo período que se considera a impetração em ambiente democrático, considerando a data inicial o ano do advento da Constituição da República de 1988, além de - como já expressado no capítulo 03 da presente pesquisa - o próprio Superior Tribunal de Justiça ter surgido apenas com a Carta de 1988.

Ademais, os 20 anos de recorte são razoáveis para mostrar o comportamento da corte, independentemente da composição específica dos ministros, para evitar que se atribua o comportamento analisado à composição mais ou menos “conservadora” dos ministros da corte durante determinado período.

A pesquisa foi feita pelo sítio eletrônico do STJ, a partir da verificação do número do habeas corpus em específico, na aba “consulta processual”. Os habeas corpus a serem pesquisados foram indicados aleatoriamente por meio de sorteio eletrônico dentre os casos da amostra representativa do universo.

²⁴ A pesquisa quantitativa descritiva consiste “em investigações de pesquisa empírica cuja principal finalidade é o delineamento ou análise das características de fatos ou fenômenos, a avaliação de programas, ou o isolamento de variáveis principais ou chave”. Uma categoria da pesquisa quantitativa descritiva é o que se chama de ‘estudos de verificação de hipótese’ - aqueles estudos quantitativo-descritivos que contêm, em seu projeto de pesquisa, hipóteses explícitas que devem ser verificadas. Essas hipóteses são derivadas da teoria e, por esse motivo, podem consistir em declarações de associações entre duas ou mais variáveis, sem referência a uma relação causal entre elas (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 187).

²⁵ O método exploratório-descritivo pode ser definido como “estudos exploratórios que têm por objetivo descrever completamente determinado fenômeno, como, por exemplo, o estado de um caso para o qual são realizadas análises empíricas e teóricas. Podem ser encontradas tanto descrições quantitativas e/ou qualitativas quanto acumulação de informações detalhadas como as obtidas por intermédio da observação participante. Dá-se precedência ao caráter representativo sistemático e, em consequência, os procedimentos de amostragem são flexíveis” (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 188).

O referido Universo, que corresponde a todos os habeas corpus impetrados nas turmas do STJ que decidem sobre matéria criminal, entre 1989 e 2019, analisados nesta pesquisa, é de 555.900 (quinhentos e cinquenta e cinco mil e novecentos) casos, os quais estão descritos especificamente no Anexo 1.

A amostra obtida tem uma representação de 95% do universo pesquisado, com o intervalo de confiança (margem de erro) em 5%, conforme padrões estatísticos internacionais adotados para esse modelo de pesquisa empírica, e foi obtida a partir da seguinte fórmula matemática:

$$\text{Tamanho da amostra} = \frac{\frac{z^2 \times p(1-p)}{e^2}}{1 + \left(\frac{z^2 \times p(1-p)}{e^2 N}\right)}$$

N = tamanho da população • e = margem de erro (porcentagem no formato decimal) • z = escore z

O escore z é o número de desvios padrão entre determinada proporção e a média. Para encontrar o escore z correto a ser usado, consulte a tabela abaixo:

Fonte: Survey Monkey - Calculadora de tamanho de amostra. Disponível em: <https://pt.surveymonkey.com/mp/sample-size-calculator/>, acesso em 02 jan. 2022.

A partir da referida fórmula, chegou-se a uma amostra de 384 (trezentos e oitenta e quatro) casos, os quais representam o universo anteriormente citado. Conforme já mencionado, os 384 casos foram escolhidos aleatoriamente, por meio de sorteio, para que não houvesse qualquer espécie de enviesamento na seleção dos casos a serem analisados.

Após a coleta dos dados obtidos a partir da análise dos casos referenciados, estes foram submetidos à análise por regressão logística, que é uma ferramenta de pesquisa

[...] empregada para testar as hipóteses previstas nos diversos modelos formais, ao verificar se existe associação entre a presença, ou ausência, de variáveis extraídas dos modelos e os resultados binários esperados, baseados na referida escolha entre alternativas, de modo a indicar, no campo da probabilidade, se a presença das variáveis explicativas aumenta ou diminui as chances do evento predito ocorrer (GOMES NETO; BARBOSA; VIEIRA, 2018, p. 229)

A ferramenta da regressão logística é a mais adequada para verificar a existência (ou não) de associação entre duas variáveis, uma de natureza dependente (binária) e outra de natureza independente, quando se acredita que a presença desta é capaz de influenciar o resultado obtido na outra (LEVIN; FOX; FORDE, 2014, p. 401).

Em suma, a *logit* é uma “adequada ferramenta de pesquisa para problemas que envolvem a relação entre variáveis categóricas - predominantes nos estudos sobre o Direito e sobre as instituições judiciais - e a provável influência destas em processo decisórios (nada mais que escolhas entre alternativas)” (GOMES NETO; BARBOSA; VIEIRA, 2018, p. 215). É a ferramenta que “calcula as chances de o fenômeno pesquisado ocorrer e se essa ocorrência estaria, ou não, associada à presença das variáveis que se pretende testar na pesquisa” (GOMES NETO; BARBOSA; VIEIRA, 2018, p. 217).

No caso do presente trabalho, a crença (transmutada em hipótese de pesquisa) é de que o fator “natureza do crime” (dentre outros que não são objetos do presente trabalho) está associado à concessão e à denegação dos habeas corpus impetrados no STJ.

A variável escolhida “natureza do crime” é um fator processual, que diz respeito ao crime pelo qual o paciente do *writ* está sendo processado pelo juízo de 1º grau, que pode interferir na decisão do ministro, sem que este seja o argumento central da decisão, justamente em razão da necessidade de fundamentação da decisão de maneira concreta e não com base em um critério abstrato, como o crime imputado ao paciente. A análise proposta para essa pesquisa foi unicamente em relação à natureza do crime como critério para aferir a existência de uma seletividade dos julgadores, não sendo a hipótese de observar os argumentos das decisões

propriamente ditas ou outras variáveis que pudessem indicar o perfil socioeconômico do paciente, por uma questão de logística (de modo que as referidas variáveis podem ser alvo de outro trabalho).

A partir dessa amostra de 384 casos, foram realizadas análises individuais para verificar a suposta influência das variáveis independentes (X) na ocorrência do resultado da variável dependente (Y), qual seja o resultado do HC. Para a obtenção do resultado da análise de associação, as matrizes foram preenchidas com as variáveis independentes, referentes ao título do Código Penal em que os crimes estariam inseridos (a exceção dos crimes previstos em legislação extravagante) e; as variáveis dependentes, correspondente à concessão do habeas corpus (preenchida com 1) ou denegação (preenchida com 0).

Devido à sua amplitude, a matéria envolta ao habeas corpus, no que se refere ao pedido de concessão da ordem, pode englobar diversas situações que importem em favorecimento ao paciente, como: inépcia da denúncia; ausência de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia; impossibilidade de acesso aos autos de um processo ou inquérito; conduta atípica; aplicação do princípio da insignificância, dentre outros.

É importante ressaltar que como concessão considerou-se qualquer resultado que caracterize uma vantagem ao paciente, independentemente se a decisão favorável fosse prolatada em sede de julgamento da medida liminar ou do mérito do habeas. Para exemplificar o que foi estipulado com o numeral 1 na planilha referente às variáveis dependentes como concessão, tem-se: determinação de expedição de alvará de soltura; trancamento do processo; reconhecimento de nulidade; reconhecimento de causa de diminuição; determinação de progressão de regime, entre outras decisões de caráter favorável.

Da mesma forma, não importava se a concessão era parcial ou total da ordem pleiteada, bastando apenas que houvesse um resultado favorável ao paciente, ainda que a concessão da ordem do habeas fosse de ofício. Nas situações em que não houve o conhecimento do habeas corpus, mas a sua concessão de ofício, estes foram considerados como favorável ao paciente e preenchidos com o numeral 1 na planilha.

Com base no mesmo entendimento, a *contrario sensu*, a denegação da ordem (0) era representada na planilha para qualquer situação em todas as decisões de caráter negativo ao paciente; não apenas aquelas que dizem respeito ao julgamento do mérito, isto é, que efetivamente enfrentam o alegado na impetração e a denegam,

mas também as decisões que “não conhecem” do habeas corpus ou a indeferem liminarmente²⁶.

Foram excluídas da amostra os habeas corpus que eram encerrados por “perda de objeto” ou que eram julgados prejudicados, já que a estes não poderia se atribuir um resultado favorável ou desfavorável, ainda que este resultado, em determinadas ocasiões, se trate de uma opção da corte ou do ministro para não apreciar a demanda, de maneira propositada²⁷.

Também não foram analisados os resultados dos recursos de “agravo regimental” e “embargos de declaração” interpostos e opostos, respectivamente, como indicativo de concessão ou de denegação. Os habeas corpus foram analisados, mas apenas até a decisão de mérito (quando havia) ou apenas até a decisão proferida na liminar, para não macular a planilha com decisões que ora trazem um resultado denegatório e ora trazem resultado concessivo²⁸.

