

THIAGO BOTTINO

HABEAS CORPUS

NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
ANÁLISE E PROPOSTA DE REFLEXÃO



HABEAS CORPUS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
UMA ANÁLISE E PROPOSTA DE REFLEXÃO



Edição produzida pela FGV Direito Rio
Praia de Botafogo, 190 | 13º andar
Rio de Janeiro | RJ | Brasil | CEP: 22250-900
55 (21) 3799-5445
www.fgv.br/direitorio

HABEAS CORPUS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
UMA ANÁLISE E PROPOSTA DE REFLEXÃO

Thiago Bottino

Pesquisa realizada com recursos do Projeto “Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil”, mediante seleção pública (chamadas públicas simplificadas Ipea/PNPD nº 13/2012 e nº 098/2014).

EDIÇÃO FGV DIREITO RIO



Obra Licenciada em Creative Commons

Atribuição - Uso Não Comercial - Não a Obras Derivadas

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Fechamento da 1ª edição em novembro de 2016

Este livro foi aprovado pelo Conselho Editorial da FGV Direito Rio, e consta na Divisão de Depósito Legal da Biblioteca Nacional. Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

Coordenação ■ Sérgio França, Thais Mesquita e Rodrigo Vianna

Projeto gráfico e capa ■ Agência Tipping: Priscilla Tipping

Diagramação ■ Agência Tipping: Ricardo Santos

1ª Revisão ■ Antônio dos Prazeres

2ª Revisão ■ Erika Alonso

Amaral, Thiago Bottino do

Habeas corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão / Thiago Bottino. - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2016.

116 p.

ISBN: 978-85-63265-71-5

1. *Habeas-corpus*. 2. Processo penal.
I. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. II. Título.

CDD - 341.4327

Prefácio

Marco Aurélio Mello

A valia de uma obra está no conjunto de informações nela contido. O professor Thiago Bottino do Amaral, unindo o magistério à advocacia, revela preocupação com o embate entre a proteção da liberdade e a restrição ao cabimento da ação constitucional do *habeas corpus*. Confirma a máxima segundo a qual a medida não admite peias, mostrando-se possível manuseá-la, inclusive, contra título judicial precluso na via da recorribilidade, caso se verifique ilegalidade a alcançar o direito de ir e vir. Reflete inquietação com a necessidade de conciliar o acesso ao Poder Judiciário e a enorme quantidade de impetrações submetidas à apreciação do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça.

Em época de crise, impõe-se guardar princípios e valores. Ao discorrer sobre a dinâmica na utilização da ação constitucional, desvendando temas e fundamentos, enfrenta o desafio ímpar de propor modificações no sistema de justiça criminal, a partir de elementos que o compõem. A seriedade do propósito credencia-o no meio acadêmico. A certeza é do acolhimento deste trabalho por todos comprometidos com o aprimoramento da prestação jurisdicional e, mais precisamente, com a almejada justiça.

Colho da publicação trecho a demonstrar o que, em última análise, representa o *habeas corpus*, presente em todas as Constituições, à exceção da Carta de 1824, para a consolidação dos direitos e garantias fundamentais:

[...] É imperioso frisar que, historicamente, mas, sobretudo, após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, as mais importantes decisões em matéria de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução Penal foram travadas em sede de HC's ou RHC's. [...] Nesse aspecto, pode-se dizer que, em matéria penal, o HC é mais salutar para o sistema penal do que as próprias ações de controle concentrado de constitucionalidade.

É chegada a hora de reflexão direcionada a definir os rumos da quadra vivida. Cabe aos defensores da paz social, da segurança jurídica a ela inerente, vigília das mais cuidadosas, reafirmando, com coragem, em verdadeira resistência republicana e democrática, a crença no Direito. Caminhemos de modo seguro e, sem surpresas maiores, para a entrega da prestação jurisdicional. Artífices da justiça, acadêmicos, professores, advogados, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, magistrados contam com mais uma fonte de consulta no campo da jurisdição, compreendendo, cada qual, que o saber é e será sempre uma obra inacabável.

Marco Aurélio Mello

Ministro do Supremo Tribunal Federal (Presidente de maio de 2001 a maio de 2003) e do Tribunal Superior Eleitoral (junho de 1996 a junho de 1997, maio de 2006 a maio de 2008, novembro de 2013 a maio de 2014). Exerceu o cargo de Presidente da República do Brasil, em substituição do titular, de maio a setembro de 2002, em cinco períodos intercalados, sancionando a Lei de Criação da TV Justiça.

Sumário

| | | |
|---------------------------------|--|------------|
| Apresentação | | 8 |
| Introdução | | 12 |
| Capítulo 1 | Contextualização da pesquisa: o uso do <i>habeas corpus</i> no sistema processual penal brasileiro | 16 |
| Capítulo 2 | Desenvolvimento dos trabalhos | 20 |
| 2.1 | Metodologia | 23 |
| Capítulo 3 | Pesquisa Quantitativa | 34 |
| | Introdução | 34 |
| 3.1 | Origem | 38 |
| | Conclusões parciais | 47 |
| 3.2 | Impetrante | 48 |
| | Conclusões parciais | 59 |
| 3.3 | Julgamento | 60 |
| | Conclusões parciais | 70 |
| 3.4 | Liminar | 70 |
| 3.5 | Concessão ao <i>ex officio</i> | 73 |
| | Conclusões parciais | 76 |
| 3.6 | Situação do paciente no momento da impetração | 76 |
| | Conclusões parciais | 79 |
| 3.7 | Órgão decisório | 79 |
| | Conclusões parciais | 82 |
| Capítulo 4 | Pesquisa Qualitativa | 84 |
| 4.1 | Crime de roubo e erro na dosimetria | 84 |
| 4.2 | Crime de roubo e erro na fixação do regime inicial de cumprimento da pena | 87 |
| 4.3 | Crime de furto e princípio da insignificância | 89 |
| 4.4 | Crime de furto e prisão cautelar | 92 |
| 4.5 | Crime de tráfico e prisão cautelar | 95 |
| 4.6 | Crime de tráfico e regime inicial de cumprimento de pena | 96 |
| | Conclusões parciais da análise qualitativa | 97 |
| Capítulo 5 | Conclusão e propostas de articulação e integração entre as instituições do sistema de justiça para a melhoria da prestação jurisdicional | 100 |
| 5.1 | Propostas formuladas com base na análise quantitativa | 104 |
| 5.2 | Propostas formuladas com base na análise qualitativa | 105 |
| | Proposta nº 1 | 105 |
| | Proposta nº 2 | 107 |
| | Proposta nº 3 | 107 |
| | Proposta nº 4 | 107 |
| | Proposta nº 5 | 108 |
| | Proposta nº 6 | 109 |
| | Proposta nº 7 | 110 |
| Repercussões da pesquisa | | 112 |

Apresentação

Alberto Zacharias Toron

Em setembro de 2004, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro NELSON JOBIM, compareceu ao Plenário do Conselho Federal da OAB para apresentar um diagnóstico do sistema judicial. Estávamos às vésperas da criação do CNJ. Esperávamos um conhecido, interminável e repetitivo discurso sobre as mazelas e dificuldades do Judiciário. Erráramos. Como verdadeira novidade, ele nos propôs o levantamento de dados que iam da comparação das despesas do Poder Judiciário estadual com o PIB do Estado, passando pelo confronto dos gastos com pessoal e a receita, para alcançar a relação entre o número de juízes para cada 100.000 habitantes. Quanto o Estado destina ao Judiciário em confronto com outros serviços públicos? Qual é a média nacional? Mais: Quantos casos novos surgem por ano cotejados com o número de 100.000 habitantes? Qual a taxa de congestionamento da Justiça? Vale dizer, quanto se julga se comparado com o movimento de entrada de feitos? Quanto se recorre? Quanto se reforma? Qual a porcentagem de acolhimento dos Pareceres do Ministério Público nas apelações? E nos *habeas corpus*?

Acostumados a um discurso jurídico barroco de matiz ideológico, raramente falávamos em dados. Propostas eram feitas às cegas. Com o *habeas corpus*, particularmente, deu-se algo semelhante. Ergueu-se um movimento contra seu uso excessivo “por uma irrefletida banalização e vulgarização”, além da “desmoralização” das instâncias ordinárias de processo e julgamento. O site oficial do STJ veiculou a advertência no sentido que a utilização indiscriminada do *habeas corpus*, em substituição a outros mecanismos processuais, pode levar à “desmoralização do

sistema ordinário”¹. Em nova notícia, o mesmo site, em manchete, anunciou: “STJ supera 200 mil *habeas corpus*”².

Para responder à dita banalização do uso do *habeas corpus* operou-se uma desorganização da sistemática do processo penal não conhecendo, mas concedendo ordens de *habeas corpus* “de ofício”, nos exatos termos em que pedidas pelo impetrante. Vedou-se o manejo do *habeas* substitutivo do recurso ordinário, sem que exista em nosso ordenamento a mesma regra imposta pelo AI-6. Um contrassenso sem par. Por outro lado, o STF ergueu a Súmula 691 para impedir o manejo do writ contra a negativa da liminar na instância inferior³. Logo viveremos a realidade do “no day in court”, tão bem descrita por SARAH STASZAK numa referência à contradição entre o proclamado acesso à Justiça e as políticas restritivas do Judiciário⁴. ARNALDO MALHEIROS FILHO há tempos alertava para o fato de o Judiciário ser, hoje, mais restritivo que o próprio AI-5, que não havia mexido no *habeas* em relação a crimes comuns⁵.

Discursos de um lado e de outro, num e noutro sentido. Até que surgiu, como um clarão no escuro, a bem conduzida pesquisa pelo professor THIAGO BOTTINO DO AMARAL da Faculdade de Direito da FGV do Rio de Janeiro.

Entre muitas coisas importantes sobre o *habeas corpus*, a pesquisa desvenda que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem alta concentração de casos no STJ. Ele sozinho é o responsável por quase 45% de todas as impetrações perante o STJ e apresenta taxa de concessão bem superior às dos demais tribunais de segunda instância. É dizer, trata-se de Tribunal refratário à jurisprudência dos Tribunais Superiores, inclusive no que diz com temas sumulados. Assim, por exemplo, se focarmos a questão do regime inicial no crime de roubo, observando-se que há súmulas tanto do STF (718 e 719, de 2003) como do STJ (440, de 2010) que tratam do tema da imposição de regime mais gravoso, sem fundamentação concreta da necessidade, veremos que os julgados do TJSP têm ensejado a

1 “Gilson Dipp critica utilização excessiva de *habeas corpus*”, site do STJ, www.stj.jus.br, seção de notícias, dia 22/6/2011, às 9:06.

2 www.stj.jus.br, notícia de 30/5/2011.

3 Aprovada na Sessão Plenária de 24/9/2003 e publicada no DJ de 9/10/2003.

4 No day in court: access to Justice and the Politics of Judicial retrenchment. Nova Iorque, Oxford University Press, 2015. Especificamente sobre as restrições ao *habeas* no Brasil ver o meu: “*Habeas corpus* está sendo amesquinhado”, disponível em www.conjur.com.br, 20/5/2010.

5 “Que saudades do AI-5!” *Folha de S. Paulo*, ed. de 21/8/2007, p. A3 (Tendências e Debates).

concessão de inúmeras ordens de *habeas corpus*, ainda que de ofício.

Outro dado importante, a reverter a ideia, comum em boa parte dos jornalistas, de que apenas gente bem aquinhoadada e com bons advogados chega às cortes superiores, é que a atuação das Defensorias Públicas nesses tribunais é bastante significativa.

A taxa de concessão de ordens de *habeas corpus* no período pesquisado girou na faixa de 8% de concessão no STF e alcançou o expressivo número de 27,86% no STJ. Mas com a restrição às impetrações originárias, houve crescimento nas concessões de ordem de ofício, sendo que no STJ o “crescimento é constante e chega a quase 20% dos casos de não conhecimento”. Embora se possa pensar que houve uma espécie de troca de “seis por meia dúzia”, a verdade é que se aprofunda o subjetivismo no exame da ordem de *habeas corpus*. Como alertou AURY LOPES JR. em sugestivo artigo doutrinário, “a moda agora é dar *habeas corpus* de ofício, mas só quando eu quiser”⁶. GUSTAVO BADARÔ também comunga do mesmo entendimento ao apontar que, “além da ilogicidade, abre-se a porta para perigosa seletividade e discricionariedade”⁷. Tudo a bagunçar a sistemática processual que reservava o não conhecimento aos casos de falta de pressuposto ou inadequação da via eleita. Pior mesmo é o comprometimento da eficácia da garantia constitucional, que se torna débil pela morosidade.

O certo, como bem aponta a pesquisa, é que essa “solução” não será capaz de diminuir a maior parte do grande volume de impetrações, pois permanece o incentivo positivo à impetração e produz os seguintes “efeitos colaterais”: mascara a real estatística da taxa de sucesso dessa classe de ação, cria um espaço de discricionariedade dos integrantes dos Tribunais Superiores para selecionarem quais impetrações “não conhecidas” serão, na verdade, conhecidas e providas, gera insegurança nos jurisdicionados, na medida em que não se tem clareza acerca do cabimento ou não daquela ação. Por fim, essa solução tampouco enfrenta as verdadeiras causas do aumento exponencial das impetrações de HC’s e RHC’s, mas ataca apenas o “sintoma da doença”.

No mais, alicerçado nos resultados da pesquisa, apontam-se sugestões. Todas do maior relevo, inclusive as que propõem transformar algumas súmulas do STJ em vinculantes. Mas do

6 Disponível em www.conjur.com.br. Acesso em 22/04/2016.

7 *Manual dos recursos penais*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 481.

ponto de vista do aperfeiçoamento do alcance do writ, a número 1, relativa à possibilidade de se impetrar “*habeas corpus* substitutivo de qualquer recurso sempre que o paciente se encontrar preso ou, se o paciente estiver solto, quando o recurso substituído não tiver sido julgado no prazo de 180 dias, contados da sua interposição ou, se julgado, a decisão não tiver sido publicada no prazo de 15 dias”, é a que mais deveria provocar nossa reflexão.

É que tendo o Brasil, ao subscrever a Convenção Americana de Direitos, se comprometido a propiciar um recurso simples e rápido para tutelar os direitos fundamentais (art. 25), inclusive os de caráter processual penal, não pode deixar o cidadão ao desabrigo da proteção judicial eficaz.

O *habeas corpus*, entre nós, como o Amparo Constitucional na Espanha, tem sido historicamente o grande instrumento que resguarda o cidadão de abusos praticados por agentes do sistema penal, de policiais a juízes, passando por membros do Ministério Público e até agentes do sistema penitenciário. Regular sua aplicação não pode ser sinônimo de sua emasculação. A pesquisa apresentada, sem desconsiderar o aumento da atividade repressiva no país, demonstra que a principal causa de aumento das impetrações tem a ver com o descumprimento pelos tribunais da jurisprudência dos Tribunais Superiores e não com a sua suposta banalização pelos advogados.

Sobram razões para cumprimentar todo o time de pesquisadores e o seu coordenador geral, professor THIAGO BOTTINO DO AMARAL, pela excelência do trabalho. Resta-nos, porém, implorar pela continuidade do trabalho para que mais absurdos não sejam cometidos em nome da racionalização do emprego do remédio heroico.

Alberto Zacharias Toron

Advogado criminalista, Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP, ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim e Professor de Direito Processual Penal da Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP.

Introdução

Thiago Bottino

A pesquisa empírica, infelizmente, ainda é pouco comum nas escolas de direito brasileiras. Mais rara ainda é a pesquisa empírica aplicada. Esse é talvez um dos principais diferenciais da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO), cujos professores são constantemente estimulados a se debruçarem sobre um problema específico que afete a sociedade brasileira, fazendo diagnósticos, análises e propondo soluções a partir dos dados coletados. Pesquisar o Brasil hoje é uma forma de contribuir para o aperfeiçoamento das instituições que compõem o sistema judicial brasileiro, missão da FGV DIREITO RIO.

Este livro incorpora os relatórios finais de duas pesquisas financiadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), por meio de editais públicos (Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD nº 131/2012 e Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD nº 098/2014), com a finalidade de subsidiar a política pública na área da justiça (o destinatário da pesquisa era o Ministério da Justiça - MJ), envolvendo análise de dados de processos judiciais.

O primeiro projeto de pesquisa foi denominado “Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores” e desenvolvido entre os meses de junho de 2013 e fevereiro de 2014. O segundo projeto, que pode ser considerado como ampliação e aprofundamento do primeiro, chamou-se “*Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores – possíveis impactos do decidido no HC 109.956”, e compreendeu o período de setembro a novembro de 2014.

As duas pesquisas fazem parte de um projeto mais amplo, denominado “Pensando o Direito”, iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ), criado em 2007 para promover a democratização do processo de elaboração legislativa no Brasil. Esse projeto se notabiliza pelo financiamento de pesquisas aplicadas, de caráter empírico, com o emprego de estratégias qualitativas e quantitativas que informem e fortaleçam o debate no processo de produção de leis e demais atos normativos.

Desde o princípio, trabalhou-se com a perspectiva de que os dados colhidos deveriam servir de base para reflexão sobre o volume de impetrações nos Tribunais Superiores e apresentar propostas de integração entre as instituições do sistema de justiça para a melhoria da prestação jurisdicional, bem como proposições legislativas necessárias à conformação deste objetivo. Nesse sentido, o presente livro é dividido em cinco partes:

(1) o primeiro capítulo é destinado à breve apresentação das questões relacionadas ao uso do *habeas corpus* que ensejaram a pesquisa, ou seja, a mudança de orientação jurisprudencial iniciada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e rapidamente adotada (e ampliada) pelo Superior Tribunal de Justiça, que justificou a escolha do tema para financiamento de pesquisa pelo Ipea e pelo MJ. Trata-se de contextualização necessária, tendo em vista que o *habeas corpus* é uma das ações judiciais mais importantes do sistema jurídico brasileiro;

(2) o segundo capítulo aborda o desenvolvimento das atividades de pesquisa, incluindo a formação e o treinamento da equipe. Esse capítulo atende a uma das solicitações contidas nos relatórios de acompanhamento e avaliação encaminhados pelo Ipea e pelo MJ;

(3) o terceiro capítulo é dedicado aos resultados obtidos por meio da pesquisa quantitativa realizada pela equipe de pesquisa. Além das variáveis expressamente solicitadas pelo Ipea e pelo MJ, a equipe apresenta outras – não exaustivas – sobre a dinâmica de utilização do *habeas corpus*. Frise-se que a base de dados construída pela equipe permite constante atualização, bem como a apresentação de inúmeros novos cruzamentos entre os dados coletados⁸;

(4) o quarto capítulo apresenta a pesquisa qualitativa

⁸ Importante registrar, contudo, que uma vez encerrada a pesquisa e desmobilizada a equipe, novas análises qualitativas somente serão viáveis em caso de prorrogação do prazo e novo ajuste entre os contratantes de modo a suprir os necessários custos com recursos humanos.

sobre os temas e fundamentos de maior ocorrência identificados na etapa anterior. Não obstante essa análise qualitativa não tenha sido solicitada inicialmente, foi uma das grandes contribuições fornecidas pelos relatórios de acompanhamento e avaliação. A base de dados construída permite a realização de novas análises qualitativas;

(5) o quinto capítulo deste livro apresenta as propostas de articulação e integração entre as instituições do sistema de justiça para a melhoria da prestação jurisdicional, buscando conciliar a proteção da liberdade de locomoção com o sistema de competências das diversas instâncias judiciárias e, fundamentalmente, com a eficiência do sistema de prestação jurisdicional pelas cortes superiores. Destaca-se, sobretudo, a necessidade de evitar-se que decisões dos mais altos tribunais do país gerem uma enxurrada de processos devido à inobservância pelas cortes inferiores da jurisprudência já firmada;

(6) por fim, a sexta e última parte do livro apresenta as repercussões que a pesquisa produziu, consistente em: apresentações, artigos acadêmicos e, principalmente, modificações no funcionamento do sistema de justiça. Afinal, é esse o impacto real e imediato característico das pesquisas empíricas de caráter aplicado.