É importante explicar também que apenas os habeas corpus foram objeto de análise da presente pesquisa, não tendo sido analisados os recursos em habeas corpus (RHC's). Isso porque, apesar de o RHC confrontar decisões denegatórias de habeas corpus em tribunais, este possui uma natureza de recurso, um trâmite diferenciado, com características diversas da ação constitucional do habeas corpus. Por ser o instrumento mais utilizado na prática forense, o habeas corpus foi selecionado como objeto de análise.

Após o preenchimento da planilha no software *Excel*, utilizou-se o software *JASP* para extrair a regressão logística. Para cada variável independente, o programa fornece uma tabela, no seguinte modelo:

Estimate	Standard Error	Odds Ratio	z	p
----------	----------------	------------	---	---

²⁶ O indeferimento liminar do habeas corpus corresponde ao seu “não conhecimento”, de modo que é considerado como inadmitido. Ocorre nas ocasiões em que se reconhece a supressão de instância ou reconhece o não cabimento do habeas para aquela hipótese, a exemplo da violação à Súmula 691 do STF.

²⁷ Para compreender o fenômeno da “perda de objeto” e da prejudicialidade da ação como um comportamento estratégico, ver: GOMES NETO, José Mário Wanderley; BARBOSA, Luis Felipe Andrade. **Autorrestrrição líquida e certa: mandados de segurança originários do STF prejudicados por perda superveniente de objeto**. Anais do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis. CONPEDI, 2018.

²⁸ Se num determinado habeas corpus, este tivesse sido indeferido liminarmente e, após a interposição do agravo regimental, a este fosse dado provimento para conhecimento do habeas ou para concessão de ofício, haveria um resultado denegatório (0) e um concessivo (1).

Para a análise que se pretende fazer, três referenciais expostos na tabela acima importam para a pesquisa: Estimate (coeficiente ou B), Odds Ratio (razões de chance ou $\text{Exp}(B)$) e p (p -valor ou significância estatística).

O Estimate é responsável para demonstrar se a tendência ao fenômeno observado diante da presença daquela variável é positiva ou negativa, isto é, se tende ao resultado 0 (denegação), ou ao resultado 1 (concessão). Apesar de expresso em números, o que importa para a análise deste referencial é o seu sinal (positivo ou negativo). A sua observação está associada à do exponencial, para mostrar “a intensidade da associação entre a chance de se verificar a variável dependente (resposta) e a presença das variáveis independentes (explicativas)” (GOMES NETO; BARBOSA; VIEIRA, 2018, p. 222).

A “Odds Ratio” ou “razões de chance” é o referencial responsável por expor a quantidade de chances que o evento pode ocorrer na presença da variável, sendo importante que a observação seja feita em conjunto com o “estimate”, para verificar se o sinal é positivo ou negativo. Se o sinal for positivo, o exponencial mostra o quanto as chances de o fenômeno ocorrer aumentam na presença da variável e se for negativo, o exponencial mostra o quanto as chances diminuem.

Caso o valor do exponencial seja próximo a zero, significa que não há associação entre a variável e o resultado. Para exemplificar, portanto: se as razões de chance estão expostas com a quantia 2,0 e o sinal do coeficiente é positivo, significa que as chances de o evento da variável dependente (nesse caso, a concessão de habeas corpus) ocorrer é de duas vezes mais quando a variável independente comparada está presente.

Por fim, o “ p -valor” diz respeito à significância estatística daquela amostra para com o universo, de modo que se o valor desse referencial se encontra muito distante do numeral 0 (para cima), significa que aquele resultado obtido a partir da análise do coeficiente e das razões de chance pode não importar numa associação efetiva, já que a amostra analisada não possui o condão de demonstrar uma representação do todo.

Portanto, se o resultado do p -valor é muito acima de 0, significa que a ocorrência da variável independente na amostra analisada é muito baixa, de modo que o resultado obtido pode significar que não necessariamente aquela análise vai se repetir no universo.

Consideradas as proposições metodológicas acima, antes de partir para a demonstração e explicação dos resultados obtidos, é necessário delimitar as variáveis independentes que foram objeto da análise.

4.1. Explicando as variáveis selecionadas

Com base nas explicações de ordem teórica apresentadas, sobretudo, no capítulo 02 da presente pesquisa, uma das hipóteses do trabalho é de que as agências de criminalização secundária agiriam de modo seletivo, tendendo a confirmar o processo de penalização do indivíduo ou de absolvê-lo, dependendo da presença de determinadas variáveis na acusação.

Diversas modalidades de variáveis poderiam ser testadas para aferir a existência (ou não) do fenômeno “seletividade”, em relação a determinados grupos no julgamento dos habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo da natureza do paciente ou da vítima; do gênero do paciente ou da vítima; do tom de pele do paciente ou da vítima. No entanto, o objetivo da presente pesquisa não foi o de traçar um perfil seletivo da Corte em relação a vários grupos, mas de explicar apenas como um único grupo de variáveis traz influência aos julgamentos do Tribunal Superior.

O grupo de variáveis escolhido foi o da “natureza do crime” pelo qual o paciente está sendo processado no juízo de 1º grau ou investigado pela autoridade policial ou ministerial, para verificar eventual existência de interferência seletiva destas no julgamento dos habeas corpus por parte dos ministros do Superior Tribunal de Justiça.

A eleição da variável “natureza do crime” para aferir a existência de seletividade nos habeas corpus impetrados ao STJ se deu em razão de este ser um elemento mais relevante e fácil de ser percebido por parte do julgador, de modo a exercer maior influência na escolha de “quem punir”. Outras características do habeas corpus, como a sua espécie (se preventivo ou liberatório) ou características do paciente, como gênero e classe social, são elementos que demandariam uma observação mais acurada por parte dos julgadores e, como estes, em sua maioria, atuam em processo de “linha de montagem” (VALENÇA, 2012), buscam critérios que tornam o julgamento mais célere.

A título de observação, é importante ressaltar que a hipótese da existência da seletividade não traz consigo, necessariamente, o conceito comumente associado a esse fenômeno, de que o julgador agiria de modo seletivo nas decisões de maneira proposital. Em muitas situações de julgamento, em razão da limitação de tempo e da própria busca primitiva pelo menor esforço, o julgador cria heurísticas (atalhos simplificadores para julgamentos sem muita reflexão), para decidir com base em suposições e conhecimento parcial (ROSA, 2019).

Portanto, as heurísticas levariam o julgador a decidir a partir de um viés²⁹ (erro sistemático de pensamento), de modo que, ao invés de apreciar questões legais e estritamente jurídicas para decidir acerca do habeas corpus impetrado, o ministro acabe observando outros elementos do *writ*, a exemplo da natureza do crime (esta seria a heurística), e utilize esta característica - ainda que involuntariamente - para definir se vai conceder ou denegar a ordem pleiteada:

Isso porque processamos as informações do ambiente e as probatórias dentro das limitações humanas e precisamos, para reduzir o esforço, criar mecanismos de decisão pré-pronta, uma vez que nem sempre estamos interessados (não há recompensas suficientes) para que prestemos a devida atenção (principalmente em casos repetitivos ou por efeito da dissonância cognitiva), gerando, em geral, padrões de comportamento decisório (S1). A heurística diminui a carga de trabalho mental que manejamos durante o dia. Gera conforto, aparente coerência, mas pode ser uma armadilha cognitiva (...) (ROSA, 2019, p. 146)

Logo, a natureza do crime tornou-se o objeto da presente pesquisa, não por acreditar que há, necessariamente, uma escolha pejorativa do julgador em não conceder ou conceder habeas corpus para determinados tipos de crime, mas, sobretudo, por ser um elemento de fácil observação e que, ainda que não haja qualquer interferência proposital, acabe por enviesar o julgamento dos ministros.

No entanto, há também, um modelo formal de comportamento judicial - o modelo estratégico -, no qual o julgador decide a partir de uma análise de custos e benefícios da decisão a ser tomada (EPSTEIN; JACOBI, 2010). Neste caso, a decisão de conceder ou denegar a ordem do habeas corpus por parte do ministro pode estar vinculada à ideia de “custo social” da decisão e, portanto, neste contexto, a

²⁹ Acerca do tema, ver: COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: JusPodivm, 2018; WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi, ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. Florianópolis: Emodara/EMais, 2018.

seletividade não estaria adstrita a uma mera heurística, mas a uma decisão voluntária do julgador.

Independentemente da intenção por detrás do comportamento dos ministros do STJ no julgamento de habeas corpus, a ocorrência da seletividade nas decisões, em relação à natureza do crime, pode ser demonstrada a partir da análise empírica que será submetida à análise por regressão logística.

Para observar a hipotética associação entre a natureza do crime e o resultado do habeas corpus, as variáveis independentes foram subdivididas em tipos de crimes, a partir do título do Código Penal em que estariam inseridos, a exemplo dos “crimes contra a vida” e “crimes contra a dignidade sexual”. A exceção a este modelo de categorização se deu em relação aos crimes previstos na legislação penal extravagante, a exemplo da Lei nº 11.343/06 (Lei de Tóxicos) e Lei nº 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento).