Capítulo 1

Contextualização da pesquisa: o uso do *habeas corpus* no sistema processual penal brasileiro

Querer-se livre é também querer livres os outros.
Simone de Beauvoir

A previsão da ação de *habeas corpus* consta da Constituição Brasileira de 1988 no capítulo dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, LXVIII⁹). Não se trata de novidade no sistema constitucional brasileiro. Todas as constituições, exceto a de 1824, previram tal ação¹⁰. No início da República, a extensão dada a essa ação foi tamanha que a polêmica que se formou sobre a interpretação da disposição constitucional ficou conhecida como “doutrina brasileira do *habeas corpus*” e só foi encerrada com a aprovação de uma emenda constitucional, em 1926, limitando a utilização do *habeas corpus* para situações em que estivesse ameaçada a liberdade de locomoção.

O primeiro Código Criminal da República (Decreto 848, de 11/10/1890, promulgado pelo Governo Provisório) já desenhava o instituto com características semelhantes às que ainda hoje possui

9 “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.”

10 Anote-se, por importante, que o *habeas corpus* já surgiu com as principais características que até hoje o colorem, tais como a possibilidade de pedido em nome alheio e o rito especial, marcado pela celeridade e pela simplicidade. O Código Criminal de 1832 dispensava o pagamento de emolumentos, previa a concessão da ordem *ex officio*, o cabimento contra ato de particular e punições para quaisquer pessoas que se negassem ou dificultassem o cumprimento imediato da ordem.

o *habeas corpus*¹¹.

Por outro lado, os regimes autoritários, de modo geral, sempre nutriram desconfiança dessa ação de proteção da liberdade individual. Não por outro motivo, o Código de Processo Penal de 1941 estabeleceu o recurso *ex officio* (*rectius*, reexame necessário) das decisões concessivas de *habeas corpus* por juiz de primeiro grau (art. 574, I, do CPP) ao argumento de defesa social¹².

O único período histórico no qual se limitou a utilização do *habeas corpus* no Brasil foi durante a ditadura militar, por meio da edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968: “Art. 10 — Fica suspensa a garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.”

De forma similar, o Ato Institucional nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, alterou a constituição para impedir a impetração de HC substitutivo de RHC: “Art. 114 — Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) II — julgar, em recurso ordinário: a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário”.

A preocupação do regime ditatorial em proibir a impetração de *habeas corpus* e sua utilização como substitutivo de recurso de *habeas corpus* revela a importância processual do instituto e também sua relevância histórica. Não por outra razão, com a redemocratização, essa ação passou a ser utilizada com força renovada.

11 “O mesmo zelo pela liberdade individual presidiu às disposições relativas ao *habeas corpus*. As fórmulas mais singelas, mais prontas, e de maior eficácia foram adotadas; e, como uma sólida garantia em favor daquele que sofre o constrangimento, ficou estabelecido o recurso para o Supremo Tribunal Federal em todos os casos de denegação de ordem de *habeas corpus*. Tanto quanto é possível e dentro dos limites naturalmente postos à previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. E’ este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assídua de todas as preocupações do governo republicano. O ponto de partida para um sólido regime de liberdade está na garantia dos direitos individuais. O princípio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com eficácia a liberdade e os direitos dos cidadãos na luta desigual entre o indivíduo e o Estado, foi neste organismo rigorosamente observado.”

12 A exposição de motivos do CPP, redigida por Francisco Campos (publicada no DOU de 13/10/1941), afirma: “Ora, se admitiu recurso para o Tribunal de Apelação, da sentença do juiz inferior no caso de denegação do *habeas corpus*, não seria compreensível que a Constituição [Carta outorgada de 1937], visceralmente informada no sentido da incontestável supremacia do interesse social, se propusesse à abolição do recurso *ex officio*, para o mesmo Tribunal de Apelação, da decisão concessiva de *habeas corpus*, também emanada do juiz inferior, que passaria a ser, em tal caso, instância única”.

Desde então, o *habeas corpus* tem sido utilizado com frequência cada vez maior nos Tribunais Superiores, sobretudo no STF. Entre 1990 e 2012, o crescimento de ações ajuizadas foi de 397%, representando 6,8% de todos os casos julgados pelo STF em 2012¹³ (foram 4.846 *habeas corpus*, ficando atrás, em número de feitos julgados, apenas dos recursos extraordinários e agravos de instrumento). O recurso ordinário de *habeas corpus* teve crescimento muito maior, de 1.170%, porém continua representando apenas 0,28% dos julgamentos do STF em 2012.

Medidas pontuais tem sido tomadas pelo STF para estreitar o âmbito de utilização do *habeas corpus*. Considerando-se apenas as súmulas do STF acerca do tema desde a redemocratização, houve limitações em 1984¹⁴ e 2003¹⁵. No entanto, as hipóteses de impetração alcançadas por esses enunciados são pouco relevantes numericamente, talvez com exceção da Súmula nº 691, a qual, contudo, é frequentemente desrespeitada pelo próprio STF. Por outro lado, também em 2003, foi estabelecida uma nova possibilidade de impetração, não prevista na Constituição¹⁶, criando uma nova hipótese de cabimento de HC, entendimento que só perdurou, contudo, até 2007.

No início da pesquisa, a questão que parecia mais importante tratava da amplitude do uso do *habeas corpus*. A tarefa não seria tanto de interpretar o texto descrito na Constituição, mas sim de construir um entendimento doutrinário e jurisprudencial de sua aplicabilidade que assegurasse eficácia para essa garantia, sem, contudo, inviabilizar a atuação das cortes superiores.

13 A situação é semelhante no STJ, em que o número de *habeas corpus* ajuizados anualmente dobrou em apenas três anos, entre 2008 e 2011. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/numero-pedidos-habeas-corporus-stj-dobra-tres-anos>. Acesso em 15/1/2013.

14 Súmula 606, de 29/10/1984: “Não cabe *habeas corpus* originário para o tribunal pleno de decisão de turma, ou do Plenário, proferida em *habeas corpus* ou no respectivo recurso”.

15 Súmulas 691, 692, 693, 694 e 695, todas de 9/10/2003: Súmula nº 691: 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. Súmula nº 692: Não se conhece de *habeas corpus* contra omissão de Relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito. Súmula nº 693: Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada. Súmula nº 694: Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública. Súmula nº 695: Não cabe *habeas corpus* quando já extinta a pena privativa de liberdade.

16 Súmula 690: “Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais” de 9/10/2003. Esse entendimento só foi modificado em 2007.

Ademais, entendia-se que a velocidade com que essas ações chegam aos Tribunais Superiores criavam condições para que se apontasse certo “desprestígio” das instâncias ordinárias da justiça, diminuindo o poder simbólico dessas decisões e consolidando a imagem de que o STF não é uma Corte Constitucional, e sim mais uma instância recursal.

Por outro lado, dados divulgados pelos próprios STJ e STF mostravam número considerável de concessões de *habeas corpus*, criando nos advogados e partes um estímulo ao ajuizamento dessas ações e indicando um funcionamento inadequado das instâncias inferiores. O desafio de aperfeiçoar a prestação jurisdicional deve, necessariamente, levar em consideração as razões desse crescimento exponencial das ações de *habeas corpus*. É provável que novas restrições ao conhecimento dessas ações, ignorando as razões desse aumento, acabem por prejudicar ainda mais o acesso à justiça no Brasil.

Mais importante do que simplesmente impedir o ajuizamento das ações é entender os fatores que geram essa pressão sobre os Tribunais Superiores e atacar as causas do excesso de *habeas corpus* que visem a, apenas, impugnar decisões de instâncias inferiores¹⁷.

Nesse sentido, o projeto de pesquisa ora proposto se dispôs a identificar as principais teses jurídicas que são levadas aos Tribunais Superiores para que se possa pensar em políticas públicas (legislativas e jurisprudenciais) que permitam conciliar a proteção da liberdade de locomoção com o sistema de competências das diversas instâncias judiciárias.

17 Um exemplo é a constatação de que determinadas teses jurídicas, se não acolhidas pelas instâncias inferiores, pressionam os Tribunais Superiores: “O ritmo das impetrações [no STJ] cresceu bastante a partir de 2004, quando a sexta turma passou a conceder a ordem para garantir o direito de progressão penal aos condenados por crimes tidos como hediondos. De 2004 para 2005, os pedidos aumentaram em 45%. No ano seguinte, depois de o STF declarar a inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos no STJ saltou 87%”. Fonte: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/numero-pedidos-habeas-corporus-stj-dobra-tres-anos>. Acesso em 15/1/2013.

Capítulo 2

Desenvolvimento dos trabalhos

O início da atividade de pesquisa consistiu na seleção e treinamento de uma equipe. Privilegiou-se a composição de um grupo plural, com integrantes de outras universidades. Embora o projeto estivesse formalmente institucionalmente vinculado à FGV DIREITO RIO, pesquisadores vinculados a outras universidades federais (Unirio), estaduais (Uerj) e privadas (Unesa) foram incorporados ao grupo.

A equipe também contou com cerca de 40 profissionais de diferentes capacitações: doutores, mestres, mestrandos e alunos de graduação, alguns deles com bolsas de iniciação científica concedidas pela FGV DIREITO RIO ou pelas outras instituições de ensino superior.

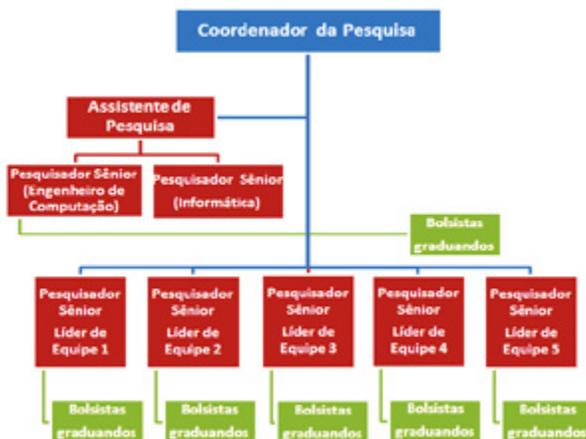
Além disso, tendo em vista o objetivo de realizar pesquisa quantitativa com rigor metodológico e manuseio de grande número de julgados na base a ser examinada, a equipe de pesquisa contou com profissionais com formação de outras áreas: um engenheiro da computação (com mestrado em administração) e um bacharel em informática (com mestrado em matemática).

A equipe organizou-se da seguinte forma: um coordenador da pesquisa¹, um assistente de pesquisa², pesquisadores

18 Thiago Bottino do Amaral. Graduado em direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (1999), mestre (2004) e Doutor (2008) em direito pela PUC - RJ. Pós-Doutor pela Columbia Law School (2014). Professor adjunto da FGV DIREITO RIO e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro efetivo do IAB e integrante da Comissão Permanente de Direito Penal. Líder do Grupo de Pesquisa "Direito Penal, Economia, Governança e Regulação", no qual se insere o projeto de pesquisa "Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos Tribunais Superiores" (cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil). Como coordenador da pesquisa, foi responsável pela orientação dos trabalhos, contatos institucionais, discussão teórica e seleção bibliográfica. Remunerado como pesquisador-visitante do Ipea.

19 Ivar Alberto Martins Hartmann. Mestre em direito público pela PUC-RS e mestre em direito (LL.M.) pela Harvard Law School. Professor e pesquisador da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Coordenador do projeto Supremo em Números. Responsável pela supervisão da equipe técnica dedicada à construção dos mecanismos de obtenção dos dados diretamente nos servidores dos Tribunais Pesquisados. Remunerado como assistente de pesquisa do Ipea.

seniores³ e alunos de graduação⁴.



Ao longo da pesquisa, houve substituição de alunos graduandos, bem como modificação dos alunos bolsistas. Um esforço importante foi feito no sentido de convergir as atividades de iniciação científica dos alunos para a pesquisa, tendo em vista o breve período de trabalho e a necessidade de concentração de esforços.

20 Bruno de Castro da Rocha, Daniel de Magalhães Chada, Eugeniusz Costa Lopes da Cruz, Felipe Araújo Silva, Israel da Silva Teixeira, Julia Leite Valente, Orlando Ribeiro da Silva Netto, Paulo Ricardo Figueira Mendes e Rogério de Barros Sganzerla. Responsáveis pela análise e validação do material pesquisado e pela revisão das atividades dos bolsistas graduandos, atuando sob a orientação direta do coordenador. Remunerados com recursos da pesquisa.

21 Alan Sapir, Alessandra Szpunar, Amanda Pimenta Gil Prota, Ana Beatriz Mandina da Graça Couto, Ana Heymann Arruti, Ana Luíza Aucar Pinheiro, Arthur Lardosa dos Santos, Beatriz Nunes Valim, Bianca Dutra da Silva Rego, Bruna Brilhante Peluso, Daniel Lopes da Silva Ferreira Oliveira, Eduardo Cavaliere Gonçalves Pinto, Fernando Seraphim Nunes, Gabriel Borges Mariano, Giulia Schettino Rigolon, Gustavo Cavaliere da Rocha, Harlos Arthur Matos Lima, Igor da Costa Damous, Jacques Felipe Albuquerque Rubens, João André Dourado Quintaes, João Moreno Onofre Barcellos, José Luiz Nunes, Juliana Dantas Machado, Larianne Pinto Sampaio, Larissa de Lima e Campos, Leonardo Kozłowski Miguez, Luca Pereira Wanick Vannuzini, Lucas Ferreira Machado Homem, Lucas Florençano de Castro Monteiro, Lucas Matheus Bastos, Lucas Seta Araujo Figueiredo, Lucas Valentim Mendes, Luis Guilherme Scherma Reis, Marcelo Mattos Fernandes, Marcos Vinícios Belmiro Prouença, Matheus Eleon Figueiredo Vieira, Patricia Motta Rubio Pinto Alves, Patricia Perrotta de Andrade, Pedro Henrique Archer, Pedro Henrique Lourenço da Costa, Rafael Serra de Carvalho, Raphael Rodrigues da Cunha Figueiredo, Rebecca Jardim de Barros, Ricardo Carrion Barbosa Alves, Ricardo Duarte Fernandes Figueira, Rodrigo Corrêa Rebello de Oliveira, Sávio Azevedo Capra Marinho, Tecio de Aguiar Rodrigues, Thais Barberino do Nascimento, Thiago Silva Belisário, Victor Morozowski Guimarães, Vinicius Cardoso Reis e Yasmin Curzi de Mendonça. Responsáveis pelo fichamento dos casos, organização das tabelas, preparação dos gráficos e questões operacionais. Remunerados com recursos da pesquisa ou com bolsas de iniciação científica de agências de financiamento públicas (Pibic/CNPq e IC/Faperj) ou concedidas pelas instituições de ensino (FGV e Unirio).

Diante do alto número de pesquisadores, com diferentes formações, foi necessária uma etapa de treinamento com a finalidade de uniformizar o grupo. Durante as primeiras três semanas de trabalho, o coordenador realizou aulas expositivas, exercícios e conduziu discussões para que os integrantes da equipe estivessem todos no mesmo nível de conhecimento, necessário ao bom andamento do trabalho. Sempre que novos integrantes se juntavam à equipe de pesquisa, eram renovadas as sessões de treinamento, da qual participavam os integrantes que já faziam parte.

Em seguida, houve a divisão da equipe em pequenos grupos, cabendo a cada mestre ou mestrando a supervisão do trabalho dos alunos de graduação. Por sua vez, esses líderes de grupos estavam sob a supervisão direta do coordenador e do assistente de pesquisa. As equipes foram divididas de modo que os pesquisadores ficassem dedicados aos casos do STJ ou do STF. Metodologia semelhante foi empregada na etapa qualitativa, dividindo-se os pesquisadores por grupos de temas.

Para permitir a comunicação horizontal de todos os pesquisadores, foi criado um ambiente virtual de livre acesso a todos os integrantes, no qual também foram armazenados os principais documentos relativos à pesquisa.

As duas semanas seguintes foram dedicadas à elaboração de uma planilha-padrão, que seria preenchida a partir da leitura do inteiro teor dos casos pesquisados. Houve uma série de testes, revisões e modificações nesse documento a fim de que ele abrangesse todas as variáveis pesquisadas. Optou-se por utilizar o *software* Excel, da Microsoft, para o preenchimento dessas planilhas por dois motivos: (1) possibilidade de exportação dos dados para outros *softwares* capazes de realizar os cruzamentos de informações; (2) facilidade de acesso e de manuseio pelos pesquisadores.

Encerrada a construção da planilha, desenvolveu-se um “Manual de Preenchimento”, contendo as orientações para que o tratamento das informações pelos pesquisadores fosse uniformizado. Esse documento foi também amplamente discutido antes do início dos trabalhos, culminando numa versão definitiva após três modificações.

Não obstante o rigor com os mecanismos de uniformização do preenchimento das planilhas, foi estabelecido um mecanismo de fiscalização pelos líderes de grupo durante o preenchimento. Foram

realizados encontros semanais de cada equipe com seu líder, dos quais participavam o coordenador ou o assistente de pesquisa. Dúvidas de preenchimento eram respondidas por e-mail a fim de manter a padronização. Ao final, cada planilha preenchida passava por uma revisão do líder.

2.1 Metodologia

Diante dos milhares de julgados a serem examinados de forma individualizada, optou-se pela utilização de uma amostra estatística. Com efeito, embora a FGV DIREITO RIO possuísse as bases de dados do STF e do STJ (ambas obtidas mediante uso de *crawlers*²²), algumas das variáveis solicitadas pelo Ipea e pelo MJ não são classificadas pelos tribunais. Ademais, a sofisticação dessas variáveis impediu inclusive a utilização de *softwares de text mining* (mineração de texto), sendo indispensável o exame individual de cada julgamento proferido em sede de *habeas corpus*.

Considerando todos os casos julgados no STJ e no STF entre os anos de 2006 e 2014, identificaram-se 302.507 casos. Desta população escolheu-se uma amostra de 6% dos totais anuais, acumulando cerca de 6% de amostra do total. As amostras anuais tanto para o STJ quanto para o STF são apresentadas na tabela a seguir:

| | STJ HC | | STJ RHC | | STF HC | | STF RHC | |
|-----------------------------------|----------------|---------------|---------------|--------------|---------------|--------------|--------------|------------|
| | Total | Amostra | Total | Amostra | Total | Amostra | Total | Amostra |
| 2006 | 21.460 | 1.073 | 1.840 | 92 | 2.260 | 113 | 230 | 12 |
| 2007 | 24.300 | 1.215 | 2.120 | 106 | 3.180 | 159 | 250 | 15 |
| 2008 | 27.451 | 2.403 | 1.371 | 120 | 3.852 | 193 | 192 | 10 |
| 2009 | 32.900 | 2.199 | 1.645 | 109 | 4.867 | 244 | 243 | 13 |
| 2010 | 35.141 | 2.053 | 1.757 | 102 | 4.592 | 230 | 229 | 12 |
| 2011 | 36.575 | 2.315 | 1.828 | 115 | 5.000 | 250 | 250 | 13 |
| 2012 | 32.514 | 3.115 | 1.625 | 155 | 4.572 | 229 | 228 | 12 |
| 2013 | 18.300 | 915 | 9.200 | 460 | 3.320 | 166 | 180 | 9 |
| 2014 | 11.560 | 578 | 4.960 | 248 | 2.320 | 116 | 195 | 10 |
| TOTAL | 240.201 | 15.866 | 26.346 | 1.507 | 33.963 | 1.700 | 1.997 | 106 |
| Universe total de casos: 302.507 | | | | | | | | |
| Universe total da amostra: 19.179 | | | | | | | | |

22 Os *web crawlers* ou *web spiders* são programas de computador rastreadores, que navegam automaticamente pelas páginas da internet e são usados para obter tipos específicos de informação. No caso, ao navegar pelos sites do STF e STJ, esses programas são capazes de reunir e sistematizar todos os dados disponíveis para cada processo cuja tramitação consta do site.

A escolha dos processos foi feita por amostra aleatória uniforme, ano a ano, garantindo a proporção anual, porém também garantindo aleatoriedade e independência na amostra. O método escolhido tem similaridade com *stratified sampling*, em que obedece as suas principais premissas: i) os subgrupos devem ser exaustivos: dentro da escolha de estudar os anos de 2006 a 2014, criou-se um subgrupo para cada ano em questão; e ii) não há membros ocupando mais de um grupo. Contudo, a amostragem manteve totais proporcionais em cada subgrupo. Esta amostra garante uma aproximação suficiente ao valor esperado, a saber:

$$Pr(\lim_{n \rightarrow \infty} \bar{X}_n = \mu)$$

Importante frisar que, ao contrário do STJ, o método de numeração de processos do Supremo Tribunal Federal não é contínuo, isto é, ou seja, dois processos subsequentes não terão necessariamente numeração X e $X+1$. Contudo, observou-se que processos de data mais recente não ocorrem com número mais baixo.

Em outras palavras, um processo mais recente, mesmo que não obedecendo a uma numeração contínua, não exibe número mais baixo que um processo mais antigo em nenhuma ocasião. Esta característica foi explorada para inferir que, apesar de não linear, um limite superior pode ser extraído, presumindo que todos os processos HC/RHC terão números entre o inicial e o final, a cada ano. Assim, a amostra foi escolhida com base neste limite superior. Uma vez estabelecido o método de amostragem, gerou-se amostra a partir de distribuição uniforme sobre os números de processo de cada tribunal. Os processos foram divididos em planilhas de 15, 25 e 50 processos cada, e distribuídos ao corpo de pesquisadores, para preenchimento manual. As listas de processos foram geradas com base nos parâmetros especificados na proposta inicial, remetida e aprovada pelo Ipea, e nas demais reuniões que determinaram ajustes no projeto inicialmente enviado.

Foram incluídos os seguintes campos: “Relator”, “órgão julgador”, “impetrante”, “autoridade coautora”, “matéria criminal”

(binário, sim/não), “réu preso” (binário, sim/não), “liminar” (binário, sim/não), “julgamento”, “parecer do MP”, “fundamento”, “*ex officio*” (binário, sim/não), “tipo penal” (permitindo até cinco) e “tema” (permitindo até dois).

Nos campos “Relator”, “órgão julgador”, “impetrante”, “autoridade coautora”, “julgamento”, “parecer do MP” e “fundamento”, foi previamente cadastrada na planilha uma relação de opções. Já os campos “matéria criminal”, “réu preso”, “liminar” e “*ex officio*”, o sistema adotado de preenchimento foi do tipo binário (sim/não e “não há informação”). Por fim, nos campos “tipo penal” e “tema” foi utilizada uma relação de opções não excludentes, isto é, permitindo mais de uma opção simultânea por processo (até cinco opções simultâneas por processo no campo tipo penal e até duas opções simultâneas por processo no campo tema).

As opções de preenchimento são apresentadas na tabela a seguir:

| CAMPO | OPÇÕES DE PREENCHIMENTO |
|-----------------------|---|
| Relator no STF | <p>Ayres Britto, Carlos Velloso, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Dias Toffoli, Ellen Gracie, Eros Grau, Gilmar Mendes, Ilmar Galvão, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Marco Aurélio, Mauricio Corrêa, Menezes Direito, Moreira Alves, Nelson Jobim, Octavio Gallotti, Ricardo Lewandowski, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Teori Zavascki.</p> <p>Foi incluído ainda um campo denominado “Min. Presidente” para decisões tomadas pelo ministro presidente dentro das atribuições do cargo.</p> |
| Relator no STJ | <p>Adhemar Maciel, Alderita Ramos de Oliveira, Aldir Passarinho Junior, Américo Luz, Anselmo Santiago, Antonio Carlos Ferreira, Antônio de Pádua Ribeiro, Antônio Torreão Braz, Ari Pargendler, Armando Rollemberg, Arnaldo Esteves Lima, Assis Toledo, Assusete Magalhães, Athos Carneiro, Barros Monteiro, Benedito Gonçalves, Bueno de Souza, Campos Marques, Carlos Alberto Menezes Direito, Carlos Thibau, Castro Filho, Castro Meira, Cesar Asfor Rocha, Cid Flaquer Scartezzini, Cláudio Santos, Demócrito Reinaldo, Denise Arruda, Dias Trindade, Diva Malerbi, Edson Vidigal, Eduardo Ribeiro, Eliana Calmon, Felix Fischer, Fernando Gonçalves, Fontes de Alencar, Francisco Falcão, Francisco Peçanha Martins, Franciulli Netto, Garcia Vieira, Geraldo Sobral, Gilson Dipp, Gueiros Leite, Hamilton Carvalhido, Hélio Mosimann, Hélio Quaglia Barbosa, Herman Benjamin, Humberto Gomes de Barros, Humberto Martins, Isabel Gallotti, Jesus Costa Lima, João Otávio de Noronha, Jorge Mussi, Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca, José Cândido de Carvalho Filho, José Dantas, José de Jesus Filho, José Delgado, Laurita Vaz, Luis Felipe Salomão, Luiz Fux, Luiz Vicente Cernicchiaro, Marco Aurélio Bellizze, Marco Buzzi, Maria Thereza de Assis Moura, Marilza Maynard, Massami Uyedá, Mauro Campbell Marques, Miguel Ferrante, Milton Luiz Pereira, Nancy Andrichi, Napoleão Nunes Maia Filho, Nilson Naves, Og Fernandes, Paulo Costa Leite, Paulo de Tarso Sanseverino, Paulo Gallotti, Paulo Medina, Pedro Acioli, Raul Araújo, Ricardo Villas Bôas Cueva, Ruy Rosado de Aguiar, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Sebastião Reis Júnior, Sérgio Kukina, Sidnei Beneti, Teori Albino Zavascki, Vicente Leal, Waldemar Zweiter, Washington Bolívar, William Patterson.</p> |

| | |
|--|--|
| Órgão Julgador – STJ | Foram incluídos ainda dois campos: um denominado “Min. Presidente” para decisões tomadas pelo ministro presidente dentro das atribuições do cargo e um denominado “Des. Convocado” para casos distribuídos a desembargadores convocados para composição de quórum para vagas não providas no Tribunal. Pleno, primeira turma, segunda turma, terceira turma, quarta turma, quinta turma, sexta turma, primeira sessão, segunda sessão, terceira sessão e decisão monocrática. |
| Órgão Julgador – STF | Pleno, primeira turma, segunda turma e decisão monocrática. |
| Parecer do MP | Concessão, Concessão parcial, Não concessão, Não conhecimento, Pendente, Prejudicado e não há informação. |
| Julgamento | Concessão, Concessão parcial, Não concessão, Não conhecimento, Pendente e Prejudicado. |
| Fundamento para não conhecimento | Nos casos de não conhecimento, os pesquisadores foram orientados a indicar a razão pela qual a ação não foi conhecida, a partir da seguinte relação: Súmula Vinculante, Súmula 691, Outra Súmula, Entendimento Pacificado, Incompetência (com o correspondente declínio) e Habeas corpus substitutivo de recurso. |
| Impetrante | Defensoria pública (indiferente se se tratava de estadual ou federal), Advogado, Paciente e Outros. |
| Situação do paciente no momento da impetração | Preso, Solto e Não há info (quando não havia elementos que permitissem identificar se o paciente estava preso ou solto) |
| Liminar | Concedida, Negada e Não há info (quando não havia elementos que permitissem identificar se houve pedido de concessão de liminar) |
| Autoridade Coatora (ou origem) – STJ | Todos os Tribunais de Justiça Estaduais, todos os Tribunais Regionais Federais e Ministro da Justiça (para casos de extradição). Também foi previsto o campo Outros (para casos de declínio de competência). |
| Autoridade Coatora (ou origem) – STF | Apenas o STJ. Também foi previsto o campo Outros (para casos de declínio de competência). |
| Tipo Penal | Nesse campo foi utilizada a Tabela Única de Assuntos (TUA) editada pelo Conselho da Justiça Federal, a qual relaciona todos os crimes existentes na legislação penal brasileira bem como as contravenções penais. |
| Tema | Esse campo foi dividido em três subáreas de forma a permitir agrupamentos nas áreas de Direito Penal Material (PENAL) Direito Processual Penal (PROCESSO) e Direito da Execução Penal (EXECUÇÃO). Havia previsão para marcação de tema “outros que não sejam matéria criminal” destinado a impetrações relacionadas a pagamento de pensão alimentícia e prisão de depositário infiel. |
| Tema Penal | Atipicidade da conduta; Erro na dosimetria – Pena-base; Erro na dosimetria – Agravantes, atenuantes e causas especiais; Erro na fixação de regime de cumprimento de pena; Prescrição; Outras causas de extinção da punibilidade; Princípio da insignificância; Princípio da irretroatividade da lei mais gravosa; Princípio da retroatividade da lei mais benigna; Princípio do <i>ne bis in idem</i> ; Reconhecimento de concurso de crimes; Substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; Outro. |
| Tema Processo | Cerceamento de defesa; Deficiência de fundamentação da prisão cautelar; Outras medidas cautelares diferentes da prisão preventiva; Deficiência de fundamentação do acórdão; Demora no julgamento de HC ou recurso; Desclassificação do crime; Excesso de prazo; Falta de condição da ação; Falta de suporte probatório; Inépcia da denúncia; Impedimento e suspeição; Incompetência; Tempestividade dos recursos; Princípio da presunção de inocência; Princípio da razoabilidade; Princípio da vedação de provas ilícitas; Princípio da vedação da <i>reformatio in pejus</i> ; Questões relacionadas à infância e juventude; Questões relacionadas ao Tribunal do Júri; Outro. |
| Tema Execução | Ausência de vaga em estabelecimento adequado; Concessão de livramento condicional; Incidentes com contagem de pena; Progressão de regime; Temas relacionados à medida de segurança; Outro. |
| OBSERVAÇÃO | Esse campo permita inserção livre de texto para que os pesquisadores assinalassem qualquer limitação nos campos anteriores, bem como indicassem dúvidas para posterior revisão pelo líder da equipe, pelo assistente de pesquisa ou pelo coordenador. |

Ao final da pesquisa, a base de dados foi consolidada de modo a poder gerar os gráficos constantes deste livro.

A metodologia da pesquisa proposta para atender aos objetivos lançados no edital é simultaneamente quantitativa e qualitativa. Para a pesquisa quantitativa, foram construídas duas bases de dados: uma com processos do STF e outra com processos do STJ, ambas em formato MySQL. Em um segundo momento, em análise exploratória, buscou-se a extração de padrões de comportamento, tanto quanto a identificação de *outliers* significativos.

Posteriormente, identificados os pontos de maior relevância – principal origem dos processos, principais impetrantes, principais temas e crimes em cada origem –, houve uma nova análise, dessa vez qualitativa, para identificar as questões jurídicas que apareciam associadas aos crimes, temas, origem e impetrantes.

Para as extrações baseadas em dados categóricos ou numéricos utilizou-se replicação de dados para a otimização da análise exploratória. Foram populadas múltiplas bases de dados, tanto de cunho relacional (e.g. MySQL) quanto estilo *column-store* (e.g. MonetDB) e *document-based* (e.g. Mongo-DB) a fim de permitir análises rápidas sobre diferentes facetas da massa de dados de processos. Esta replicação permite que quase qualquer análise possa ser efetuada de forma dinâmica e flexível.

Da mesma forma, o conteúdo textual dos processos de *habeas corpus* será indexado, permitindo análises em tempo real sobre todo o conteúdo do corpus. A ferramenta *Elastic Search*, construída sobre o atual *benchmark* de indexação para textos (a API Lucene) permitiu a indexação de quantidades massivas de dados e posterior consulta de forma facetada, além de incluir funcionalidades de *sharding* e paralelismo transparentes para otimização do tempo de resultados com uso de mais de um computador em conjunto.

Análises e visualizações foram efetuadas via a linguagem Python, uma das mais disseminadas para a criação de aplicações e sistemas na atualidade, fazendo uso das bibliotecas Numpy, Scipy, Matplotlib, NetworkX, Pygraphviz, entre outras.

A utilização desses *softwares* permitiu a construção de duas plataformas de visualização que podem ser acessadas (temporariamente⁶) nos seguintes endereços

23 Se aprovado o relatório, sugere-se que um link para as plataformas seja disponibilizado no site do Ipea e do MJ, juntamente com o documento para publicação.

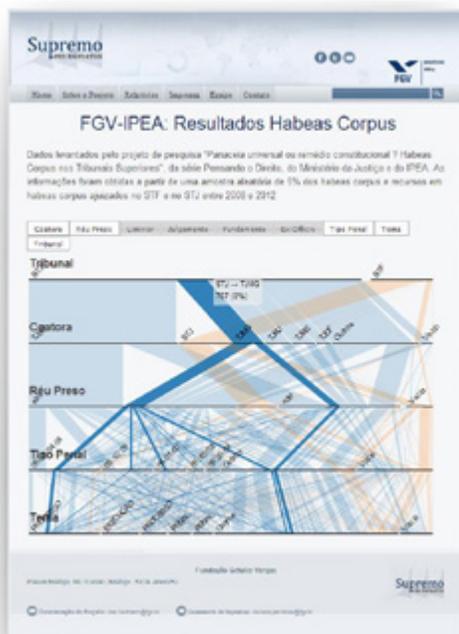
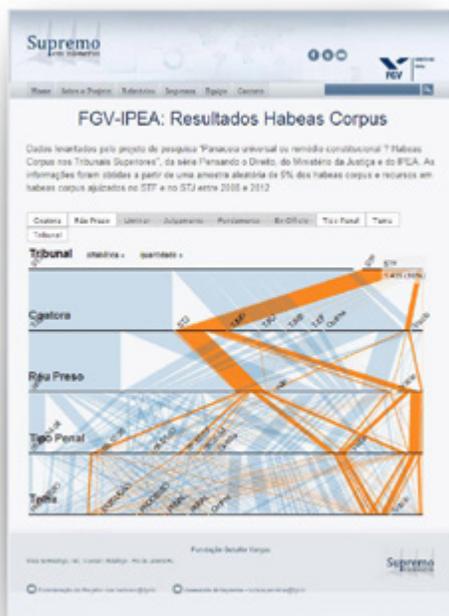
eletrônicos: (1) <http://200.20.164.139/datavis/parsets-ipea/>; (2) <http://200.20.164.139/datavis/cfilter-ipea/> e (3) <http://bon039.cloud.fgv.br/ipea/>.

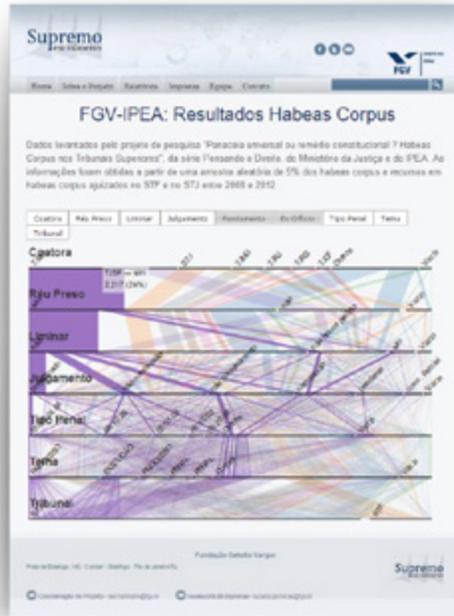
A escolha de uma plataforma web para desenvolvimento do trabalho foi impulsionada pela disponibilidade imediata para aqueles que quiserem conferir e capacidade de disseminação da internet como veículo de informação.

A *software stack* é composta por tecnologias como HTML e CSS para estruturação e estilização da página, respectivamente, e Javascript como a linguagem de programação para construção da correlação dos dados e efeitos visuais interativos. Ainda dentro do domínio do Javascript, JSON como formato de notação dos dados consumidos e processados pela visualização. Vale mencionar também a utilização da linguagem de programação Python para pré-processamento dos dados levantados pelos pesquisadores do projeto, possibilitando a integração das simples planilhas do Excel com o ferramental de alto nível utilizado.

Como se trata de plataformas interativas, que reagem à seleção de campos feita pelo agente para identificarem, em formato de gráfico, os conjuntos (e combinações de conjuntos) de informações desejados, as figuras a seguir são apenas ilustrativas.

The image shows a screenshot of the FGV Direito Rio website. At the top, there is a navigation menu with items like 'Institucional', 'Graduação', 'Pós-graduação', 'Mestrado', 'Cursos', 'Projetos / Estudos', 'Centros de Pesquisas', 'Publicações', and 'Internacional'. Below the menu, there is a search bar and social media icons for Facebook, Twitter, and YouTube. The main content area features a large blue banner with the text 'Habeas Corpus nos Tribunais Superiores' and an image of a gavel. To the right of the banner, there are three search results: 'Supreme em Números', 'Creative Commons', and 'O Superintendenciamento no Brasil'. Below the banner, there is a grid of search results for 'Habeas Corpus nos Tribunais Superiores'. The results include titles like 'Internet Governance @ FGV', 'Global Law and Methodology', 'Habeas Corpus nos Tribunais Superiores', 'Most Court Competition', 'Construindo um Judiciário responsável: uma análise da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e das suas relações com demais Poderes', 'Big Data, Estatística e o Judiciário Brasileiro: Uma Análise Quantitativa do Ministério Público no Supremo Tribunal Federal', 'Processo Decisório, Políticas Públicas e Comportamento Judicial', and 'Arquivos Digitais'.





Capítulo 3

Pesquisa Quantitativa

Introdução

Este capítulo destina-se a apresentar os dados quantitativos obtidos na pesquisa. Se, na primeira pesquisa, optou-se pelo recorte temporal para o período de 2008 a 2012¹, a segunda fase incorporou os anos de 2006, 2007, 2013 e 2014. Os dados quantitativos foram separados em variáveis independentes. No entanto, foi construída uma plataforma interativa que permite inúmeros cruzamentos de variáveis. Tal plataforma está disponível *on-line* para consulta de qualquer interessado: <http://diretorio.fgv.br/projetos/habeas-corpus-nos-tribunais-superiores>.

A escolha de uma plataforma web para desenvolvimento do trabalho foi impulsionada pela disponibilidade imediata para aqueles que quiserem conferir e capacidade de disseminação

24 Dois fatores determinaram o recorte inicial para 2008-2012: em primeiro lugar, algumas variáveis que não constavam da Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD n° 131/2012 (e, portanto, não constavam do projeto apresentado) foram incluídas no escopo do trabalho no intervalo entre a escolha do projeto e o início efetivo da pesquisa, em reuniões realizadas com as equipes do Ipea e do MJ. Por se tratar de variáveis que não constam do sistema de classificação e processamento de dados das áreas de informática do STJ e do STF, tais variáveis demandaram a leitura individualizada de cada acórdão para sua correta identificação. Essas novas variáveis eram: (a) incidência penal (artigo de lei objeto do caso examinado); (b) situação do réu na impetração (se preso ou solto); (c) existência de decisão liminar e seu conteúdo; (d) parecer do Ministério Público (se favorável ou contrário à impetração); (e) órgão julgador (se o julgamento foi levado ao órgão colegiado – e, nesse caso, se foi Turma ou Plenário – ou se foi objeto de decisão monocrática); e, ainda, (f) o Relator do *habeas corpus*. Em segundo lugar, a despeito do grande número de pesquisadores recrutados (cerca de 40 pessoas trabalharam simultaneamente na pesquisa), a necessidade de sistemas de controle e revisão limitou a quantidade de decisões a serem examinadas. Por fim, a fixação do período inicial em 2008 deveu-se à explosão do número de impetrações de *habeas corpus* tanto no STJ como no STF iniciada nesse ano (não obstante tenham ocorridos picos isolados em anos anteriores). Esse fato, identificado logo no início dos trabalhos ao se construir a base de dados, foi o que determinou o marco inicial do recorte temporal da pesquisa. Com efeito, houve crescimento significativo de impetrações no STF nos anos de 2008, 2009 e 2010, com ligeira queda em 2011 e 2012, como já reportado no relatório anterior.