Não foram estipuladas colunas para todos os crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro, já que a análise de habeas corpus para crimes de baixa incidência não causaria significância estatística para explicar o fenômeno dentro do universo. Deste modo, quando o habeas corpus especificamente analisado, eventualmente tinha por objeto um crime diverso daqueles que foram livremente estipulados para constar na planilha, passava-se à análise do habeas corpus imediatamente subsequente³⁰.

Importante mencionar que a eleição dos crimes a serem analisados nos habeas corpus, apesar de ter sido realizado de forma livre, não ocorreu de modo aleatório ou sem critério, tendo partido das premissas doutrinárias de crimes com maior e menor repressão por parte do sistema de justiça criminal.

Assim ficaram agrupadas as variáveis:

- Crimes contra a vida
- Furto
- Roubo e extorsão
- Estelionato e outras fraudes
- Receptação
- Crimes contra a liberdade sexual
- Crimes contra a administração pública
- Lei nº 11.340/06
- Lei nº 11.343/06
- Lei nº 10.826/03

³⁰ Se o Habeas Corpus nº 100 versasse sobre crime ambiental, passava-se à análise do Habeas Corpus nº 101.

A separação dos crimes contra o patrimônio se deu em virtude da natural discrepância de tratamento entre o crime de furto (cometido sem violência ou grave ameaça) e o crime de latrocínio (modalidade qualificada de roubo).

4.2. Resultados da análise dos dados obtidos

O primeiro dado - mais geral - a ser observado, é o número absoluto (da amostra) dos habeas corpus que tiveram a ordem concedida e dos que tiveram a ordem denegada. Verificou-se que dos 384 (trezentos e oitenta e quatro) habeas corpus impetrados no Superior Tribunal de Justiça, a concessão (leia-se “resultado favorável para o paciente”, conforme já explicado) ocorreu em 106 (cento e seis) deles, o que corresponde a um índice concessivo de 27,6%.

Em contrapartida, na maioria dos casos, ou seja, em 72,4% dos habeas corpus analisados, estes tiveram a sua ordem denegada, quer em razão de questões formais atreladas ao seu “não conhecimento” (sem a ocorrência de concessão de ofício, já que nos casos em que houve a concessão de ofício, o caso foi computado na planilha com o numeral “1”, quer por meio de argumentos de mérito.

Em relação à natureza do crime pelo qual o crime que o paciente está sendo processado ou investigado e a sua suposta associação com o resultado do julgamento do habeas corpus, é importante demonstrar a análise por regressão logística para cada variável independente selecionada.

De plano, ressalta-se que os testes feitos com variações dos tipos de crime demonstram um comportamento judicial que se modifica conforme a modalidade criminosa imputada ao paciente, sendo possível inferir estatisticamente o quanto a presença da variável aumenta ou diminui a chance de se conceder ou denegar o habeas corpus.

A partir da verificação entre a variável “crimes contra a vida” e a suposta associação com o resultado do julgamento do habeas corpus impetrado ao STJ, constatou-se que, de fato, poderia se inferir a existência de uma associação, além de demonstrar que quando presente aquela variável, havia uma tendência de denegação da ordem do *writ*.

A análise realizada sobre os habeas corpus que versavam sobre “crimes contra a vida” na amostra estão assim expressos:

Quadro 1

Resultado da análise por regressão logística (logit) para os crimes contra a vida

Coefficients

	Estimate	Standard Error	Odds Ratio	z	Wald Test		
					Wald Statistic	df	p
(Intercept)	-0.838	0.122	0.432	-6.863	47.101	1	< .001
Crimes contra a vida (1)	-0.884	0.364	0.413	-2.427	5.891	1	0.015

Note. Concessão level '1' coded as class 1.

Fonte: elaboração do autor.

A análise por regressão logística aponta uma forte associação *negativa* (-0.884) entre os crimes contra a vida e as chances da concessão da ordem em habeas corpus pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com alta significância estatística (0.015), pois o p-valor < 0.050. Neste sentido, a presença do fator temático “Crimes contra a vida” diminui as chances da concessão de liberdade pelos referidos julgadores (habeas corpus) em 41,3% (O.R. 0.413).

Quadro 2

Resultado do teste de Qui-quadrado para os crimes contra a vida

Chi-Squared Tests

	Value	df	p
X ²	6.184	1	0.013
N	384		

Fonte: elaboração do autor.

O teste de Qui-quadrado (X²), reforçando os resultados da análise logística, também mostra que existe uma associação (X² = 6.184, N=384) estatisticamente significativa (p-valor 0.013) entre os crimes contra a vida e o resultado dos habeas corpus.

Inicialmente, é importante delinear que no título dos “crimes contra a vida” então envolvidos o crime de homicídio doloso consumado (art. 121 c/c art. 14, I, ambos do CPB); homicídio doloso tentado (art. 121 c/c art. 14, II, ambos do CPB); homicídio culposo (art. 121, §3º do CPB); induzimento, instigação ou auxílio a suicídio ou automutilação (art. 122 do CPB); infanticídio (art. 123 do CPB); aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124 do CPB); provocar aborto sem o consentimento da gestante (art. 125 do CPB); provocar aborto com o consentimento da gestante (art. 126 do CPB).

Percebe-se, portanto, que são crimes de natureza grave, sendo a maioria deles punidos com pena de reclusão e com penas máximas abstratamente cominadas

superiores a 4 (quatro) anos (o que é relevante para a observação, já que para os crimes com pena máxima inferior a 4 anos, via de regra, não é cabível a prisão preventiva).

A tendência à não concessão do habeas corpus nos casos que envolvem “crimes contra a vida” - como demonstrado no gráfico acima - é fruto de um longo processo de construção social. Desde o positivismo criminológico e a tese central do determinismo da conduta humana que os crimes considerados graves tendiam a uma maior perseguição por parte do Estado, atribuindo à pena ou à prisão um status de elemento essencial para a defesa social, isto é, que servisse para dissuasão e correção, sem qualquer retribuição jurídica (CARDOSO, 2019).

Por acreditar, portanto, que o crime seria uma realidade ontológica constituída de maneira prévia ao sistema de justiça criminal e determinado por critérios biopsicológicos e sociais (BARATTA, 1999) que não podem ser controladas pelo sujeito, a defesa da ordem social deveria ser realizada por medidas de correção adequadas à natureza do criminoso. Isto é, a partir da premissa da “quantificação do comportamento”, as correções mais graves deveriam ser atribuídas, em retribuição, às condutas mais gravosas praticadas pelos acusados.

Não apenas isso, mas os crimes mais graves passam por um processo representativo das estatísticas oficiais, de modo que estes tornam-se mais visíveis:

Criminosos condenados representam a maior aproximação possível dos que realmente violaram a lei, selecionados cuidadosamente pela peneira do devido processo legal; nenhum outro setor do controle social tenta determinar a violação de normas com tal rigor e precisão (TAPPAN, 1962, p. 96-102)

Portanto, desde as primeiras perspectivas criminológicas, o criminoso processado pela suposta prática de crimes considerados mais graves era alvo mais evidente de “perseguição” por ordem das agências de controle social. O referido fenômeno ocorria tanto em razão de as condutas mais graves estarem mais visíveis à sociedade, como também pelo fato de haver um clamor social maior para estes delitos.

Em termos hodiernos, o clamor social funciona como um argumento *extra legem* (metajurídico) para fundamentar a prisão preventiva dos acusados ou investigados pela suposta prática de uma infração penal. Nada obstante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já ter firmado a impossibilidade de se

utilizar o fundamento do “clamor público” ou da “comoção social”³¹ para embasar a prisão cautelar de um indivíduo, os ministros permanecem utilizando o mesmo elemento, só que maneira velada, a partir de subterfúgios argumentativos.

Em muitas decisões, os ministros se valem da amplitude existente em alguns conceitos do art. 312 do Código de Processo Penal - o qual estabelece os requisitos para a decretação de uma prisão preventiva -, como o da “garantia da ordem pública” para expor convicções que se assemelham à compreensão da necessidade de se prender alguém em prol do “clamor público”

A abertura do requisito da garantia da ordem pública permite a utilização de argumentos como o da “gravidade em abstrato” para se fundamentar uma prisão cautelar, ou seja, prende-se preventivamente um acusado ou investigado apenas em razão da gravidade abstrata do crime. Apesar de em muitas decisões constar o argumento como sendo a “gravidade concreta” do delito, na verdade, substancialmente, aquela citação refere-se à gravidade abstrata:

(...) É recorrente a definição de risco para ordem pública como sinônimo de ‘clamor público’, de crime que gera um abalo social, uma comoção na comunidade, que perturba sua ‘tranquilidade’. Alguns, fazendo uma confusão de conceitos ainda mais grosseira, invocam a ‘gravidade’ ou ‘brutalidade’ do delito como fundamento da prisão preventiva (...)” (LOPES JR, 2019, p. 635)

O modelo formal de comportamento judicial explicado pela literatura acerca deste fenômeno é o modelo estratégico de decisão judicial. Os julgadores - no caso do presente trabalho, os ministros do STJ - se valem de suas preferências, agindo seletivamente, mas de maneira sofisticada, sem expor diretamente o seu intento:

Sob as condições deste modelo, um juiz orientado politicamente deve estar preparado para sopesar os custos e benefícios relativos que irão resultar de suas decisões formais e de seus esforços informais de influência. Deve ele considerar que, em virtude de suas decisões, alguns litigantes, bem como alguns interesses sociais, poderão sofrer perdas a partir de suas decisões, levando-a a pagar pelos custos que sustentam tais interesses. (...) Desde que, em matérias importantes, alguns ou a maioria de seus colegas estão aptos a ter fortes sentimentos individuais, deve estar preparado para pagar os custos de suas decisões - custos computados em tempo e energia, mas também em credibilidade, prestígio e em capital de barganha. (MURPHY, 1999, p. 35).

³¹ Entendimento firmado no Jurisprudência em Teses n. 32, do STJ, de 15 de abril de 2015: “9) A alusão genérica sobre a gravidade do delito, o clamor público ou a comoção social não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão preventiva”. Acesso no link:

As preferências do julgador, muitas vezes, estão influenciadas pela reação de outros atores políticos, de modo que a sua atuação na prática está vinculada às expectativas de outras instituições. Portanto, o clamor público e a comoção social são “pressões” que determinam a atuação do julgador, com base nas possíveis consequências daquela decisão.

Portanto, a seletividade dos ministros do STJ em tender à denegação da ordem de habeas corpus que versam sobre “crimes contra a vida” - por serem crimes de elevada repercussão social - está atrelada à pressão social, tanto do clamor público, como das próprias instituições do sistema de justiça criminal, que esperam uma repressão maior para essa modalidade de crime.

Por sua vez, os testes feitos com a variável “Lei nº 11.343/06” (Lei de Tóxicos, referente a condutas relacionadas ao tráfico de entorpecentes), para verificar se havia associação entre a presença dos crimes desta lei e o resultado do habeas corpus, demonstraram que havia uma associação positiva, ou seja, quando o habeas corpus versava sobre as condutas incriminadoras da Lei de Tóxicos, havia uma tendência à concessão do *writ*.

Quadro 3

Resultado da análise por regressão logística (logit) para Lei 11.343/06

Coefficients

	Estimate	Standard Error	Odds Ratio	z	Wald Test		
					Wald Statistic	df	p
(Intercept)	-1.127	0.152	0.324	-7.398	54.729	1	< .001
Lei 11.343/06 (1)	0.394	0.231	1.483	1.706	2.909	1	0.088

Note. Concessão level '1' coded as class 1.

Fonte: elaboração do autor.

A análise por regressão logística referente a esta variável aponta uma relativa associação positiva (0.394) entre os crimes da Lei 11.343/06 (tráfico de entorpecentes) e as chances da concessão da ordem em habeas corpus pelos Ministros dos Superior Tribunal de Justiça, com mediana significância estatística (0.088), pois o p-valor > 0.050.

Neste sentido, a presença do fator temático “Lei 11.343/06” aumenta as chances da concessão de ordem pelos referidos julgadores (habeas corpus) em 148,3% (O.R. 1.483).

É um resultado que aponta relevante associação (tendência decisória) a favor da concessão da liberdade ou de conteúdo decisório mais favorável ao paciente quando o processo penal trata deste tema, que sugere a colheita de novas amostras em estudos futuros para a confirmação efetiva desta tendência.

Apesar de o resultado distar do que a doutrina especializada afirma acerca do tratamento do sistema de justiça criminal com os indivíduos processados acusados pela Lei de Drogas, é importante ressaltar, antes da análise aprofundada, que a média significância da amostra colhida significa um menor grau de precisão na demonstração de que estes casos seriam representativos do universo de habeas corpus impetrados no STJ.

Até o ano de 2014, os crimes relacionados às drogas ilícitas eram responsáveis por 35,1% da população prisional Brasileira (DEVITTO, 2014). Em razão da elevada quantidade de encarcerados pelo crime do tráfico ilícito de entorpecentes que naturalmente se atribui ao sistema de justiça criminal e aos processos de criminalização um modo de agir, chamado de “guerra às drogas” (VALOIS, 2017).

Valois (2017. p. 457) afirma que na prática “quando uma pessoa chega ao judiciário indiciada como autora da prática do crime do art. 33 da Lei de Drogas, ela não é mais uma simples acusada, após a denúncia não é uma simples ré, mas passa a ser um traficante, independentemente da conduta atribuída entre aquelas tantas do artigo de lei citado”. No entanto, ao menos em princípio, o art. 28 da Lei de Drogas prevê os mesmos verbos nucleares expostos no tipo penal do art. 33 da mesma lei, apenas com a distinção quanto à destinação da droga.

A previsão dos verbos nucleares idênticos para os tipos penais do art. 28 e do art. 33, ambos da Lei nº 11.343/06, não foi fruto do mero acaso, mas da vontade do legislador para que pudesse definir, na prática, com base nas suas convicções e preferências, se o indivíduo será considerado como traficante ou como usuário:

Todos esses verbos, a generalização do texto definidor do crime, a preocupação do legislador em dizer que basta a pessoa possuir drogas em desacordo com determinação legal, ou seja, retirando a necessidade de se provar de qualquer desígnio do possuidor, são resultados do uso do direito penal como medida de polícia, afastando completamente a legislação penal da ideia de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado. (VALOIS, 2017, p. 421)

Portanto, a guerra às drogas está presente em todos os processos de criminalização, desde a discricionariedade da atividade policial para definir se a

conduta é de tráfico ou de porte para uso pessoal, passando pelo Poder Judiciário também na verificação de circunstâncias concretas que, supostamente, definiriam o enquadramento típico-normativo.

Todavia, as aberturas normativas já citadas facilitam que, na consideração do caso concreto, caso se considere pelo enquadramento da posição de “usuário” do entorpecente, os benefícios a ele atribuídos serem diametralmente dispostos àquele que recebe o tratamento de traficante. Enquanto o acusado processado pela prática do art. 33 está sujeita a uma pena máxima de 25 anos de reclusão (caso se considere a aplicação da causa de aumento do art. 40 da Lei de Drogas), o indivíduo acusado pela prática do art. 28, sequer pode ser preso.

Ainda nesse sentido, nada obstante os critérios de definição serem fluidos e abstratos, permitindo ao julgador estipular quando quer considerar aquela conduta como tráfico ou como uso próprio, a ausência de parâmetro, sobretudo quanto à quantidade de entorpecente apreendido, gera a possibilidade de um outro julgador - que funcione em algum outro momento da causa - tenha a convicção diversa da do julgador sentenciante.

Esta possibilidade de divergência é claramente perceptível quanto à quantidade da droga apreendida, além de outras circunstâncias concretas do delito, no que se refere à influência da possibilidade (ou não) da aplicação da causa de diminuição do “tráfico privilegiado” (art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06)³². Isto se dá, sobretudo, pelo fato de o reconhecimento do “tráfico privilegiado” ensejar um redutor de $\frac{1}{6}$ a $\frac{2}{3}$ da pena concretamente atribuída ao acusado, o que pode reduzir a sua pena para aquém do mínimo legal (5 anos) e, assim, atribuir um regime menos gravoso para início de cumprimento de pena.

Portanto, o tratamento jurídico atribuído ao acusado que vê a causa de diminuição do §4º reconhecida, ainda que tenha recebido a “etiqueta” de traficante, pelo fato de ter sido condenado pelo art. 33 da Lei de Drogas, é completamente diferente daquele que não obtém o reconhecimento da minorante.

O próprio Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção) decidiu que a "quantidade de drogas", por si só, não seria suficiente para afastar a aplicação da causa de diminuição do "tráfico privilegiado":

³² “§4º Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”

PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. 1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador. 2. Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados aspectos que cercam a prática delituosa; os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, que impede a ocorrência de bis in idem, intolerável na ordem constitucional brasileira. 4. O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elege-se dois elementos específicos necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria. 5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 6. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual. 7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712). 8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa. 9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base. 10. Recurso provido para restabelecimento da sentença. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1887511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021)

Em muitos dos casos analisados na amostra, o resultado concessivo (1) não se referia exatamente à concessão da liberdade do paciente em hipótese de prisão

preventiva, mas ao reconhecimento da possibilidade de aplicação do §4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Uma outra situação bastante comum, também, na análise da amostra colhida, foi o reconhecimento da possibilidade de cumprimento de pena em regime inicial menos gravoso. Durante muito tempo, os tribunais locais, em determinados casos, reconhecia a aplicação do redutor do “tráfico privilegiado”, estipulava a pena em patamar inferior a quatro anos (o que imporia o regime inicial aberto, em tese), mas ainda assim insistiam na cominação de regime mais gravoso para iniciar o cumprimento de pena.