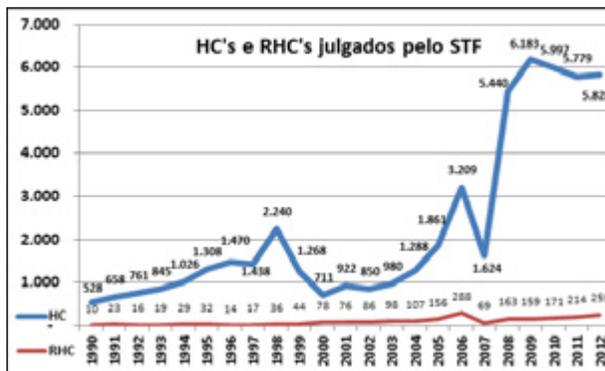
da internet como veículo de informação. Espera-se que a disponibilização de todos os dados estimule outros pesquisadores a explorar as inúmeras possibilidades de cruzamento de dados e a investigação mais profunda de determinados aspectos que não puderam, devido à exiguidade de tempo, ser trabalhados neste livro.

Em primeiro lugar, algumas variáveis que não constavam da Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD nº 131/2012 e Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD nº 098/2014 (e, portanto, não constavam do projeto apresentado) foram incluídas no escopo do trabalho no intervalo entre a escolha do projeto e o início efetivo da pesquisa, em reuniões realizadas com as equipes do Ipea e do MJ. Por se tratar de variáveis que não constam do sistema de classificação e processamento de dados das áreas de informática do STJ e do STF, tais variáveis demandaram a leitura individualizada de cada acórdão para sua correta identificação. Essas novas variáveis eram: (a) incidência penal (artigo de lei objeto do caso examinado); (b) situação do réu na impetração (se preso ou solto); (c) existência de decisão liminar e seu conteúdo; (d) parecer do Ministério Público (se favorável ou contrário à impetração); (e) órgão julgador (se o julgamento foi levado ao órgão colegiado – e, nesse, caso se foi Turma ou Plenário – ou se foi objeto de decisão monocrática); e, ainda, (f) o Relator do *habeas corpus*.

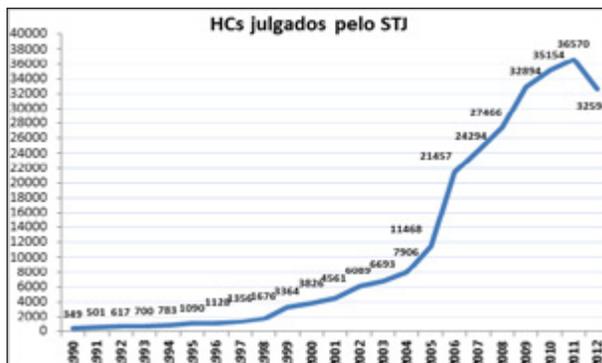
Não obstante a limitação temporal seja uma perda importante, o acréscimo dessas variáveis mostrou-se absolutamente acertado – e, nesse ponto, os elogios são devidos às equipes do Ipea e do MJ responsáveis pelo acompanhamento e avaliação da pesquisa. Com efeito, qualquer proposta de solução para o equacionamento do acesso à justiça com uma prestação jurisdicional efetiva não pode prescindir de identificar tais variáveis.

Em segundo lugar, a despeito do grande número de pesquisadores recrutados (cerca de 40 pessoas trabalharam simultaneamente na pesquisa), a necessidade de sistemas de controle e revisão limitou a quantidade de decisões a serem examinadas. Ainda assim, foi possível analisar aproximadamente 14 mil acórdãos no período de quatro meses de trabalho, eis que o primeiro mês foi dedicado à seleção e treinamento da equipe e o último mês foi destinado à pesquisa qualitativa. Os acórdãos examinados oscilavam muito de tamanho, alguns com apenas cinco páginas, enquanto outros possuíam mais de 50 páginas.

Por fim, a fixação do período inicial em 2008 deveu-se à explosão do número de impetrações de *habeas corpus* tanto no STJ como no STF iniciada nesse ano (não obstante tenham ocorridos picos isolados em anos anteriores). Esse fato, identificado logo no início dos trabalhos ao se construir a base de dados, foi o que determinou o marco inicial do recorte temporal da pesquisa. Com efeito, houve crescimento significativo de impetrações no STF nos anos de 2008, 2009 e 2010, com ligeira queda em 2011 e 2012, mantendo-se ainda em patamares impressionantemente altos, como se vê no gráfico a seguir:



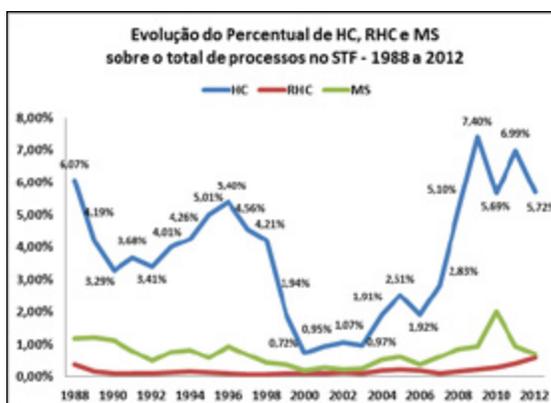
No STJ, a situação era ainda mais dramática, pois o crescimento estendeu-se até o ano de 2011, sendo certo que o volume total de casos é quase seis vezes maior (considerando os picos de impetrações), alcançando a marca de 36 mil *habeas corpus* em apenas um ano, como se vê no gráfico a seguir:



Não obstante seus números elevados, HCs e RHCs não representam classes de ações que ocupem percentual significativo no total de processos perante o STF. No período de 2008 a 2012, as ações de *habeas corpus* representaram 6,18% dos processos em tramitação no STF, ao passo que, entre 1998 e 2007, os *habeas corpus* representaram, em média, somente 3,15% dos processos do STF. Logo, embora se trate de um percentual reduzido, é possível afirmar que a média durante os cinco anos examinados pela pesquisa (2008-2012) é cerca do dobro da média nos dez anos anteriores.

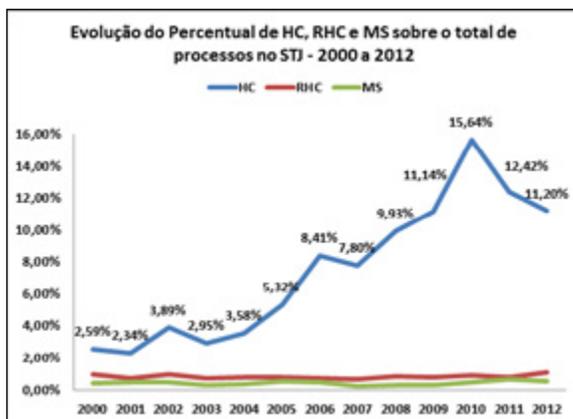
Embora seja um percentual reduzido, *habeas corpus* não comportam julgamentos em bloco, como é possível fazer com outros tipos de ação, que tratam de questões idênticas e repetidas. O tempo necessário para o exame de um *habeas corpus* é, nesse sentido, superior ao dedicado a um recurso extraordinário, em média. Ademais, os *habeas corpus* demandam um exame mais rápido, recebendo preferência em seu julgamento em detrimento de outras classes de ações.

A ação que mais se assemelha ao *habeas corpus* perante os Tribunais Superiores talvez seja o mandado de segurança, “primo” do *habeas corpus*, já que, até a reforma constitucional de 1926, este writ era utilizado para combater qualquer tipo de ilegalidade, ainda que dissociada da liberdade de locomoção. O gráfico a seguir mostra a evolução, em percentual do total de ações perante o STF, do mandado de segurança, do *habeas corpus* e do recurso de *habeas corpus*.



No STJ, a situação é bem diferente. Nota-se um crescimento contínuo iniciado em 2003, rompendo a barreira dos 10% do total de casos no ano de 2008, patamar em que se mantém desde então (com destaque para um pico de mais de 15% em 2010).

No período de 2008 a 2012, as ações de *habeas corpus* representaram 12,06% dos processos em tramitação no STJ, ao passo que, entre 2000 e 2007, os *habeas corpus* representaram, em média, somente 4,61% dos processos do STF. Logo, embora se trate de um percentual reduzido, é possível afirmar que a média durante os cinco examinados pela pesquisa (2008-2012) é cerca do triplo da média nos 8 anos anteriores. Assim como ocorre no STF, não se verificou semelhante variação no mandado de segurança e um aumento mínimo no emprego do recurso de *habeas corpus*.



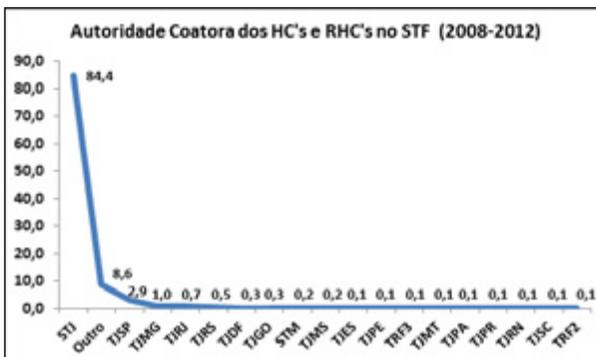
Tais dados reforçam a opção preferencial pela investigação dos motivos de impetrações no período de 2008 a 2012. Posteriormente, foram incorporados os anos de 2006, 2007, 2013 e 2014.

3.1 Origem

A categoria “origem” representa a autoridade coatora nos HCs e RHCs examinados. No caso do STF, seriam esperadas apenas três origens: STJ, STM (Tribunais Superiores que atuam em matéria criminal, cujas decisões não sejam passíveis de impugnação perante o STF) e, excepcionalmente, autoridades cujos atos estejam sujeitos à

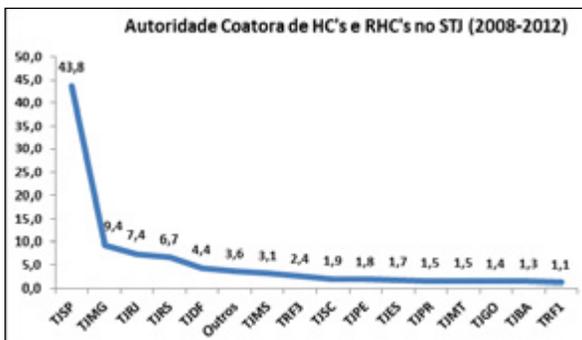
competência do STF, como deputados e senadores (geralmente no exercício de funções em Comissões Parlamentares de Inquérito).

Nesse sentido, houve surpresa ao se identificar o percentual de 15,4% de casos oriundos de instâncias inferiores (tanto tribunais de segunda instância como varas de primeira instância), o que se refletiu no grande número de casos de não conhecimento com fundamento na incompetência do STF para apreciação das ações de HC e RHC.



Embora seja um percentual elevado, tais HCs e RHCs são facilmente identificáveis, sendo “filtrados” já no momento de autuação e distribuição, recebendo decisões padronizadas de declaração de incompetência com o declínio para o órgão correspondente.

Já no STJ, o percentual de HCs e RHCs oriundos de órgãos jurisdicionais não sujeitos à jurisdição do STJ é bem menor, da ordem de 3,6% (muito embora seja a sexta maior origem registrada). A surpresa fica por conta da altíssima concentração de casos com origem no Tribunal de Justiça de São Paulo.



A alta concentração de casos oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo mostra-se um ponto de especial relevância, uma vez que não é compatível com dados de população (São Paulo concentra apenas 21,72% da população brasileira²⁵), nem com dados de população prisional²⁶ (embora seja o Estado com a maior população carcerária, com 34,60%).

Como se pode perceber na tabela a seguir, essa discrepância não se verifica nos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, nem no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos quais os dados de população e população carcerária conjugados se mostram mais próximos ao percentual de HCs e RHCs impetrados perante o STJ.

| ESTADO | POPULAÇÃO EM MILHÕES | PERCENTUAL POPULAÇÃO | PERCENTUAL POPULAÇÃO CARCERÁRIA | HCS E RHCS NO STJ |
|-------------------|----------------------|----------------------|---------------------------------|-------------------|
| São Paulo | 43.663.672 | 21,72% | 34,60% | 43,80% |
| Minas Gerais | 20.593.366 | 10,24% | 9% | 9,40% |
| Rio de Janeiro | 16.369.178 | 8,14% | 7% | 7,40% |
| Rio Grande do Sul | 11.164.050 | 5,55% | 6% | 6,70% |
| Distrito Federal | 2.789.761 | 1,39% | 5,65% | 4,40% |

Vê-se que São Paulo apresenta uma diferença de mais de 20 pontos percentuais em relação à população total e mais de 10 pontos percentuais quando se observa a população carcerária. O elevado percentual de casos oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo sugeriu a necessidade de que fossem aprofundadas as pesquisas nesses casos.

Em recorte específico dos HCs e RHCs, isolando-se a variável “crime”, verificou-se uma alta concentração de casos concentrados em determinados crimes. Entre os 102 diferentes tipos penais registrados nos casos examinados, mais de 70% de todos os HCs e RHCs oriundos dos cinco Tribunais de Justiça mais

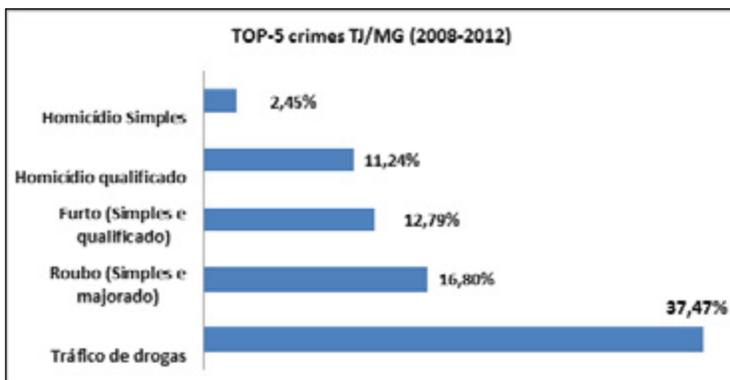
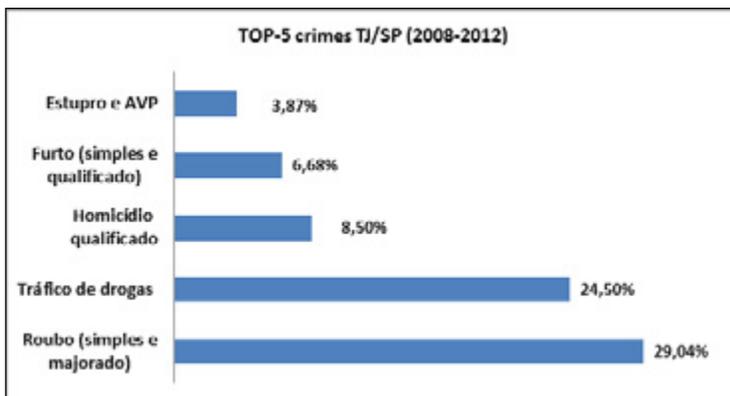
25 Dados população: IBGE. DOU 20/8/2013, p. 65.

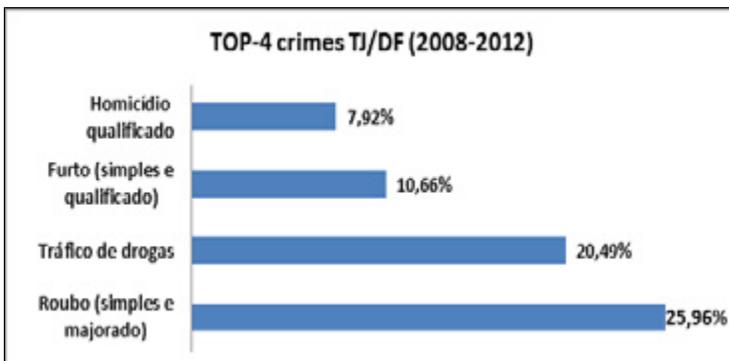
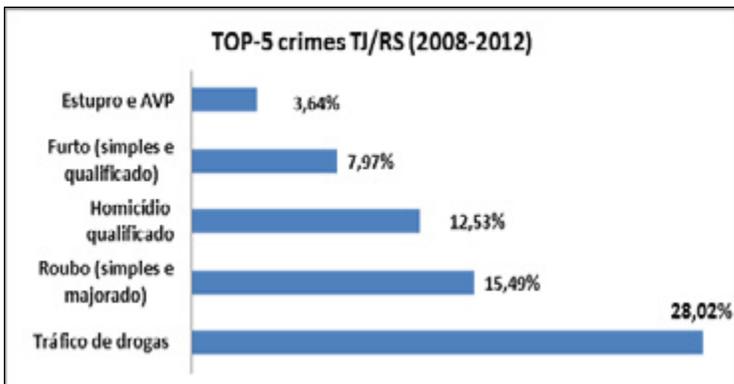
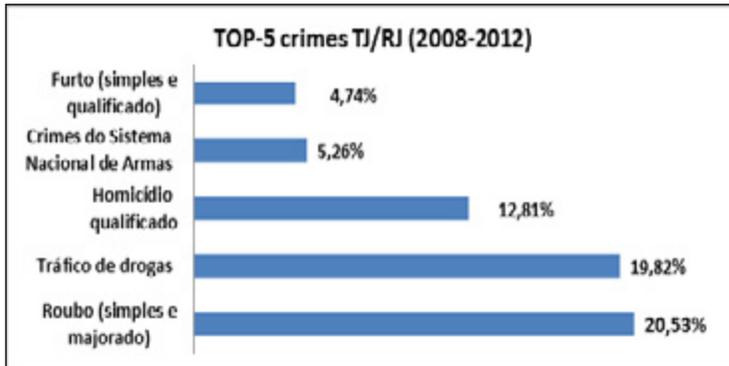
26 Dados população carcerária: Depen, junho/2011. <http://jus.com.br/artigos/21091/cinco-estados-compoem-62-da-populacao-carceraria-nacional#ixzz31RLAgSIh>. Acesso em 18/06/2014.

acionados no STJ estão concentrados em apenas seis tipos penais: roubo (simples e qualificado), furto (simples e qualificado), tráfico de drogas, homicídio qualificado, estupro (e atentado violento ao pudor) e posse e porte de armas.

Trata-se de informação muito relevante. Os Tribunais de Justiça de SP, MG, RJ, RS e DF somados representam a origem de 71,7% de todos os HCs e RHCs impetrados perante o STJ. E 72,59% de todas as impetrações provenientes desses Estados tratam dos mesmos seis crimes, indicando que enfrentar as matérias ainda controversas relativas pode trazer grande impacto na redução das impetrações perante o STJ.

As tabelas a seguir indicam os principais crimes em cada um dos cinco Tribunais de Justiça que mais originam impetrações perante o STJ.





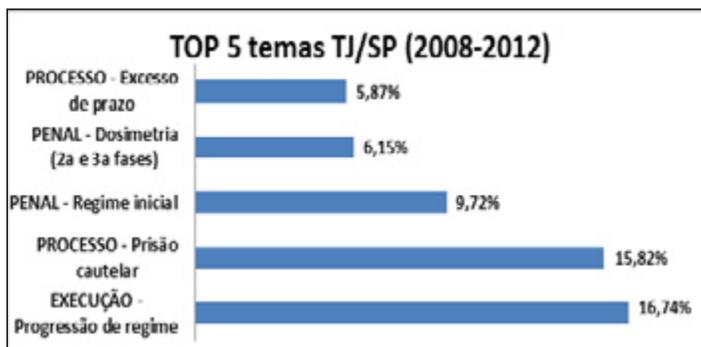
A mesma concentração ocorre quando se analisam os principais temas das impetrações. Entre os 41 temas registrados, apenas oito aparecem de forma recorrente nos cinco Tribunais de Justiça com maior número de impetrações perante o STJ. São eles: progressão de regime, prisão cautelar, regime inicial

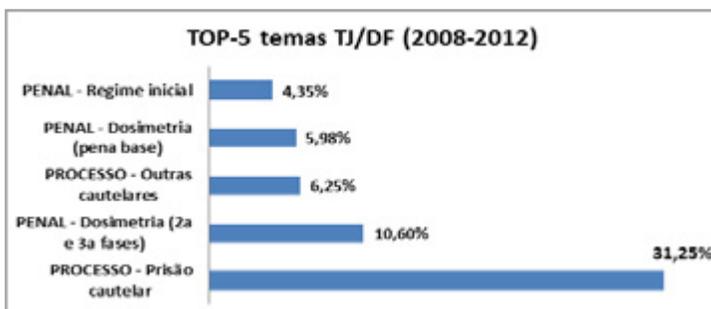
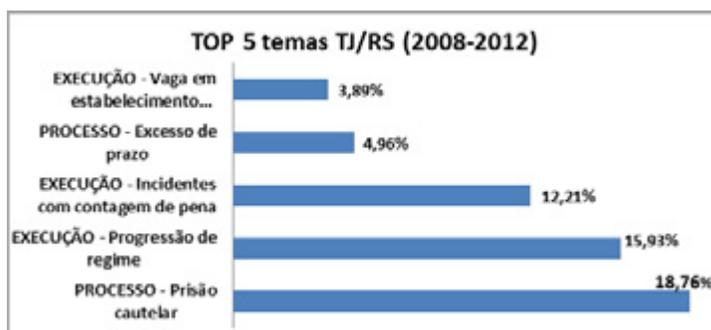
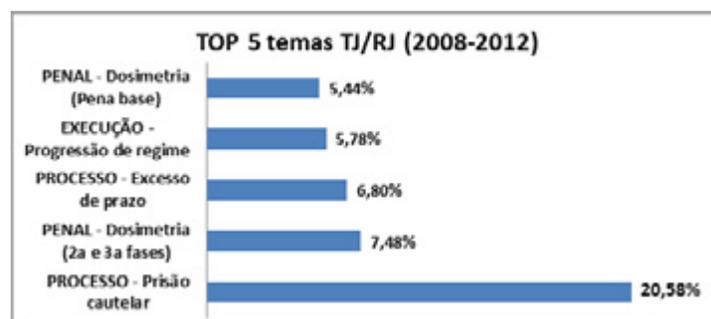
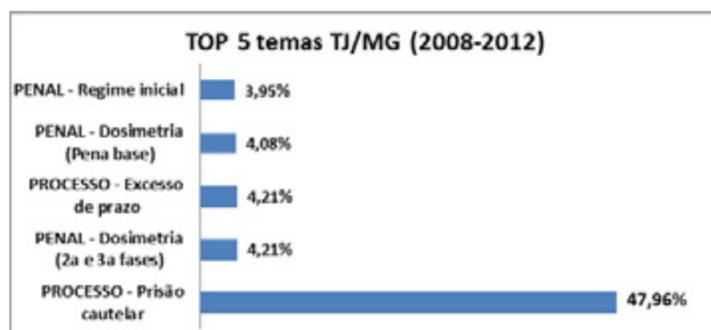
de cumprimento de pena, erro na dosimetria, excesso de prazo, incidentes na contagem de pena, ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado e aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Ressalte-se, de *plano*, que todos esses temas estão diretamente relacionados à privação da liberdade de locomoção. Não há, portanto, percentual representativo, em nenhum desses cinco Tribunais de Justiça (SP, MG, RJ, RS e DF, que, lembre-se, originam mais de 70% dos HCs e RHCs impetrados perante o STJ) de temas meramente processuais sem reflexo direto na liberdade de locomoção (como, por exemplo, cerceamento de defesa, falta de condição da ação, falta de suporte probatório, inépcia da denúncia, impedimento e suspeição, incompetência e princípio da vedação de provas ilícitas).

Vale dizer, ainda, que se tais temas fossem agrupados com questões semelhantes, estaríamos diante de apenas seis grandes temas: (1) progressão de regime e incidentes sobre contagem de pena; (2) prisão cautelar e outras medidas cautelares; (3) erro na dosimetria (1ª, 2ª e/ou na 3ª fases de aplicação da pena); (4) regime inicial de cumprimento de pena; (5) excesso de prazo; e (6) ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado.

As tabelas a seguir indicam os principais temas em cada um dos cinco Tribunais de Justiça que mais originam impetrações perante o STJ.





Os gráficos revelam as particularidades das impetrações em cada Estado da federação. Enquanto no TJ/SP, TJ/RJ e TJ/DF prevalecem impetrações tendo como objeto o crime de roubo, no TJ/MG e no TJ/RS prevalecem impetrações sobre tráfico de drogas (crime de maior incidência em ações originadas contra decisões do TJ/MG, TJ/RJ e TJ/RS). Já no quesito “tema” de maior incidência, todos os tribunais apresentam a prisão cautelar como tema mais discutido perante o STJ, com exceção do TJ/SP, cujas impetrações discutem majoritariamente a progressão de regime.

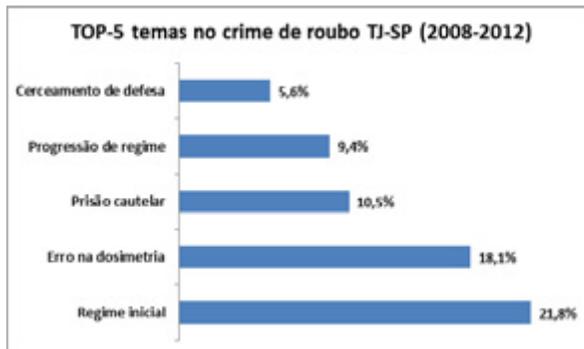
| Origem | Crime de maior incidência | Tema de maior incidência |
|--------|----------------------------|--------------------------|
| TJ/SP | Roubo (simples e majorado) | Progressão de regime |
| TJ/MG | Tráfico de drogas | Prisão cautelar |
| TJ/RJ | Tráfico de drogas | Prisão cautelar |
| TJ/RS | Tráfico de drogas | Prisão cautelar |
| TJ/DF | Roubo (simples e majorado) | Prisão cautelar |

Embora a prisão cautelar apresente requisitos definidos em lei, dois fatores justificariam sua maior taxa de incidência. Em primeiro lugar, o uso de conceitos abertos no art. 312, *caput* do CPP (como garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal), os quais dão margem para diferentes interpretações entre juízes de primeiro grau e tribunais de segunda instância e entre estes e os Tribunais Superiores. Em segundo lugar, o cabimento ou manutenção de uma prisão preventiva não está sujeito a prazos máximos ou de reexame, ensejando muitas impetrações em face do princípio da razoável duração do processo, ou de sua aplicação em sede de crimes que admitiriam, em tese, a aplicação de penas restritivas de direitos ao invés de restritivas de liberdade.

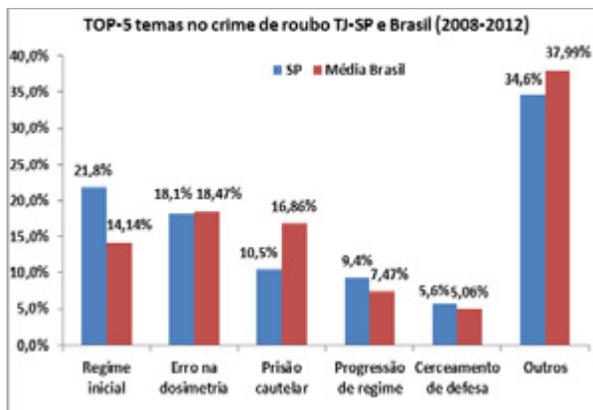
Por outro lado, a progressão de regime possui balizamentos muito mais detalhados na legislação, seja no tocante às circunstâncias em que deve ser aplicado, seja em relação aos prazos para sua incidência no regime de execução penal. O regramento mais claro e preciso deveria dar mais segurança jurídica ao juiz e ao condenado.

Considerando que o TJ/SP é responsável por quase 45%

de todas as impetrações perante o STJ e apresenta uma taxa de concessão bem superior às dos demais tribunais de segunda instância, optou-se por fazer um exame mais detalhado desse tribunal no que tange às variáveis “crime” e “tema”. Inicialmente, buscou-se identificar quais os temas de maior ocorrência associados ao crime de roubo, tipo penal predominante nos HCs e RHCs com origem no TJ-SP.



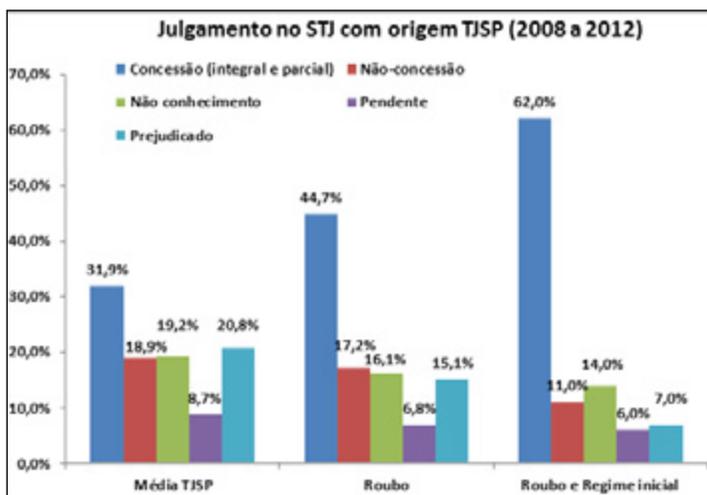
Veja-se que, nas impetrações oriundas do TJ/SP em crime de roubo, o tema do regime inicial é mais destacado do que nos demais tribunais. Essa constatação surpreende na medida em que há súmulas tanto do STF (718 e 719, de 2003) como do STJ (440, de 2010) que tratam do tema da imposição de regime inicial mais gravoso, sem fundamentação concreta da necessidade.



O quadro retrata a comparação do TJ-SP com todas as outras origens de HCs e RHCs impetrados no STJ, quando se isola o crime de roubo para identificar os principais temas a ele associados. Pode-se constatar que há uma clara diferença nos temas “regime inicial” e “prisão cautelar”.

Esse desvio de quase oito pontos percentuais, relativo ao tema “regime inicial”, que sobressai nos temas associados ao crime de roubo nas impetrações oriundas do TJ/SP pode ser examinado em cruzamento com as taxas de concessão/não concessão de HC e RHC.

Verifica-se, na tabela a seguir, que as taxas de concessão crescem justamente naqueles recortes de maior concentração. Enquanto a taxa média de concessão nos HCs e RHCs oriundos do TJ/SP é de 32,9%, quando se isola a variável “crime de roubo”, a taxa de concessão se eleva para 44,7% e cresce ainda mais, para 62%, quando se discute eventual erro na fixação do regime inicial em crime de roubo.



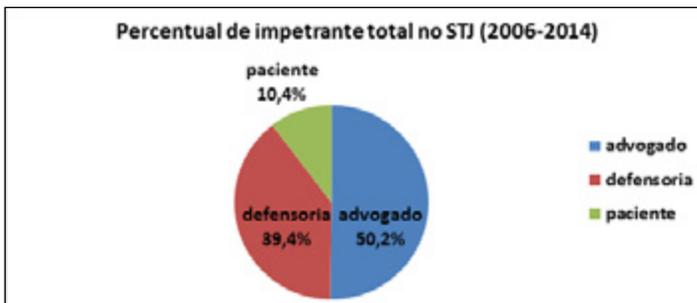
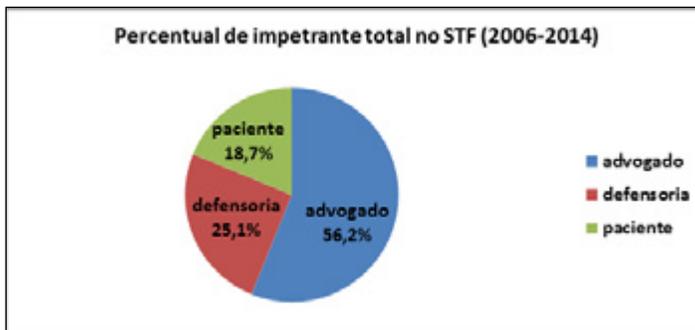
Conclusões parciais

A variável “Origem” indicou a necessidade de exame detalhado dos casos que atacam decisões do TJ/SP e, em

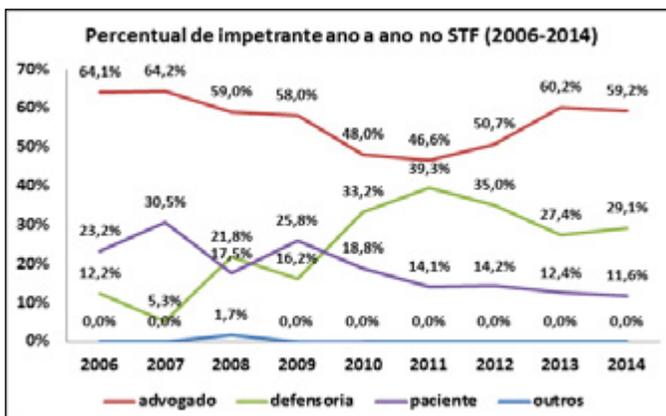
especial, nos crimes e temas de maior incidência. Esse exame foi desenvolvido no Capítulo 4.

3.2 Impetrante

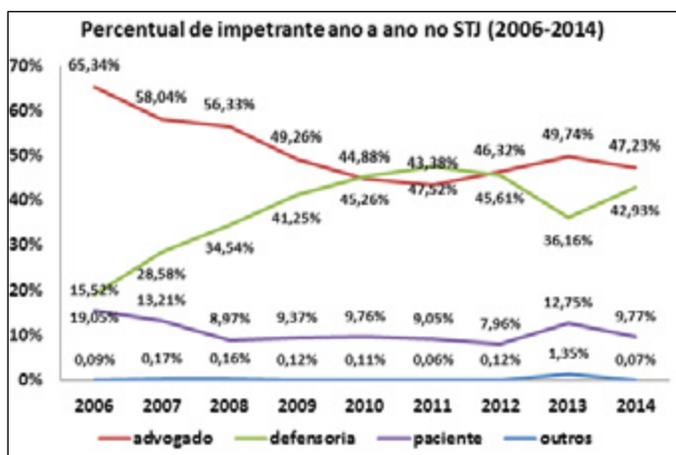
A segunda variável investigada durante a pesquisa foi a autoria das impetrações de HCs e RHCs nos Tribunais Superiores. Nesse aspecto, embora o senso comum fosse de que o acesso aos Tribunais Superiores fosse exclusividade de uma parcela da sociedade em condições de contratar um advogado, os dados obtidos revelam o contrário. A parcela de atuação das Defensorias Públicas nos Tribunais Superiores é bastante significativa.



O gráfico de distribuição das impetrações ano a ano permite identificar a curva de crescimento da atuação da defensoria, sendo, portanto, ainda mais ilustrativo do que o acumulado.



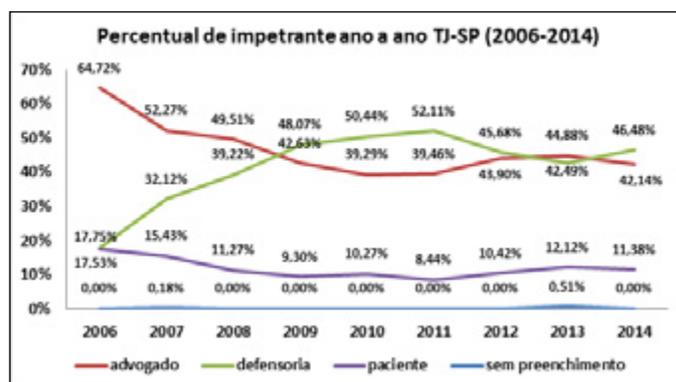
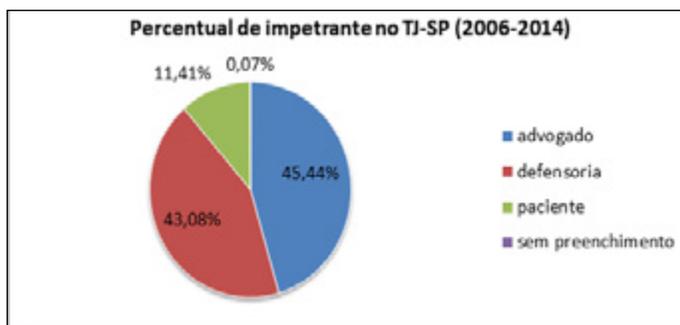
Entre os diferentes tipos de impetrantes perante o STF, a Defensoria Pública foi a que apresentou o maior crescimento no período, alcançando seu ápice em 2011. Já no âmbito do STJ, após um crescimento de quase dez pontos percentuais no total de impetrações entre 2008 e 2010, e uma estabilização em altos patamares no período de 2010 a 2012, as ações ajuizadas pela Defensoria Pública voltaram a patamares inferiores ao da advocacia privada.