Diante de um caso específico do TJSP, o STJ, em HC de relatoria do Ministro Rogério Schietti, determinou a soltura de 1.100 presos no Estado de São Paulo, os quais haviam sido condenados pelo crime de tráfico de drogas com o reconhecimento do tráfico privilegiado, para colocá-los no regime aberto de cumprimento de pena:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS INDIVIDUAL E COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DIRETRIZES REGISTRADAS PELA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO DO HC N. 143.641 (PLENO). PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DA CIDADANIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. HIPÓTESES DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, LEI N. 11.343/2006). TRÁFICO. DEFINIÇÃO LEGAL (ART. 112, §5º, LEI N. 7.210/1984). CRIME NÃO HEDIONDO. CONECTÁRIOS LÓGICOS EM RAZÃO DESSE RECONHECIMENTO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA. FORÇA NORMATIVA. ESTUDO DO INSTITUTO CONECTAS E DADOS ESTATÍSTICOS QUE CONFIRMAM O DESCUMPRIMENTO REITERADO PELO TRIBUNAL IMPUGNADO. DESRESPEITO AO SISTEMA DE PRECEDENTES. SEGURANÇA JURÍDICA E ESTABILIDADE. ISONOMIA DO JURISDICIONADO. BUSCA À RACIONALIDADE PUNITIVA. PREDICATIVO ÍNSITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REGIME PRISIONAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PROPORCIONALIDADE. 1. Ante a necessidade de salvaguardar um dos direitos fundamentais mais preciosos do ser humano, a liberdade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 143.641/SP, rompeu com a resistência registrada nos seus precedentes, quanto à inadmissibilidade do uso do writ constitucional de maneira coletiva. Na oportunidade, assentaram-se diretrizes a respaldar o maior espectro do remédio heroico, entre elas: a existência de relações sociais massificadas e burocratizadas, cujos problemas estão a exigir soluções a partir de remédios processuais coletivos, especialmente para coibir ou prevenir lesões a direitos de grupos vulneráveis; o fortalecimento da abordagem coletiva, em atendimento a maior isonomia às partes em litígio e em prestígio à celeridade processual, mitiga as dificuldades estruturais do acesso das coletividades ao Poder Judiciário. 2. A moldura fática trazida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo - mais de mil presos, que, a despeito da reconhecida prática de crime de tráfico privilegiado, cumprem pena de um ano e oito meses, em regime fechado, com respaldo exclusivo no ultrapassado entendimento de que a conduta caracteriza crime assemelhado a hediondo - permite solução coletiva, por reproduzirem a mesma situação fático-jurídica. Precedente (HC n. 575.495/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis

Júnior, 6ª T, julgado em 2/6/2020, DJe 8/6/2020). 3. Há anos são perceptíveis, em um segmento da jurisdição criminal, os reflexos de uma postura judicial que, sob o afirmado escudo da garantia da independência e da liberdade de julgar, reproduz política estatal que se poderia, não sem exagero, qualificar como desumana, desigual, seletiva e preconceituosa. Tal orientação, que se forjou ao longo das últimas décadas, parte da premissa equivocada de que não há outro caminho, para o autor de qualquer das modalidades do crime de tráfico - nomeadamente daquele considerado pelo legislador como de menor gravidade -, que não o seu encarceramento. 4. Segundo a interpretação, consolidada e antiga do Supremo Tribunal Federal (HC n. 111.840, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 17/12/2013), conforme à Constituição da República, não é considerado hediondo o delito de tráfico de drogas, na modalidade prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006 (caracterizada pela quantidade de drogas apreendida não elevada e por ser o agente primário, sem antecedentes penais e sem envolvimento com atividade ou organização criminosa). 5. Em decorrência dessa interpretação, que sobreleva os princípios da presunção de inocência e da individualização da pena, a natureza não hedionda do crime em exame desautoriza prisão preventiva sem a análise concreta dos requisitos do art. 312 do CPP (HC n. 104.339, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 06/12/2012), afasta a proibição, prevista art. 44 da Lei 11.343/2006, de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos (HC n. 97.256, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ayres Britto, DJe 15/12/2010), e impõe, portanto, tratamento penal com "contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa" (HC n. 118.533, Tribunal Pleno, Rel. Ministra Cármen Lúcia, DJe 19/9/2016). 6. Quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena, é clara e reiterada a dicção de enunciados sumulares dos Tribunais Superiores, segundo os quais "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Sum. 718 do STF), "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Sum. 719 do STF) e "É vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade do delito" (Sum. 440 do STJ).

(...)

Determinação para que se dê cumprimento desta ordem de Habeas Corpus, inclusive para que se providencie, junto aos respectivos juízos, a imediata expedição de alvarás de soltura aos presos que, beneficiados pelas medidas ora determinadas, não estejam presos por outros motivos.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 596.603/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 22/09/2020)

O caso de número 13 da planilha (HC nº 434.147/MS) - conforme exposto no anexo 1 da presente pesquisa -, por exemplo, concedeu parcialmente a ordem do habeas corpus, apenas para autorizar a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento de pena, na situação em que o paciente foi condenado a 2 anos e 11 meses de reclusão (sem ser reincidente). No mesmo habeas corpus, o Ministro Sebastião Reis Júnior, monocraticamente, denegou o aumento do patamar de diminuição do "tráfico privilegiado", em razão da "elevada quantidade de droga" e da "interestadualidade do delito", o que "indicaria sua maior periculosidade":

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em benefício de Ismael Maciel Portilho, no qual se aponta como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, que deu parcial provimento ao Recurso de Apelação n. 0000085-88.2015.8.12.0021, nos termos da seguinte ementa (fls. 200/201):

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DA DEFESA - TRÁFICO DE DROGAS - REDUÇÃO DA PENA-BASE - CABIMENTO - UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E, TAMBÉM, PARA DIMENSIONAR A REDUÇÃO DA PENA COM FUNDAMENTO NO ART. 33, § 4º DA LEI DE DROGAS - BIS IN IDEM- REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL - AFASTAMENTO EX OFFICIO DO CARÁTER HEDIONDO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRATICADO NO CONTEXTO ESTABELECIDO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 - RECURSO PROVIDO EM PARTE. É vedado ao magistrado valer-se da natureza da substância entorpecente para justificar a elevação da pena-base acima do mínimo legal e, também, para fundamentar o patamar de redução de reprimenda relativa ao tráfico privilegiado, o que configura bis in idem de acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 666.334/AM. Em situações tais, deve ser desconsiderada a natureza da droga utilizada para exasperar a pena-base, a fim de afastar o mencionado vício. Quanto ao patamar de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, que varia de 1/6 a 2/3, a sentença avaliou corretamente a questão ao estabelecer a diminuição na razão de 1/2, considerada a quantidade de droga apreendida. O tráfico privilegiado, de acordo com precedentes dos Tribunais Superiores (Habeas Corpus 118.533/MS - STF e Questão de Ordem na Pet 11.796-DF - STJ), não possui caráter hediondo. Recurso provido em parte. Aqui, a defesa sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal pois o Tribunal a quo, ao aplicar a minorante do tráfico privilegiado, não o fez em seu patamar máximo (2/3), mas sim em metade: 1/2 (metade), sem nenhuma fundamentação apta a justificar a escolha do patamar aquém do máximo permitido (fl. 8). Afirma, ainda, que à luz do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, o réu primário, condenado a uma pena inferior a 04 anos, poderá, desde o início, cumprir sua pena privativa de liberdade no regime aberto, com observância dos critérios previstos no art. 59 do CP, bem como faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 13). Requer, assim, a concessão da ordem para seja aplicada a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de menor potencial ofensivo), no patamar máximo, qual seja: 2/3 (dois terços); seja alterado o regime inicial de cumprimento de pena para o ABERTO; e, que se opere a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (fl. 18). Liminar indeferida (fls. 222/225). Informações prestadas (fls. 231/251), o Ministério Público Federal ofereceu parecer pela parcial concessão da ordem (fls. 253/261). É o relatório. Busca a presente impetração a aplicação da minorante do parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em grau seu máximo, a alteração do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Quanto à pretensão de se aplicar a redutora do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na fração máxima, não há ilegalidade a ser reparada. Ora, esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 420.060/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 30/11/2017). Nesse sentido, confirmam-se ainda os seguintes julgados: AgRg nos EDcl no HC n. 390.962/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 23/10/2017; e HC n. 382.881/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 23/3/2017. Na espécie, a expressiva quantidade de droga apreendida 15 kg de maconha (fl. 114), justifica a aplicação da redutora na fração de 1/2, motivo pelo qual não há falar em inidoneidade do fundamento ou desproporcionalidade flagrante. Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça admite que a quantidade da droga

apreendida constitui fundamentação idônea tanto para a imposição de regime mais gravoso, quanto para o indeferimento da substituição da pena carcerária por restritiva de direitos. In casu, como afirmou o Subprocurador-Geral da República Augusto Aras em seu parecer, o paciente foi condenado a 2 anos e 11 meses de reclusão e não é reincidente, mas a elevada quantidade da droga apreendida e a interestadualidade do delito indicam sua maior periculosidade, o que, apesar de não recomendar o regime fechado, justifica a fixação do regime intermediário para início de cumprimento da pena (fl. 259). Neste sentido: PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS A FIGURAR EM DEMÉRITO DA PACIENTE. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, EM MENOR EXTENSÃO. 1. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos de reclusão, é inviável a imposição do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, diante da existência de elementos concretos a figurar em demérito da paciente. Desproporcional, entretanto, a fixação do regime inicial fechado, tendo em vista o quantum da pena imposta, a saber, 2 anos de reclusão, sendo razoável, pois, a imposição do regime inicial intermediário. 2. Habeas corpus concedido, em menor extensão, a fim de fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta à paciente. (HC 426.600/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/2/2018) Com efeito, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que as circunstâncias do crime não recomendam a substituição quantidade da droga (HC n. 409.559/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 28/11/2017). Ante o exposto, acolhendo o parecer ministerial, concedo parcialmente a ordem a fim de fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 434.147/MS, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 14/03/2018)

Nesse mesmo sentido, o caso número 15 da planilha (HC nº 329.413/SP), também favorável ao paciente, relativo ao tráfico de drogas, concedeu a ordem apenas para reformar o regime inicial de cumprimento de pena:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, é manifestamente ilegal a imposição do regime prisional mais severo com base, exclusivamente, no disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 111.840/ES. 3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas. 4. Preenchidos os requisitos legais do art.

44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo da Execução.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 329.413/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2016, DJe 27/04/2016)

O que se percebe é que muitos casos componentes da amostra analisada, quando envolviam o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, referiam-se a características relativas à modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

Portanto, a aparente inovação do achado acerca da tendência concessiva ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei de Drogas), não significa que o Superior Tribunal de Justiça atribui um entendimento mais equânime aos pacientes, mas apenas que questões "marginais" do julgamento, que não digam respeito à liberdade do indivíduo diretamente, têm uma possibilidade maior de concessão, já que o "custo" decisório (baseando-se no modelo estratégico de comportamento judicial) de deferir uma causa de diminuição é menor que o de decretar a liberdade provisória, diretamente, de um suposto "traficante".

No que diz respeito à verificação de eventual associação entre “crimes contra administração pública” e a concessão ou denegação da ordem do habeas corpus, constatou-se da análise por regressão logística que, quando o paciente do HC estava sendo processado por um crime dessa modalidade, havia uma tendência à concessão, no entanto, com baixa significância estatística.

Quadro 4

Resultado da análise por regressão logística (logit) para Crimes contra a administração pública

Coefficients

	Estimate	Standard Error	Odds Ratio	z	Wald Test	
					p	
(Intercept)	-0.657	0.109	0.518	-6.009	< .001	
Adm. Publica (1)	0.321	0.596	1.378	0.538	0.590	

Note. Concessão level '1' coded as class 1.

Fonte: elaboração do autor.

A análise referente a esta variável em específico demonstra que há uma associação positiva (0.321) entre os crimes contra a administração pública e o aumento das chances de concessão dos habeas corpus impetrados no Superior Tribunal de Justiça. Importante ressaltar, ainda, que a significância estatística da

amostra é baixa, podendo apresentar um equívoco em análise de nova amostra do universo ou um evento raro (pouca ocorrência) a ser confirmado por posteriores análises qualitativas.

Portanto, o que se pode afirmar é que diante da presença da variável “crimes contra a administração pública”, há um aumento de chances em 137,8% de concessão do habeas corpus.

Desde meados da primeira década do século XXI, o sistema de justiça criminal passou a alcançar em escala maior os crimes de “colarinho branco”, os quais apesar de previstos legalmente, não eram alvo constante do processo de criminalização secundária. A Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, por exemplo, é de 1990, a Lei de Crimes de Responsabilidade de Prefeitos (DL 201/67), assim como a de Lavagem de Capitais é 1996, demonstrando que já havia uma preocupação no processo de criminalização primária, mas que as agências de controle, propositalmente, não reprimiam os delitos dessa modalidade.

Nada obstante a deflagração de operações, a exemplo da Lava-Jato, assim como o julgamento da AP 470 (ação penal originária do “mensalão”), apesar de haver uma aparência de que as agências de controle passaram a preocupar-se com a criminalidade dos mais privilegiados, ainda é uma quantidade ínfima se comparado com o número de pessoas presas.

Conforme já foi alertado por Sutherland (2015), os crimes de colarinho branco não poderiam ser observados estatisticamente a partir dos dados oficiais, já que muitos ingressam na cifra oculta. Portanto, a constatação de que poucos processados e poucos presos responde(ram) a processos que englobam crimes contra a administração pública, não significa que há um baixo índice de cometimento de delitos dessa espécie, mas apenas que as suas condutas não são visíveis.

Por não possuírem, via de regra, a etiqueta de “criminoso”, os pacientes do habeas corpus tendem a ter um resultado mais favorável no julgamento do *writ*. Os próprios ministros do STJ sofrem um apelo menor por parte das instituições sociais das agências de controle, para condenar ou decretar prisões preventivas de acusados processados por crimes contra a administração pública.

Esse comportamento judicial pode ser explicado também, a partir da defesa de um cidadão, detentor de direitos e garantias, em detrimento de um “inimigo”, que, em nome da defesa da ordem social, deve ser caçado pelo sistema de justiça criminal. Esse “inimigo” pertence a uma camada social muito específica (dos despossuídos),

de modo que, (in)voluntariamente, a atuação dos ministros e de quaisquer julgadores se voltam, culturalmente, à repressão deste grupo a que o inimigo pertence, olvidando-se - por insuficiência estrutural - de punir os demais acusados por outras modalidades criminosas.

Importante ressaltar que apesar de a análise ter sido realizada em relação a determinados títulos do tipo penal, a exemplo de "crimes contra o patrimônio", os resultados encontrados a partir da análise por regressão logística não foram resultados estatisticamente significantes entre as decisões que julgam os processos de habeas corpus e os demais temas testados (tipos penais), referentes às demais variáveis regressoras (explicativas).

Por este motivo, as considerações aqui apresentadas referem-se apenas aos casos em que a amostra foi suficientemente significativa para demonstrar a relação entre a presença da variável "natureza do crime" e o resultado do habeas corpus.

Portanto, a partir das observações feitas, percebe-se que há um comportamento seletivo por parte dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, quando presentes as variáveis de "crimes contra a vida" (aqui compreendido como um crime de elevada repercussão social e extremamente visível ao sistema de justiça criminal, por influência dos empresários morais e do clamor público), de "crime de tráfico de entorpecentes" e de "crimes contra a administração pública", em confirmação à hipótese de uma espécie de leniência com a criminalidade do colarinho branco.

A seletividade está presente pelo fato de a associação entre a variável da natureza do crime e o resultado do habeas corpus estar relacionado à elementos metajurídicos de convencimento do julgador, que leva em consideração aspectos das expectativas das agências de controle e de demais instituições que fazem parte do sistema de justiça criminal, se valendo dos argumentos jurídico-formais de modo estratégico, para não expor nas decisões o seu real pensamento acerca da matéria julgada.

CONCLUSÕES

No presente trabalho, inicialmente, foram abordadas questões de ordem teórica e, ao final, empíricas, para responder ao problema de pesquisa: a natureza do crime pelo qual o paciente do habeas corpus está sendo processado influencia na concessão ou na denegação do habeas?

Promoveu-se a investigação da atuação do Superior Tribunal de Justiça no processo de criminalização secundária dos indivíduos submetidos ao tribunal por meio do julgamento de habeas corpus. Para tanto, a pesquisa frisou todo o processo evolutivo das escolas do saber criminológico e penal, para demonstrar a base fundante e os pressupostos formadores dos paradigmas mais recentes.

O labelling approach demonstra-se como um paradigma relevante para a compreensão da presente pesquisa, pelo fato de romper com a crença de que o crime seria uma realidade ontológica e que a ação do indivíduo criminoso estaria relacionada a critérios etiológicos, para observar a criminalidade a partir da reação das instituições de controle do sistema penal.

Portanto, o estudo dos critérios de seleção e definição das modalidades criminosas, por parte das agências de controle social, assim como a reação destas diante de determinados crimes, é o que efetivamente encontra a explicação para o fenômeno da criminalidade. A referida seleção ocorre por meio dos processos de criminalização, tanto através da atuação do Legislativo a partir da criação de normas incriminadoras (primária), como por meio da polícia, Ministério Público, Judiciário, por meio da aplicação concreta e punição do indivíduo.

Na criminalização secundária, um dos pressupostos é de que haveria a utilização de critérios metajurídicos (*extra legem*) por parte do Judiciário (e das demais agências de controle), para definir as condutas que efetivamente receberiam a tutela penal e aquelas condutas que sequer chegariam à apreciação dos magistrados, a partir das convicções pessoais dos julgadores e das pressões exercidas pelas demais instituições da sociedade, a exemplo dos empresários morais, responsáveis por influenciar o povo e delimitar os mais visíveis ao sistema penal.