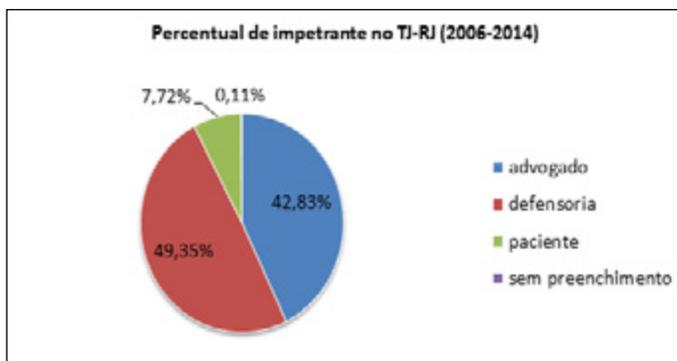
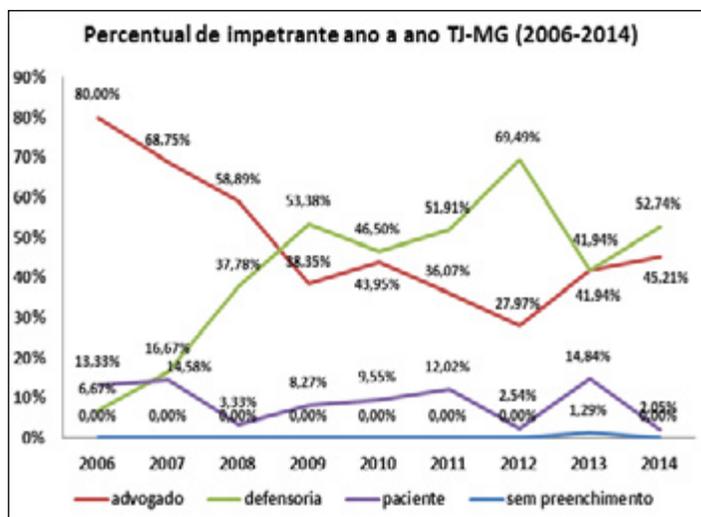
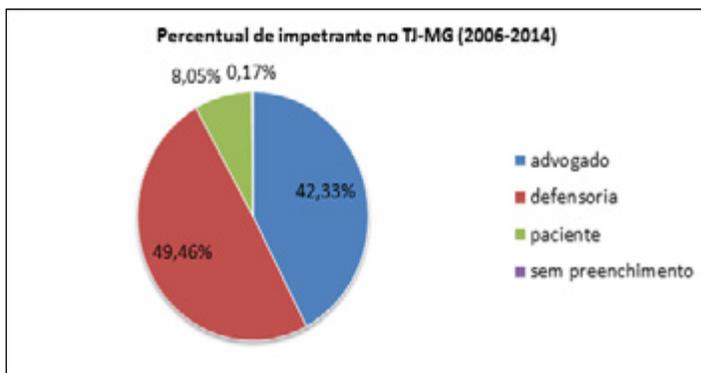


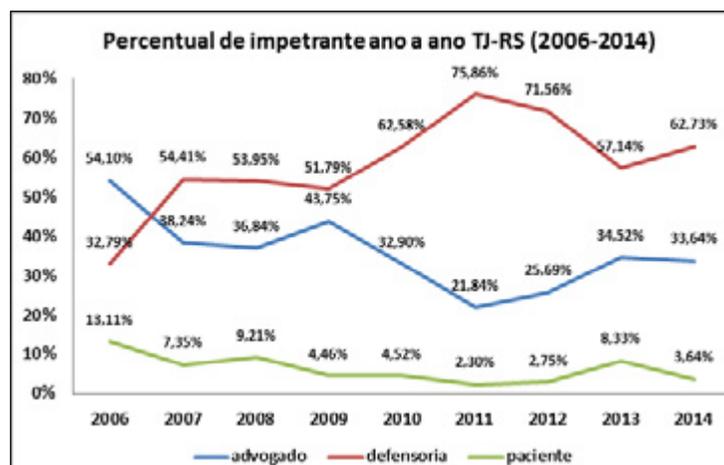
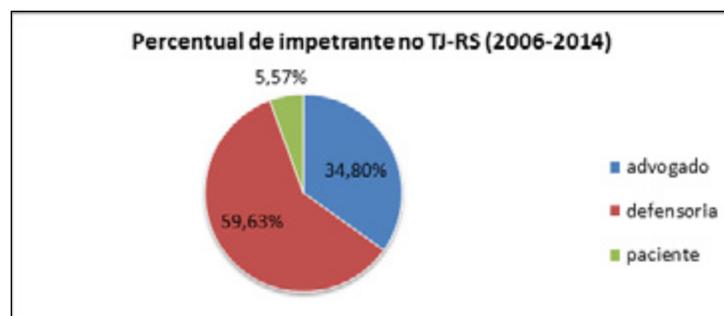
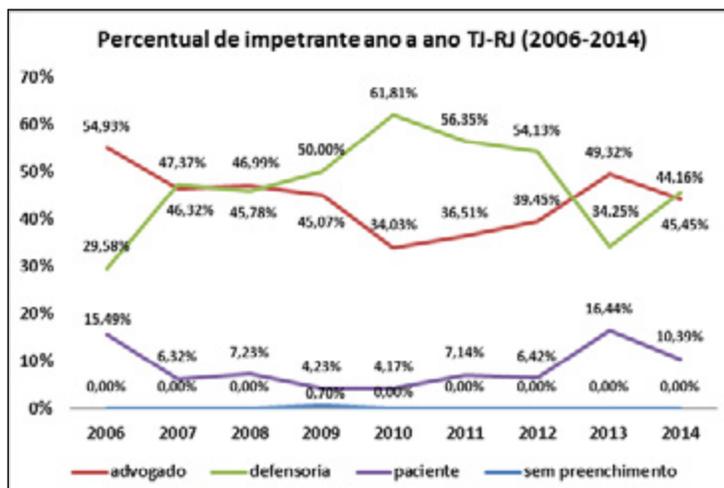
Considerando-se a origem dos HCs e RHCs, o perfil de quem é o impetrante varia consideravelmente. Enquanto nos casos

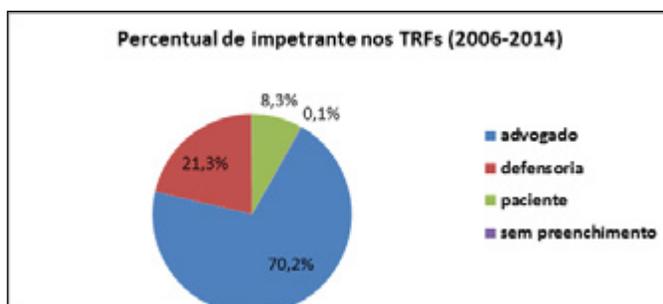
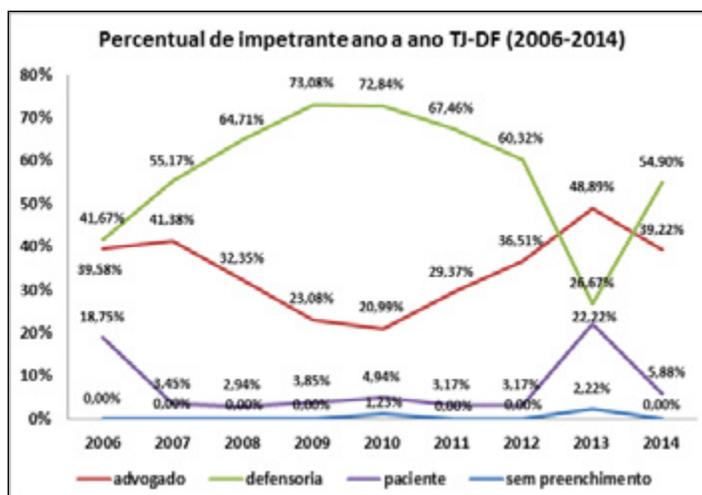
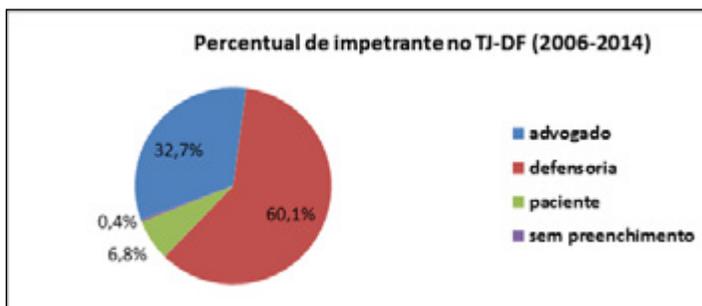
oriundos dos cinco Tribunais de Justiça que mais geram impetrações perante o STJ a Defensoria Pública tem participação expressiva, e quase sempre majoritária, o quadro muda drasticamente, no entanto, quando se trata de impetrações oriundas dos Tribunais Regionais Federais.

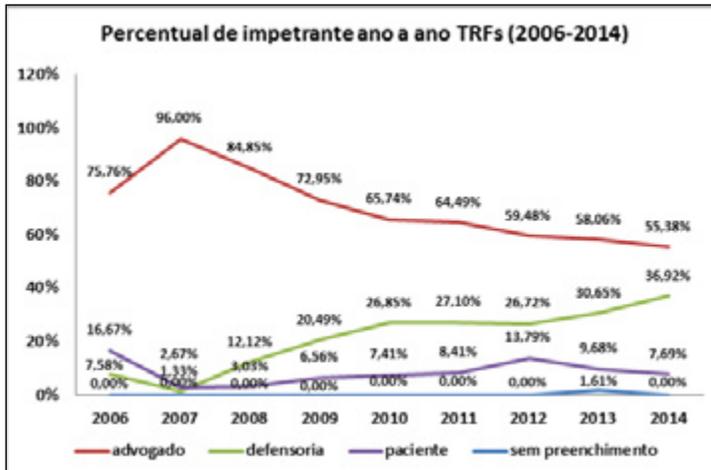
| Origem | Advogado | Defensoria | Paclente | Sem preenchimento |
|--------|----------|------------|----------|-------------------|
| TJ-SP | 45,44% | 43,08% | 11,41% | 0,07% |
| TJ-MG | 42,33% | 49,46% | 8,05% | 0,17% |
| TJ-RJ | 42,83% | 49,35% | 7,72% | 0,11% |
| TJ-RS | 34,80% | 59,63% | 5,57% | 0% |
| TJ-DF | 32,70% | 60,11% | 6,81% | 0,38% |
| TRFs | 70,24% | 21,34% | 8,29% | 0,12% |



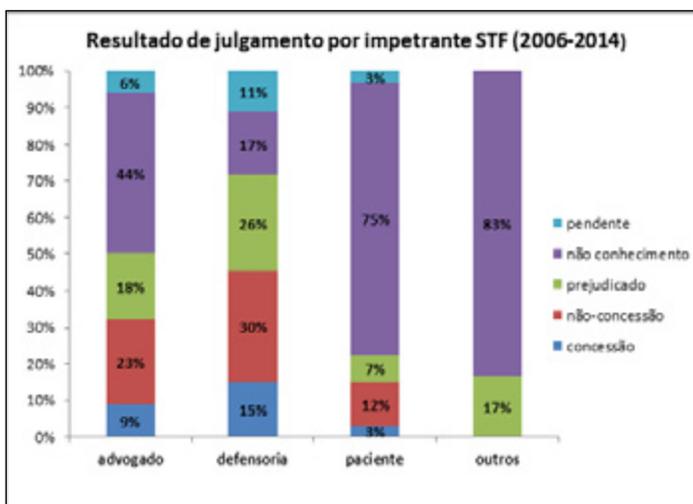


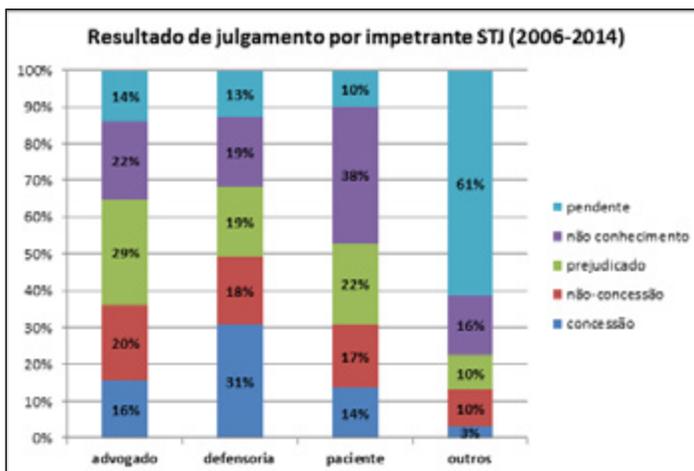






Relativamente à taxa de sucesso de cada impetrante, pode-se constatar que a Defensoria Pública é a classe de impetrante com maior percentual de concessão (integral e parcial) nos HCs e RHCs impetrados perante os Tribunais Superiores.





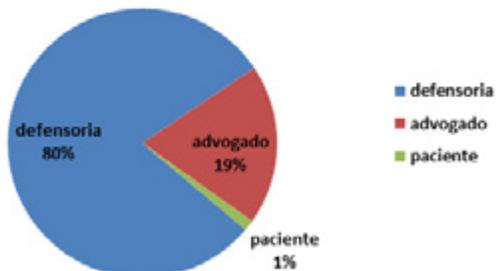
Conforme se verifica nos gráficos, as taxas de sucesso da defensoria (considerados os HCs concedidos integral ou parcialmente) são mais elevadas do que as dos advogados e pacientes, seja no STF, seja no STJ.

Um dado importante diz respeito às características de cada impetrante. Se examinados os quatro crimes com maior incidência dos HCs e RHCs impetrados nos Tribunais Superiores, verifica-se que o percentual de ações ajuizadas pela Defensoria é muito superior à média. Nesse aspecto, pode-se inferir que, não obstante tenha crescido a fatia de participação da Defensoria Pública nas impetrações perante os Tribunais Superiores, isso ocorre de forma concentrada em determinados crimes e temas.

A sequência de gráficos a seguir demonstra a prevalência de HCs e RHCs nos crimes e temas de maior incidência nos Tribunais Superiores. A predominância de impetrações realizadas por advogados ocorre apenas no tema “Prisão Cautelar” associado aos crimes de “Roubo” e “Tráfico de Drogas”⁴.

27 Um dado interessante a ser notado na atuação da Defensoria Pública é seu menor protagonismo nos casos envolvendo prisão cautelar. Esse desvio talvez se deva ao fato de que muitas Defensorias estaduais não tenham núcleos especializados ou dedicados a atendimento no momento da prisão em flagrante, somado ao fato de que o Código de Processo Penal ainda é tímido ao disciplinar a assistência jurídica gratuita nessa etapa anterior ao início do processo.

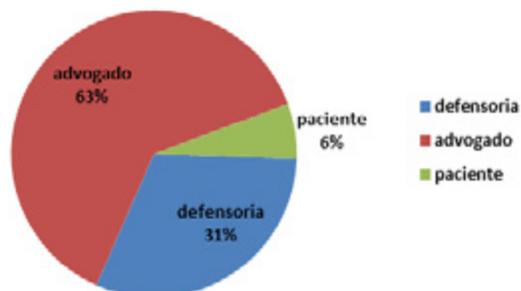
**Cruzamento Roubo x Erro na Fixação de Regime
x Impetrante (STF e STJ - 2008 a 2012)**

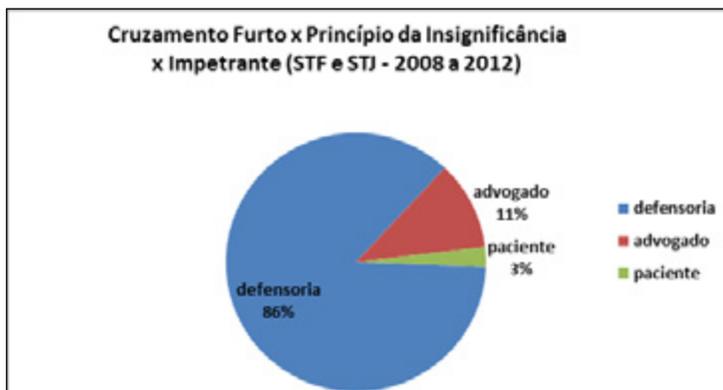


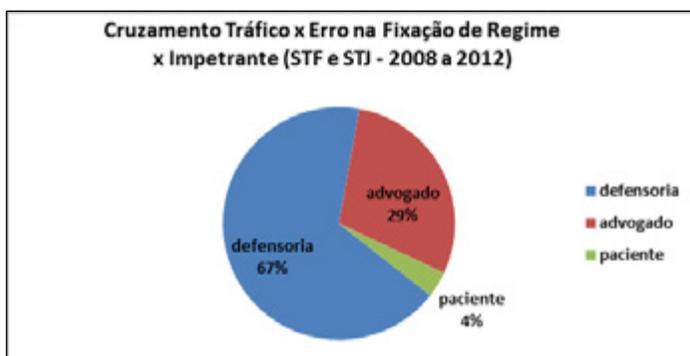
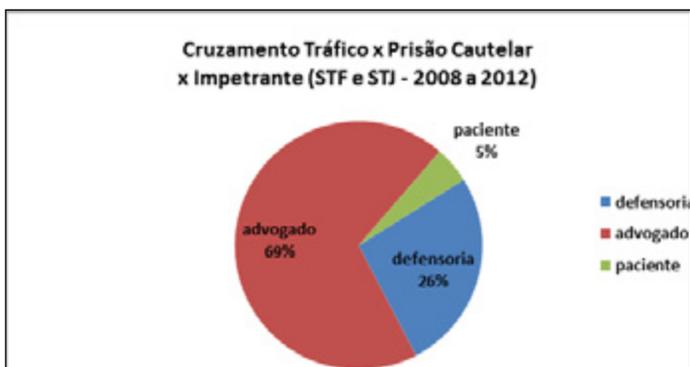
**Cruzamento Roubo x Erro na Dosimetria
x Impetrante (STF e STJ - 2008 a 2012)**



**Cruzamento Roubo x Prisão Cautelar
x Impetrante (STF e STJ - 2008 a 2012)**







A mesma informação pode ser acessada, de maneira mais objetiva, na tabela a seguir.

| TABELA DE PREDOMINÂNCIA DE IMPETRAÇÕES NOS CRUZAMENTOS DE CRIMES E TEMAS COM MAIOR INCIDÊNCIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES | | | |
|---|-------------------|-----------------|-----------------|
| Cruzamento "Crime" e "Tema" por impetrante | Defensoria | Advogado | Paciente |
| Roubo e Erro na Fixação de Regime Inicial x Impetrante | 80% | 19% | 1% |
| Roubo e Erro na Dosimetria x Impetrante | 86% | 11% | 3% |
| Roubo e Prisão Cautelar x Impetrante | 31% | 63% | 6% |
| Furto e Princípio da insignificância x Impetrante | 86% | 11% | 3% |
| Furto e Erro na Fixação de Regime Inicial x Impetrante | 73% | 27% | 0 |
| Furto e Prisão Cautelar x Impetrante | 52% | 42% | 6% |
| Tráfico e Erro na Fixação de Regime Inicial x Impetrante | 67% | 29% | 4% |
| Tráfico e Prisão Cautelar x Impetrante | 26% | 69% | 5% |
| Tráfico e Excesso de prazo na Prisão x Impetrante | 12,15% | 73,83% | 14,02% |

Conclusões parciais

Estudo recente da Anadep e do Ipea⁵ indica que 71,86% das comarcas brasileiras não são atendidas por defensores públicos e que o déficit nacional de cargos a serem providos é de 40,5% das vagas totais. Ademais, os Estados de Goiás⁶, Santa Catarina⁷, Paraná e Amapá ainda não haviam provido nenhum cargo de defensor público quando da coleta dos dados que embasam a presente pesquisa.

À medida que as defensorias públicas expandem seus serviços – seja por meio da interiorização, seja por meio do aumento

28 MOURA, Tatiana Whately de; CUSTÓDIO, Rosier Batista; SÁ E SILVA, Fabio e CASTRO, André Luis Machado de: Mapa da Defensoria Pública do Brasil. Brasília: DF. 2013. Disponível em http://www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf. Acesso em 6/3/2013.

29 A Defensoria Pública do Estado de Goiás foi criada em 2005 e seu primeiro concurso iniciado em 2010. No entanto, até a edição da publicação do Ipea e da Anadep nenhum cargo fora provido.

30 Em março de 2012, o STF determinou a obrigatória instalação da defensoria pública no estado de Santa Catarina, fixando o prazo de um ano para cumprimento. Disponível em <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-14/stf-obriga-santa-catarina-implantar-defensoriapublica-em-ate-um-ano>. Acesso em 6/2/2012.

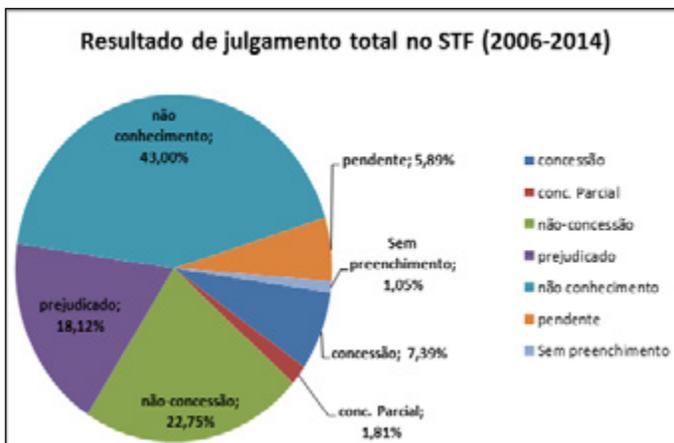
de seu quadro –, pode-se prever o crescimento de sua atuação também perante os Tribunais Superiores. A variável “Autoria” aponta para um crescimento da atuação da Defensoria Pública e, portanto, da maior qualificação do serviço de assistência jurídica às camadas mais pobres da sociedade.

3.3 Julgamento

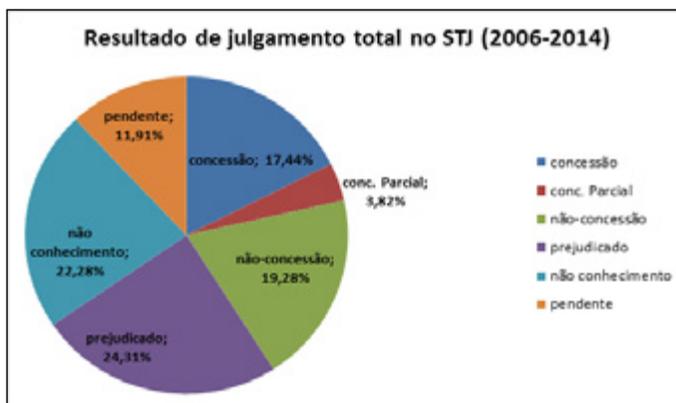
Uma das principais questões ligadas ao uso do *habeas corpus* é sua taxa de concessão pelos Tribunais Superiores. Um dos relatórios de acompanhamento e avaliação do Ipea/MJ recebidos pela equipe de pesquisa solicitava que esse dado fosse investigado. No relatório preliminar enviado em setembro de 2013, já se indicava um percentual de 8% de concessão no STF, semelhante aos dados do “Justiça em Números”, com 10%⁸.

A média de concessão com a conclusão da pesquisa indica o percentual de 9,20% de taxa de sucesso (consideradas concessão integral e parcial) no STF e de 21,26%, no STJ.

Em ambos os gráficos a seguir, a categoria “Outros” refere-se às impetrações que não tiveram julgamento, tratando-se de homologação de desistências ou atuações que não tiveram seguimento.



31 Importante frisar que, isolando-se o crime, o tema e a origem, as taxas de concessão variam bastante.



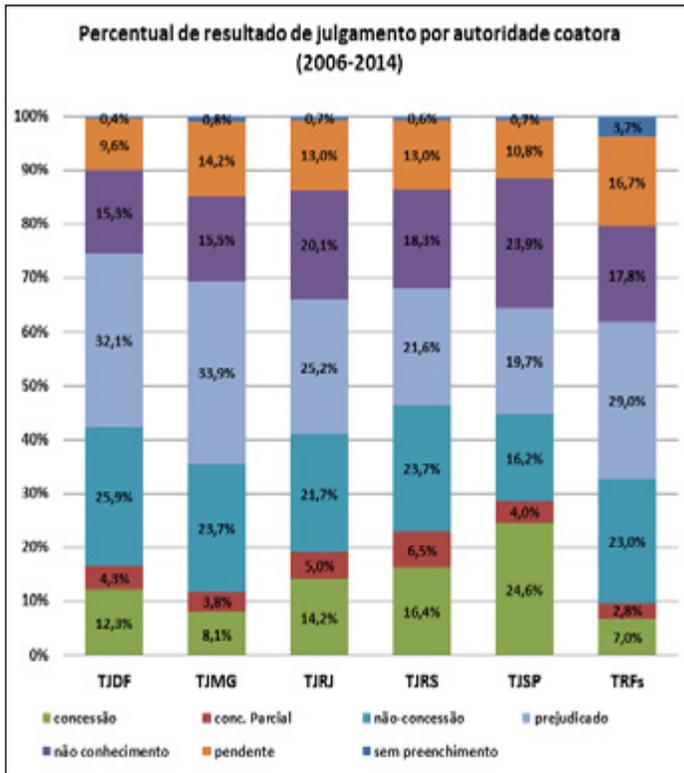
Frise-se que os HCs e RHCs impetrados nos anos de 2013 e 2014, em sua grande maioria, ainda se encontravam pendentes de julgamento por ocasião da realização da pesquisa, bem como os números mencionados não consideram as concessões *ex officio*⁹.

A elevada taxa de sucesso das impetrações no STJ deve ser interpretada como uma alta taxa de reversão das decisões dos tribunais de segunda instância. Considerando que os temas tratados nos HCs e RHCs perante os Tribunais Superiores não são novidades – já tendo sido objeto de diversas decisões –, a inferência que se pode fazer é no sentido de uma divergência entre as decisões dos tribunais de segunda instância e as do STF e STJ.

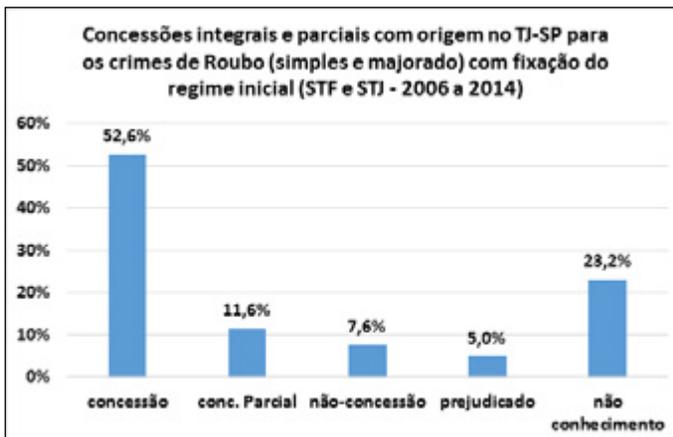
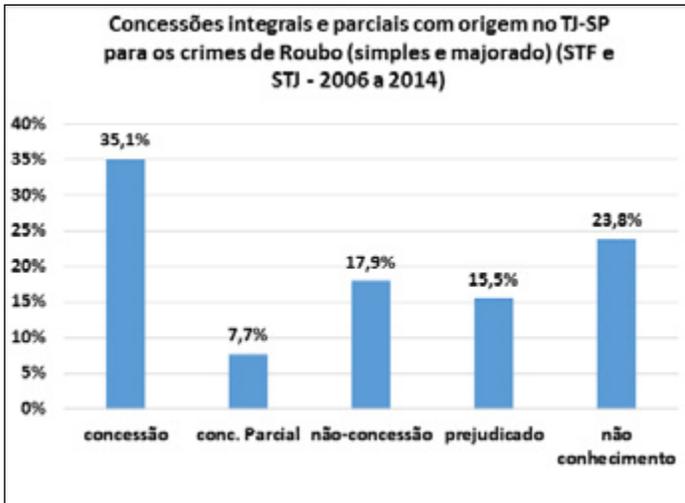
Esse fenômeno é bem claro no STJ, responsável pela alta taxa de reversão das decisões inferiores, o que permite inferir que o STF é protegido de uma avalanche de impetrações graças à atuação do STJ.

Essas taxas de reversão, no entanto, variam conforme a origem (autoridade coatora) dos HCs e RHCs. O TJ-SP, por exemplo, figura com a maior taxa de reversão dentre todos os cinco tribunais de justiça que figuram como as maiores autoridades coadoras perante o STJ e os cinco TRFs considerados em sua totalidade.

32 Os casos em que os Tribunais Superiores decidiram pelo “não conhecimento”, mas posteriormente concederam a ordem *ex officio* serão examinados em capítulo próprio, mais adiante.



A variação é ainda maior se considerarmos tipos penais e temas específicos. No caso específico do TJ-SP, a etapa inicial da pesquisa já havia revelado que a maioria dos HCs impetrados tratava do crime de roubo e que, dentro desses, o tema de maior recorrência era o regime de cumprimento de pena fixado pela sentença.

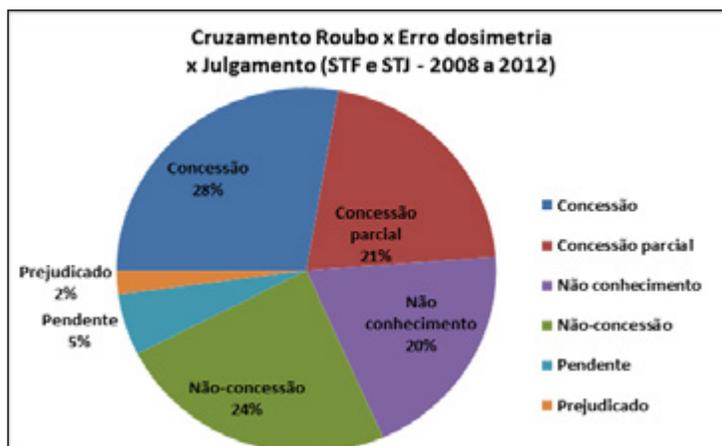
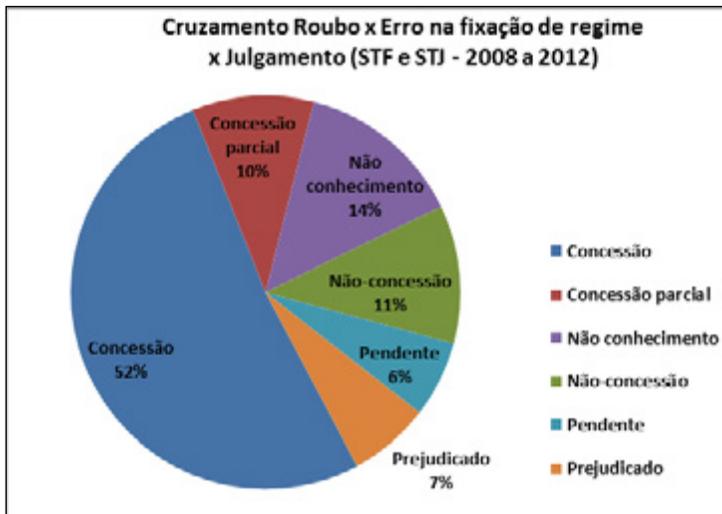


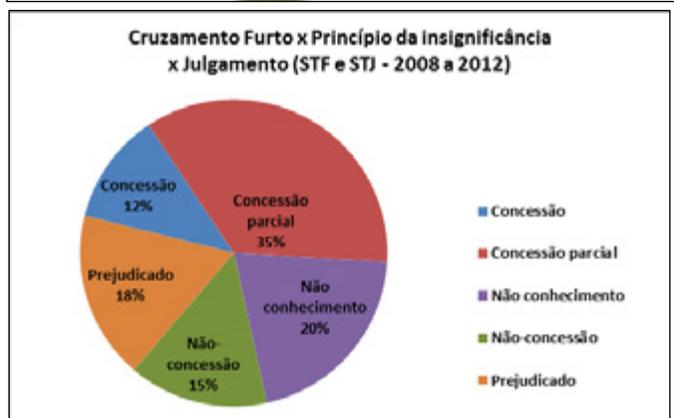
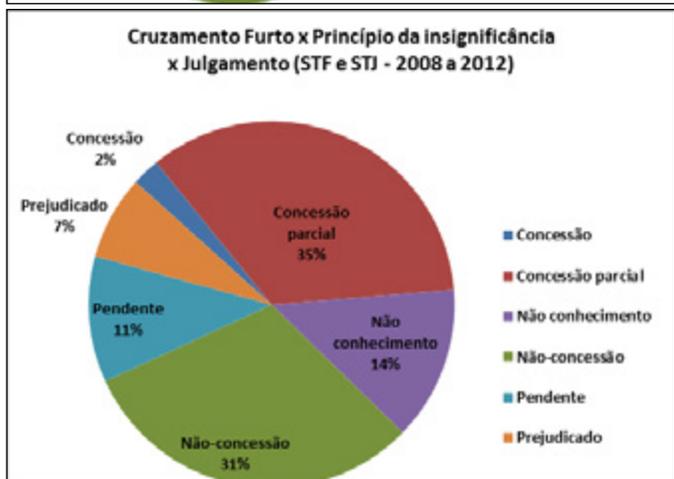
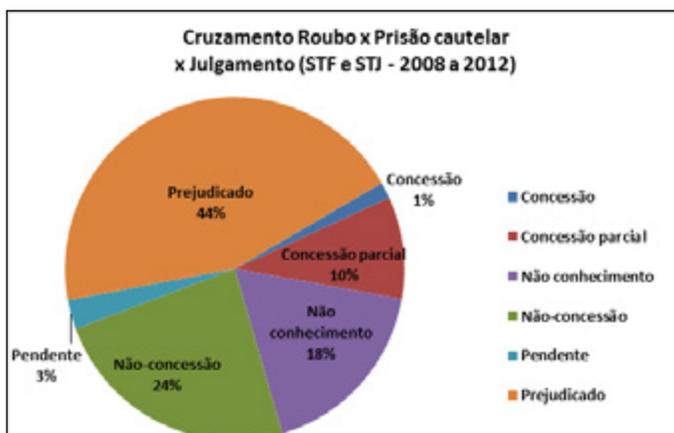
A pesquisa aponta que taxas de reversão ainda mais altas estão associadas a determinados crimes e a determinados temas. Ao se cruzar temas e crimes de maior incidência com o resultado do julgamento, nota-se que a taxa de decisão favorável ao paciente (concessão e concessão parcial) é muito superior às taxas médias de concessão.

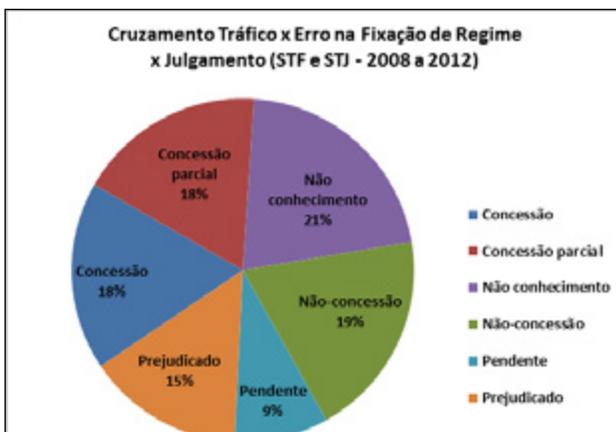
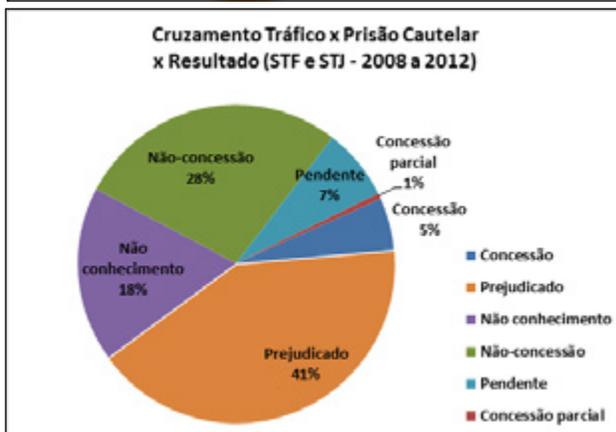
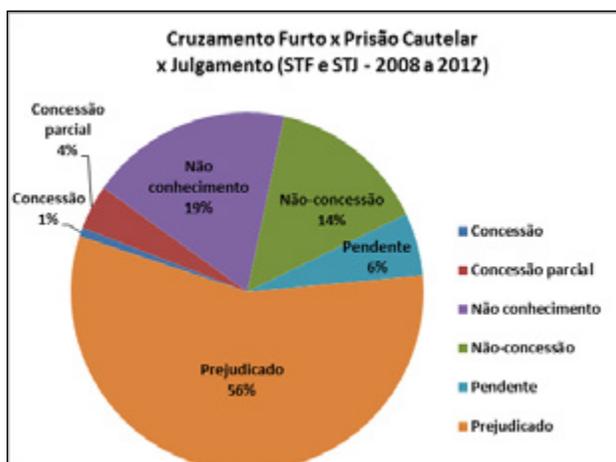
O caso da combinação “roubo” + “erro na fixação do regime inicial de cumprimento da pena” obteve uma taxa média de sucesso da ordem de 62% dos casos. Trata-se de uma taxa de concessão de

HCs e RHCs extremamente alta, considerando que a matéria já fora apreciada tanto na primeira como na segunda instâncias.

Isso indica que uma grande quantidade de casos versando sobre os mesmos temas e crimes é objeto de contínua apreciação pelos Tribunais Superiores. O grande afluxo de casos semelhantes deveria ter reduzido ao longo do tempo, caso as cortes de segunda instância aplicassem decisões com base nos mesmos parâmetros dos Tribunais Superiores.









A mesma informação está resumida na tabela a seguir.

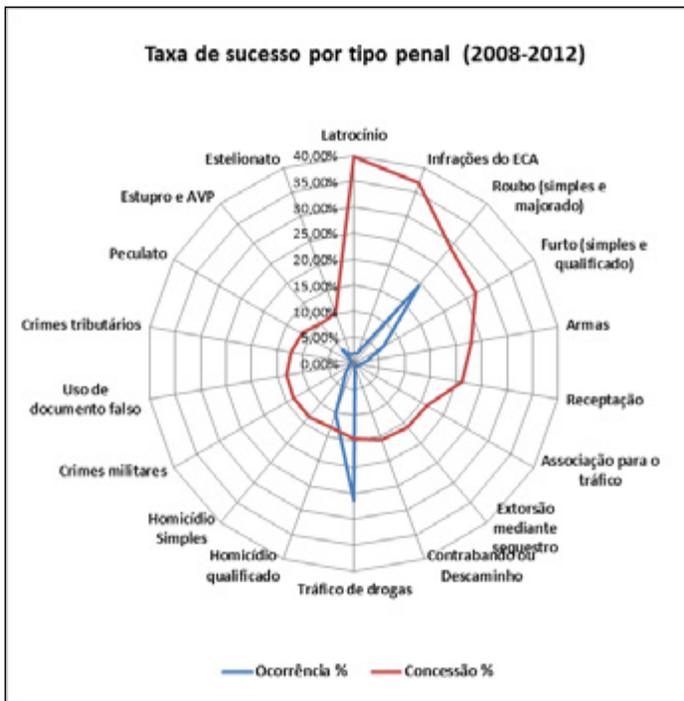
| Cruzamento "Crime" e "Tema" por Resultado | Concessão (integral e parcial) | Não concessão | Não conhecimento | Pendente | Prejudicado |
|---|--------------------------------|---------------|------------------|----------|-------------|
| Roubo e Erro na Fixação de Regime Inicial | 62% | 11% | 14% | 6% | 7% |
| Roubo e Erro na Dosimetria | 49% | 24% | 20% | 5% | 2% |
| Roubo e Fundamentação da Prisão Cautelar | 11% | 18% | 24% | 3% | 45% |
| Furto e Princípio da insignificância | 37% | 14% | 31% | 11% | 7% |
| Furto e Erro na Fixação de Regime Inicial | 47% | 15% | 20% | --- | 18% |
| Furto e Fundamentação da Prisão Cautelar | 5% | 19% | 15% | 6% | 56% |
| Tráfico e Erro na Fixação de Regime Inicial | 36% | 21% | 20% | 9% | 15% |
| Tráfico e Fundamentação da Prisão Cautelar | 6% | 28% | 18% | 7% | 41% |
| Tráfico e Excesso de prazo na Prisão | 4% | 22% | 17% | 3% | 54% |

Os dados indicam com precisão quais as situações em que as decisões dos tribunais de segunda instância divergem da jurisprudência já consolidada pelo STJ. Por se tratar de tema mais sensível à análise do caso concreto, o tema da prisão cautelar apresenta as menores taxas de sucesso. Com efeito, entre os crimes com maior recorrência nas impetrações perante o STF e o STJ é sempre a combinação com o tema da prisão cautelar que aparece

associada a uma taxa de fracasso (não concessão) inferior à taxa de sucesso (concessão integral e parcial). Nesses casos, o resultado mais comum é “Prejudicado”¹⁰.