Para observar este fenômeno no Superior Tribunal de Justiça, estudou-se o comportamento da corte em relação ao julgamento dos habeas corpus (de todas as espécies), por ser este o instrumento mais utilizado pelos advogados e defensores

para a obtenção de benefícios penais e restituição da liberdade do acusado, em razão da celeridade do rito e da possibilidade rápida de apreciação da matéria pelos tribunais superiores, sem que seja necessário aguardar a resolução do processo em primeira instância.

Lançados os fundamentos teóricos, passamos à análise empírica dos dados colhidos.

A pesquisa ora realizada abrangeu o período de vinte anos (da vigência da Constituição da República até o ano de 2019) de impetrações de habeas corpus no STJ, da qual se retirou a amostra de 384 casos, entre decisões monocráticas e colegiadas, para análise, tendo obtido, por exemplo, o resultado de que apenas 27,8% dos *writs* impetrados naquela corte implica em concessão (no sentido de qualquer decisão favorável ao paciente).

Ao submeter os dados colhidos à análise por regressão logística, constatou-se tendências dos ministros diante da presença de três variáveis diversas, relativas à natureza do crime. Quanto aos “crimes contra a vida”, observou-se um aumento das chances de haver a denegação da ordem do habeas corpus (em 41,3%), promovendo a conclusão de que há uma tendência do STJ em não conceder liberdade ou outros benefícios penais, quando se trata de crime grave com elevada repercussão social.

Quanto ao “crime de tráfico ilícito de entorpecentes”, constatou-se que a presença dessa variável aumentou o número de chances (em 148,3%) de haver a concessão do *writ*. A principal explicação para esse fenômeno, o qual aparentemente seria contrária à doutrina especializada acerca do tema, é de que a maioria dos casos de concessão dos habeas na amostra (considerando a medida significância estatísticas), não se tratavam de discussão direta da liberdade do paciente, mas de questões como reconhecimento da aplicação de tráfico privilegiado, modificação do regime inicial de cumprimento de pena e etc.

Já no que tange aos “crimes contra a administração pública”, quando o paciente do habeas corpus estava sendo processado por esse título do código penal, os habeas corpus tendiam à concessão (em 137,8%), demonstrando a seletividade da corte nos casos que envolvem a criminalidade do “colarinho branco”, confirmando a hipótese de que há um comportamento estratégico da corte em reprimir de maneira mais atenuada os crimes que não atingem às camadas sociais mais vulneráveis.

Portanto, observou-se um mecanismo de seletividade dos ministros do STJ, a partir do qual consideram previamente a opção pelo resultado do *writ* (pela

concessão ou pela denegação), a partir do aspecto da natureza do crime que é objeto da impetração.

Com as considerações feitas, observou-se que a natureza do crime é um fator relevante para que o Superior Tribunal de Justiça aja seletivamente, de modo a interferir no processo de criminalização secundária, quer para permitir o trancamento de um processo ou a liberdade de um indivíduo, quer para manter a sua segregação, ainda que se revista de ilegalidade flagrante, com a utilização de jargões jurídicos genéricos e óbices formais. A natureza dos crimes nos quais o STJ tende a conceder o habeas (crimes contra a administração pública) e os que tende a negar (crimes contra a vida) demonstram uma seletividade da corte para com determinados indivíduos, de determinadas camadas sociais.

Portanto, a pergunta realizada no início do primeiro capítulo do trabalho, após a narrativa de uma situação hipotética de dois acusados de origens social/étnicas opostas, se essas características poderiam influenciar no resultado da decisão, a resposta é positiva, diante da constatação empírica observada de que a natureza do crime influencia o resultado do habeas corpus. Logo, é neste ponto que se demonstra a seletividade penal dos ministros do STJ no julgamento de habeas corpus impetrados à corte, ao não julgar de maneira equânime os *writs* de acordo com a natureza do crime e, conseqüentemente, de acordo com o indivíduo tido como paciente.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Érica Babini Lapa do. **Teoria dos bens jurídicos-penais: critério retórico de justificação de poder: uma abordagem criminológica**. – Recife. 2009.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **O controle penal do capitalismo globalizado**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 81. São Paulo: RT, nov-dez, 2009.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Série Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECKER, Howard. **Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance**. The Free Press of Glencoe: 1963.
- BORDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. Companhia das Letras, 2014.
- BUSANA, Dante. **O habeas corpus no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009.
- CANTERO, Sainz. **La ciencia del Derecho Penal y su evolución**. Barcelona. Bosch. 1975.
- CARDOSO, Helena Schiessl. **Criminologia brasileira: um mosaico à luz do ensino jurídico**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- CARVALHO, José Murilo. **Os bestializados. O Rio de Janeiro e a República que não foi**. 3a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

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

CASTRO, Lola Aniyar de. **A evolução da teoria criminológica e avaliação do seu estado atual**. Revista de Direito Penal e Criminologia, Forense, Rio de Janeiro, n. 34. 1982.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social**. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

CHAPMAN, Denis. **Lo stereotipo del criminal**. Turim, 1971

COHEN, Stanley. **Images of Deviance**. Pelican, 1971.

COSTA, Cruz. **Contribuição à história das ideias no Brasil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: JusPodivm, 2018.

DEVITTO, Renato Campos Pinto (coord.). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN**. 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo, ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra Editora, 1997.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

DURKHEIM, Émile. **The Division of Labour in Society**. New York: Free Press. 1964.

EPSTEIN, L.; JACOBI, T. **The strategic analysis of judicial decision**. Annual Review of Law and Social Science, v. 6, 2010.

FERRI, Enrico. **The Positive School of Criminology**. Chicago: H. C. Kerr & Co., 1909

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete, Editora Vozes, Petrópolis, 40ª edição, 2012.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro, Revan, 2014.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; BARBOSA, Luis Felipe Andrade. **Autorrestrrição líquida e certa: mandados de segurança originários do STF**

prejudicados por perda superveniente de objeto. Anais do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis. CONPEDI, 2018.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; BARBOSA, Luis Felipe Andrade; VIEIRA, Jorge Luiz Gonzaga. **Explicando Decisões: as aplicações da Análise por Regressão Logística (Logit) no Estudo do Comportamento Judicial.** Revista de Direito Público - RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 82, 2018, p. 214-231, jul/ago. 2018.

GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal.** 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

GROSSO GALVAN, Manuel. **Nueva criminología y dogmática jurídico-penal,** CPC, n. 10. 1980.

HASSEMER, Winfried. **História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra.** Revista Pensar, Fortaleza, v. 4, n.4, 1996.

HULSMAN, Louk; BERNAT, Jacqueline de Celis. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão.** Tradução por Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

HUME, David. **Essays et traités sur plusieurs sujets: Essais moraux, politiques et littéraires.** Tradução de Michel Malherbe. Paris: Vrin, 1999.

JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo.** In: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. **A “esquerda punitiva”: vinte e cinco anos depois.** 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

KUNZ, Karl-Ludwig, SINGELSTEIN, Tobias. **Kriminologie.** Stuttgart: Haupt Verlag, 2016, 7a ed.

LEVIN, Jack; FOX, James Alan; FORDE, David R. **Elementary Statistics in Social Research.** 12. ed. Upper Saddle River (EUA): Pearson, 2014.

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

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre, ed. Sergio Antonio Fabris, 1991.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; CARVALHO, Ricardo Cícero Rodrigues. **Raízes autoritárias e criminologia crítica: “pontos firmes de interpretação” para a realidade brasileira.** Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS, v. 14, n. 1, p. 115-139. 2019.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem.** São Paulo: imprensa oficial do Estado de São Paulo, 2003.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MEAD, Georg Herbert. **Mind, Self and Society from the Standpoint of a Social Behaviorist.** Chicago: University of Chicago Press, 1934.

MERTON, Robert K. **Teoría y estructuras sociales.** México, 1964.

MOURA, Maria Thereza de Assis. **Habeas Corpus na reforma do Código de Processo Penal.** Revista do Advogado: Associação dos Advogados de São Paulo. Ano XXXI, setembro de 2011, n. 113.

MURPHY, W. **Elements of judicial strategy.** Chicago: University of Chicago Press, 1999.

PAVARINI, Massimo. **Punir os inimigos: criminalidade, exclusão e insegurança.** Curitiba: ICPC, 2010.

PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas.** Bauru, ed. Jalovi, 1983

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus.** 8ª ed. 2 v. São Paulo: Saraiva, 1979

RODRIGUES, Nina. **As raças humanas.** Bahia: livraria progresso editora. 1957.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 5. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2019

RUBINGTON, Earl. WEINBERG, Martin S. **The Study of Social Problems – Five Perspectives.** New York: Oxford University Press, 1977.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social.** Coleção Pensamento Criminológico, v.3, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia da repressão**. Uma crítica ao positivismo em Criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1984

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia: contribuição para crítica da economia da punição**. 1. ed. Tirant lo Blanch, 2021.

SCHWARZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil - 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SUTHERLAND, Edwin H.; CRESSEY, Donald R. – **Principles of Criminology**, J.B. Lippincott Company, 1966

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco: versão sem cortes**; Trad. Clécio Lemos. – 1ª ed. -. Rio de Janeiro: Revan, 2015

TAYLOR, Ian, WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **The new criminology: for a social theory of deviance**. London and New York: Routledge & Kegan Paul, 2013.

TORON, Alberto Zacharias. **Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e processamento do writ**. 1ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

VALENÇA, Manuela Abath. **Julgando a liberdade em linha de montagem: um estudo etnográfico do julgamento dos habeas corpus nas sessões das câmaras criminais do TJPE**. Recife, 2012.

VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

VERAS, Ryanna Pala. **A obra de Sutherland**. Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal. São Paulo: PUC, 2006.

WACQUANT, Loic. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Tradução de Eliana Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva**. Florianópolis: Emodara/EMais, 2018.

WOLFGANG, M.; FERRACUTI, F. **The subculture of Violence**. Tavis-tock Publications, 1969.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro. Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro. Revan. 3ª Edição. 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, Slokar, Alejandro.
Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2ª ed.
Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZEDNER, Lucía. **Los peligros de la distopía en la teoría penal.** 2000.

ANEXO 1

Amostra da pesquisa - lista dos habeas corpus consultados:

1. HC 451396
2. HC 278523
3. HC 383983
4. HC 160537
5. HC 100405
6. HC 491810
7. HC 178554
8. HC 168400
9. HC 373361
10. HC 34086
11. HC 51372
12. HC 186909
13. HC 434147
14. HC 197687
15. HC 329413
16. HC 520652
17. HC 515539
18. HC 180014
19. HC 397761
20. HC 408554
21. HC 156005
22. HC 149662
23. HC 63348
24. HC 47713
25. HC 466702
26. HC 4336
27. HC 501632
28. HC 532592
29. HC 422580
30. HC 491325
31. HC 339342
32. HC 41891
33. HC 519184
34. HC 19787
35. HC 214510
36. HC 170610
37. HC 453493
38. HC 506359
39. HC 248912
40. HC 171218

41.HC 279136
42.HC 18182
43.HC 438916
44.HC 228355
45.HC 32942
46.HC 8286
47.HC 73532
48.HC 425107
49.HC 56266
50.HC 460145
51.HC 70923
52.HC 404297
53.HC 343581
54.HC 174323
55.HC 450803
56.HC 280504
57.HC 29991
58.HC 529469
59.HC 169401
60.HC 23363
61.HC 353142
62.HC 487925
63.HC 428801
64.HC 91634
65.HC 527391
66.HC 78768
67.HC 342667
68.HC 538549
69.HC 427784
70.HC 128548
71.HC 523527
72.HC 256143
73.HC 77558
74.HC 463312
75.HC 138239
76.HC 249875
77.HC 386465
78.HC 473179
79.HC 217347
80.HC 381271
81.HC 136747
82.HC 371804
83.HC 432584
84.HC 141226

85.HC 334779
86.HC 371206
87.HC 460563
88.HC 117678
89.HC 363209
90.HC 551499
91.HC 373661
92.HC 267232
93.HC 386985
94.HC 313656
95.HC 58043
96.HC 549207
97.HC 7000
98.HC 194882
99.HC 438387
100. HC 30982
101. HC 388100
102. HC 487548
103. HC 394378
104. HC 23626
105. HC 411387
106. HC 552998
107. HC 486971
108. HC 129794
109. HC 191840
110. HC 497940
111. HC 152836
112. HC 545493
113. HC 287930
114. HC 210308
115. HC 40872
116. HC 53644
117. HC 494392
118. HC 201789
119. HC 40507
120. HC 271481
121. HC 441415
122. HC 365746
123. HC 228450
124. HC 30803
125. HC 333013
126. HC 541790
127. HC 286752
128. HC 459158

129. HC 156604
130. HC 107557
131. HC 171605
132. HC 193996
133. HC 143352
134. HC 488930
135. HC 365255
136. HC 185915
137. HC 255681
138. HC 26659
139. HC 43249
140. HC 302478
141. HC 369733
142. HC 99948
143. HC 383782
144. HC 518213
145. HC 40786
146. HC 270985
147. HC 233431
148. HC 19934
149. HC 75444
150. HC 239342
151. HC 250313
152. HC 342361
153. HC 351463
154. HC 267529
155. HC 515497
156. HC 304251
157. HC 153
158. HC 77900
159. HC 506906
160. HC 533737
161. HC 507228
162. HC 112120
163. HC 324058
164. HC 350090
165. HC 58345
166. HC 150070
167. HC 384041
168. HC 343447
169. HC 253202
170. HC 291421
171. HC 144701
172. HC 90403

173. HC 173194
174. HC 408351
175. HC 302171
176. HC 455785
177. HC 38069
178. HC 293252
179. HC 124283
180. HC 474399
181. HC 554541
182. HC 501237
183. HC 481972
184. HC 486665
185. HC 180218
186. HC 552172
187. HC 348841
188. HC 410095
189. HC 309089
190. HC 51155
191. HC 537579
192. HC 9389
193. HC 389298
194. HC 49322
195. HC 441929
196. HC 277475
197. HC 336504
198. HC 315865
199. HC 12668
200. HC 37209
201. HC 221419
202. HC 528253
203. HC 468986
204. HC 529896
205. HC 524110
206. HC 531796
207. HC 86079
208. HC 154916
209. HC 244234
210. HC 165843
211. HC 492457
212. HC 37404
213. HC 210383
214. HC 453738
215. HC 110496
216. HC 373386

217. HC 033909
218. HC 503872
219. HC 009772
220. HC 377658
221. HC 497869
222. HC 44237
223. HC 398618
224. HC 096679
225. HC 490806
226. HC 530801
227. HC 461268
228. HC 483764
229. HC 522919
230. HC 328746
231. HC 411784
232. HC 514551
233. HC 366636
234. HC 16532
235. HC 495173
236. HC 183642
237. HC 072893
238. HC 448944
239. HC 127465
240. HC 304840
241. HC 14539
242. HC 403198
243. HC 510215
244. HC 226740
245. HC 512847
246. HC 478931
247. HC 157206
248. HC 134457
249. HC 491209
250. HC 466356
251. HC 10491
252. HC 155099
253. HC 159063
254. HC 188802
255. HC 356874
256. HC 157855
257. HC 499455
258. HC 484226
259. HC 106983
260. HC 249165

261.	HC 116017
262.	HC 434395
263.	HC 104609
264.	HC 294960
265.	HC 1600
266.	HC 292050
267.	HC 460131
268.	HC 137856
269.	HC 107107
270.	HC 99835
271.	HC 246480
272.	HC 509129
273.	HC 497180
274.	HC 115929
275.	HC 113653
276.	HC 188436
277.	HC 420335
278.	HC 266802
279.	HC 39018
280.	HC 529192
281.	HC 298284
282.	HC 294888
283.	HC 552045
284.	HC 116709
285.	HC 518527
286.	HC 45240
287.	HC 206693
288.	HC 127424
289.	HC 366008
290.	HC 447015
291.	HC 419478
292.	HC 376791
293.	HC 429095
294.	HC 186772
295.	HC 440329
296.	HC 509260
297.	HC 141476
298.	HC 303322
299.	HC 244985
300.	HC 215436
301.	HC 466098
302.	HC 27187
303.	HC 230995
304.	HC 144082

305. HC 47308
306. HC 541582
307. HC 496789
308. HC 173627
309. HC 396360
310. HC 543927
311. HC 259717
312. HC 46244
313. HC 97891
314. HC 284784
315. HC 192566
316. HC 140885
317. HC 273366
318. HC 186819
319. HC 451852
320. HC 161729
321. HC 177327
322. HC 158597
323. HC 512789
324. HC 189144
325. HC 159276
326. HC 159164
327. HC 255030
328. HC 201998
329. HC 317366
330. HC 345675
331. HC 75580
332. HC 294784
333. HC 402864
334. HC 248367
335. HC 28899
336. HC 477846
337. HC 419476
338. HC 307783
339. HC 217758
340. HC 60695
341. HC 249834
342. HC 215887
343. HC 211288
344. HC 509651
345. HC 532795
346. HC 175473
347. HC 269693
348. HC 106023

349. HC 344293
350. HC 75017
351. HC 484345
352. HC 417113
353. HC 20260
354. HC 470174
355. HC 56851
356. HC 120520
357. HC 227245
358. HC 368891
359. HC 52492
360. HC 85417
361. HC 60176
362. HC 158531
363. HC 177747
364. HC 254288
365. HC 282225
366. HC 224845
367. HC 143976
368. HC 554969
369. HC 32846
370. HC 265754
371. HC 058295
372. HC 283935
373. HC 345562
374. HC 411859
375. HC 397515
376. HC 408067
377. HC 22154
378. HC 262274
379. HC 453361
380. HC 446422
381. HC 540214
382. HC 283098
383. HC 252053
384. HC 49403