A pesquisa também permite mostrar quais crimes têm taxas de concessão mais altas. No entanto, como a quantidade de HCs e RHCs para cada crime varia, taxas muito altas podem estar associadas a um pequeno número de casos.

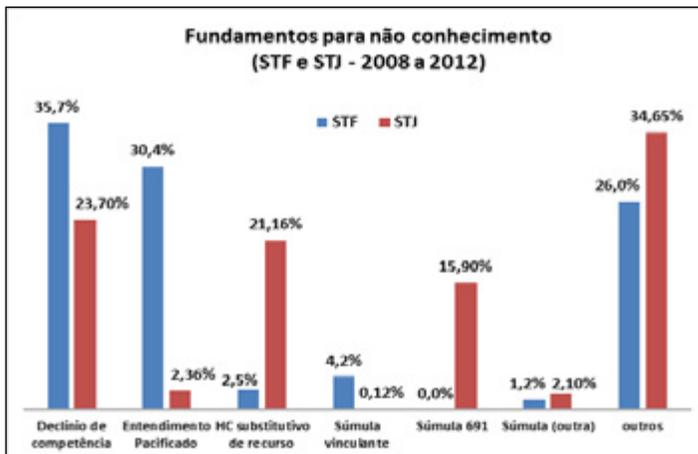
O gráfico a seguir apresenta os crimes com maior taxa de concessão – foram discriminados apenas aqueles com taxa de concessão superior a 10% – associados ao percentual de sua ocorrência nos tribunais.



33 O julgamento “prejudicado” geralmente indica que o pedido formulado no HC ou RHC não era mais necessário ou cabível, em razão das mudanças nas circunstâncias de fato como, por exemplo, a contestação sobre uma prisão preventiva que se transforma em definitiva devido ao trânsito em julgado de uma condenação.

Assim, não obstante o crime de latrocínio possua uma taxa de sucesso de quase 40% (considerado o total de HCs e RHCs envolvendo o crime de latrocínio que foram julgados), trata-se de um crime de pequena incidência (menos de 2% do total de casos). Além dos 18 crimes³⁴ representados no gráfico a seguir, houve concessões de ordem para outros 108 crimes. Nesses casos, a média de concessão foi de 15,2%.

Também se buscou identificar as principais razões para o não conhecimento das impetrações nos Tribunais Superiores. No acumulado entre 2008 e 2012, esse tipo de decisão representou 37,78% dos julgamentos de HCs e RHCs no STF e 19,98% dos julgamentos no STJ. Embora o não conhecimento de HCs substitutivos de RHCs seja alto no STJ, representa uma parcela pequena no STF.



A categoria “outros” como fundamento para não conhecimento dos HCs e RHCs inclui situações de supressão de instância (fundamentos alegados na impetração não tinham sido objeto da decisão atacada), reiteração de pedido anteriormente formulado, pedidos que não envolvem restrição ou ameaça à liberdade de locomoção (como pedidos de assistência judiciária gratuita, devolução de bens apreendidos ou confiscados e ainda

34 Em alguns casos, houve agrupamento de crimes, como roubo simples e majorado, furto simples e qualificado, estupro e atentado violento ao pudor, crimes militares e crimes tributários (com exceção do crime de contrabando e descaminho).

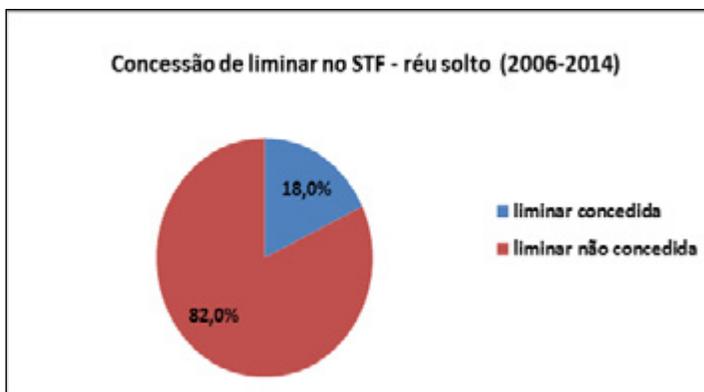
questões ligadas à perda de cargo público), pedidos que demandam produção probatória (alegação de suspeição de magistrado para julgar o processo originário), ausência de peças necessárias ao exame do pedido (significando a necessidade da pré-constituição da prova a ser juntada ao *habeas corpus*), impetração em favor de pessoa jurídica, entre diversas outras situações.

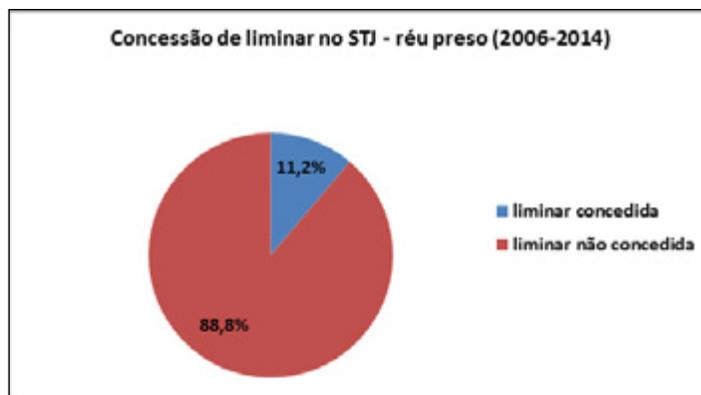
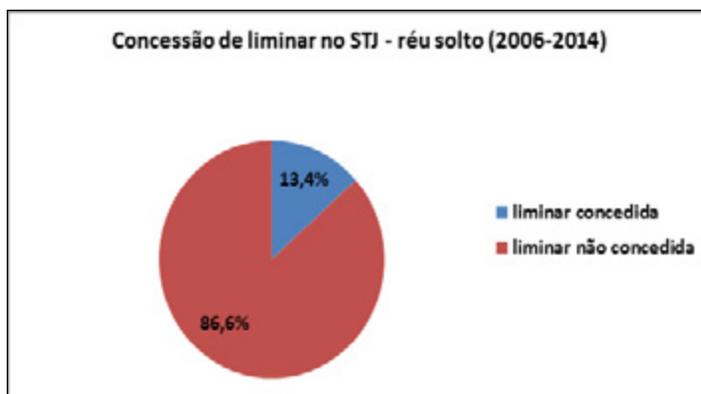
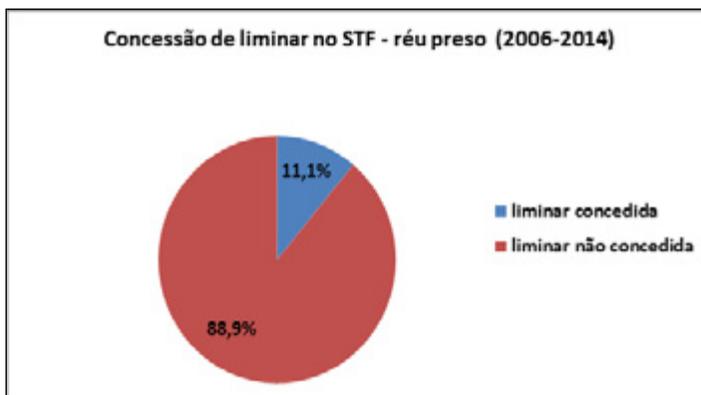
Conclusões parciais

A pesquisa indica uma alta taxa de concessão de HCs e RHCs no STJ fortemente impactada pelas concessões ocorridas em combinações específicas de crimes e temas já identificados como as principais causas do grande número de impetrações. Dessa forma, os resultados da variável “julgamento” somam-se aos resultados das variáveis “crime” e “tema” para indicar os pontos nevrálgicos do crescimento de HCs e RHCs no período pesquisado, os quais serão objeto das propostas constantes do Capítulo 5 deste livro.

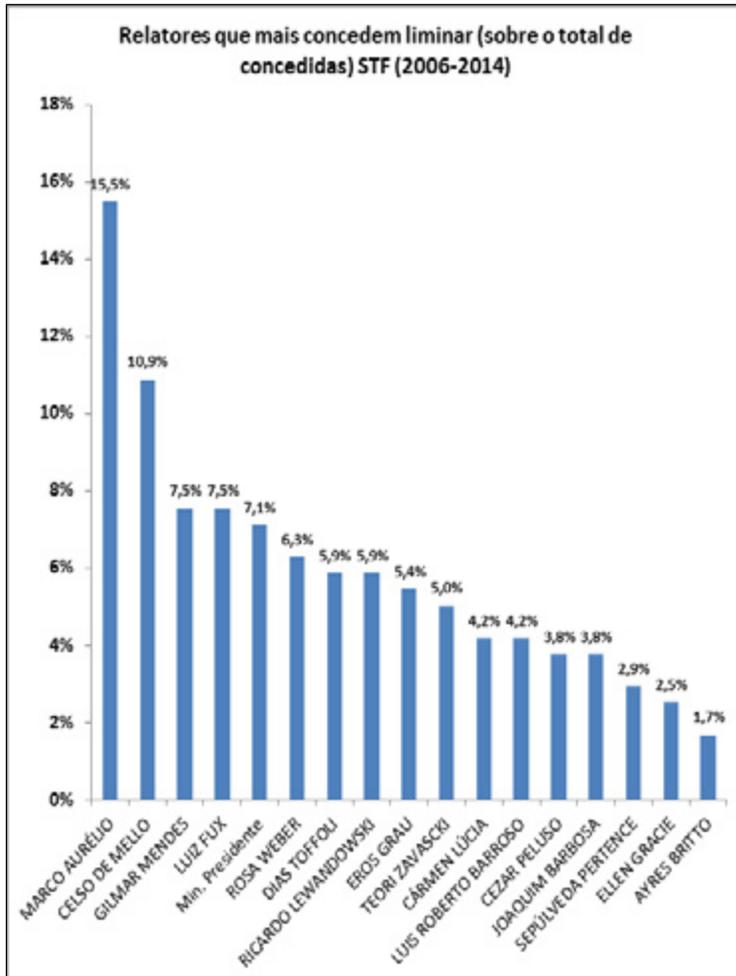
3.4 Liminar

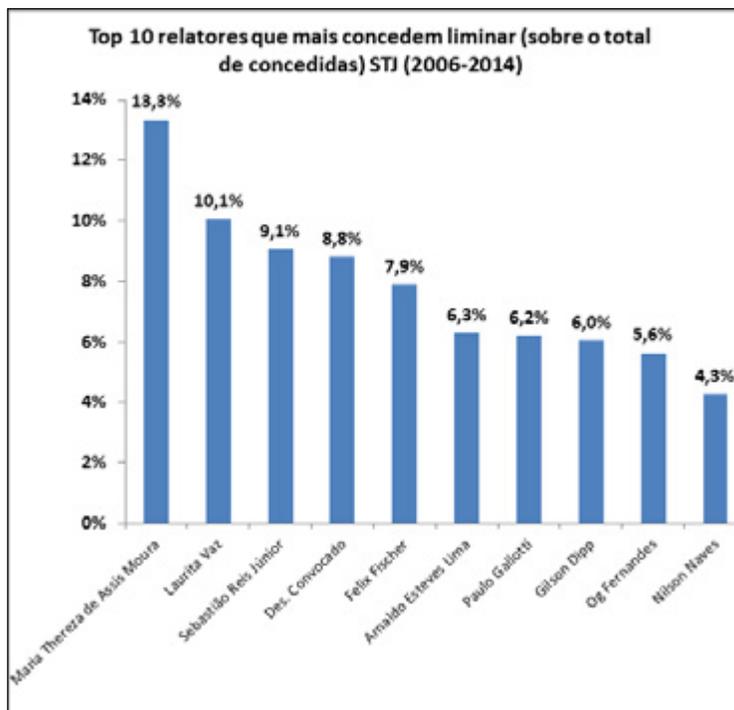
Uma das variáveis incluídas pela equipe de pesquisa trata da concessão de medidas liminares em sede de HC e RHC nos Tribunais Superiores. Verificou-se um percentual baixo de concessão de liminares, bem inferior aos das taxas de concessão. Um dado relevante, contudo, é o fato de não haver grande correlação entre a concessão de liminares e a situação do paciente (se preso ou solto) no momento da impetração.





A taxa de concessão de liminares oscila bastante relativamente aos ministros relatores dos HCs e RHCs, seja no STF ou no STJ, como se verifica dos gráficos a seguir.





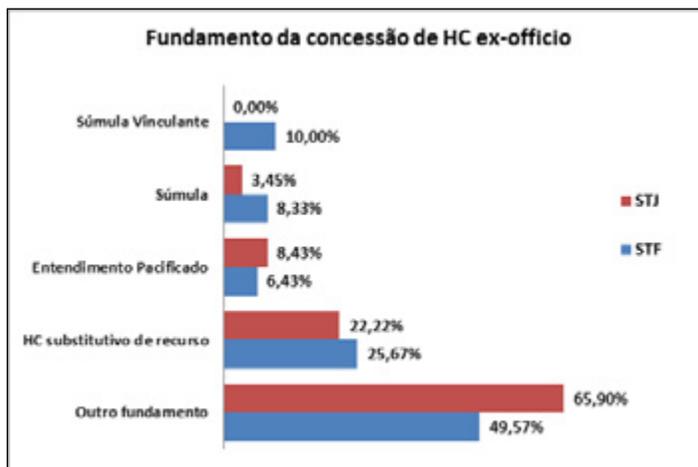
3.5 Concessão *ex officio*

Com a mudança de orientação jurisprudencial no sentido de não conhecimento de impetrações substitutivas de recurso, houve crescimento nas concessões de ordem *ex officio*. Isso significa que embora o *habeas corpus* não tenha sido conhecido, houve concessão da ordem. No STJ, esse crescimento é constante e chega a quase 20% dos casos de não conhecimento, ao passo que no STF houve crescimento acentuado no ano de 2011.



Dado o crescimento das concessões de ordem em caso de não conhecimento, a pesquisa buscou identificar quais os fundamentos utilizados nessas concessões. Veja-se que a concessão em casos de HCs não conhecidos por serem substitutivos de RHCs é maior do que fundamentos normalmente relacionados à concessão *ex officio* (matéria sumulada ou de entendimento pacificado).

Esse alto percentual indica um funcionamento irregular do sistema em que a atuação do Judiciário sem ter sido provocado é bastante excepcional.



Não se questiona aqui a importância da concessão de ordem *ex officio*¹². Ao contrário. Se o Código de Processo Penal dá aos magistrados poderes para determinarem medidas cautelares sem que as partes tenham requerido, com muito mais razão determinou a cessação de constrangimento à liberdade de locomoção – mesmo quando o fundamento para essa concessão não tenha sido expressamente formulado pela parte¹³.

Contudo, a partir da decisão da primeira turma do STF no julgamento do *habeas corpus* nº 109.956, publicada em 11 de setembro de 2012 – que repercutiu imediatamente nos demais órgãos julgadores do STF e nas quinta e sexta turmas do STJ –, o mecanismo do não conhecimento passou a ser largamente empregado para que os tribunais selecionassem quais HCs seriam julgados e quais não, sem o risco de que estes últimos figurassem como ações “pendentes” na estatística dos casos ajuizados.

35 A possibilidade de concessão da ordem de *habeas corpus ex officio* remonta ao Código de Processo Criminal de 1832: “Art. 344. Independentemente de petição qualquer Juiz pôde fazer passar uma ordem de - *Habeas-Corpus - ex-officio*, todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, ou ao menos de uma testemunha jurada, que algum cidadão, Official de Justiça, ou autoridade publica tem ilegalmente alguem sob sua guarda, ou detenção”, tendo sido reiterada no Código Criminal de 1890: “Art. 48. Independentemente de petição, qualquer juiz ou tribunal federal pôde fazer passar uma ordem de *habeas-corpus ex-officio* todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento, por prova instrumental ou ao menos deposição de uma testemunha maior de excepção, que algum cidadão, official de justiça ou autoridade publica tem ilegalmente alguem sob sua guarda ou detenção”.

36 “Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público. (...) § 2º Os juizes e os tribunais têm competência para expedir de oficio ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguêm sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.”

Conclusões parciais

A prática de “não se conhecer formalmente”, mas “conhecer materialmente” a impetração disfarça o problema enfrentado pelos tribunais em razão do volume de *habeas corpus*. Embora o efeito seja o mesmo para o paciente (que a ação ajuizada cumpra seu papel de pôr fim à ilegalidade que pesava sobre a liberdade do indivíduo) não o é para outros fins.

Com efeito, uma vez que se concede a ordem – ainda que *ex officio* –, essa “solução” não será capaz de diminuir a maior parte do grande volume de impetrações, pois permanece o incentivo positivo à impetração. Por outro lado, essa prática produz os seguintes “efeitos colaterais”: (1) mascara a real estatística da taxa de sucesso dessa classe de ação; (2) cria um espaço de discricionariedade dos integrantes dos Tribunais Superiores para selecionarem quais impetrações “não conhecidas” serão, na verdade, conhecidas e providas; (3) gera insegurança nos jurisdicionados, na medida em que não se tem clareza acerca do cabimento ou não daquela ação. Por fim, essa solução tampouco enfrenta as verdadeiras causas do aumento exponencial das impetrações de HCs e RHCs, mas ataca apenas o “sintoma da doença”.

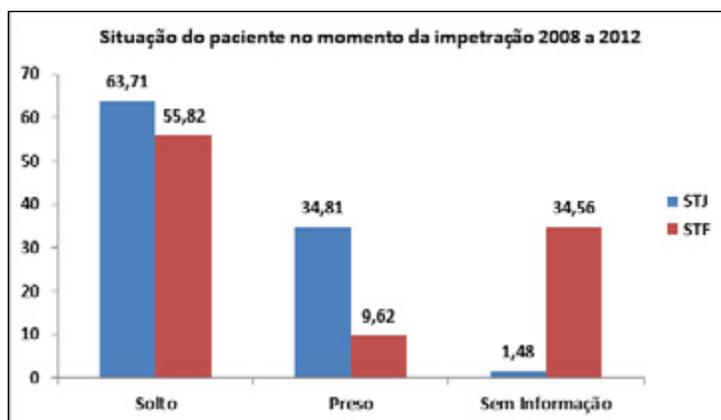
3.6 Situação do paciente no momento da impetração

A questão acerca da situação do paciente no momento da impetração apresenta um grau menor de precisão da pesquisa devido à forma de obtenção da informação. Enquanto o STJ assinala claramente no andamento eletrônico do processo qual a situação do paciente (se preso ou solto), o STF não faz nenhum registro dessa importante informação.

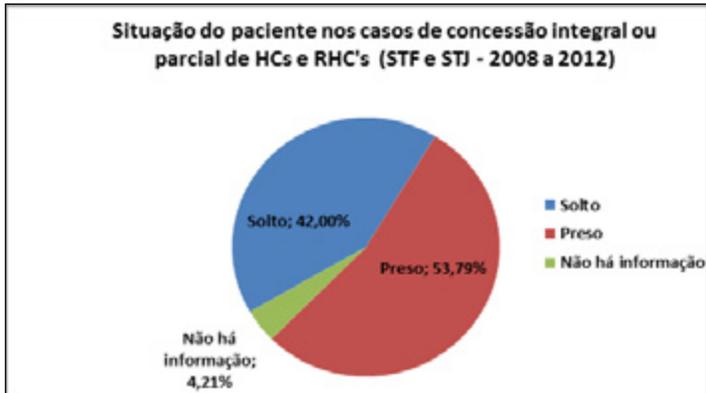


Por conseguinte, os pesquisadores foram orientados a marcar “paciente preso” sempre que o site do STJ indicava essa situação (e, ao contrário, marcar paciente solto nos demais casos). Na hipótese da leitura do HC indicar inconsistência entre a informação do STJ e a situação relatada durante a leitura do acórdão, deveriam fazer a marcação correspondente à situação revelada pela leitura do acórdão.

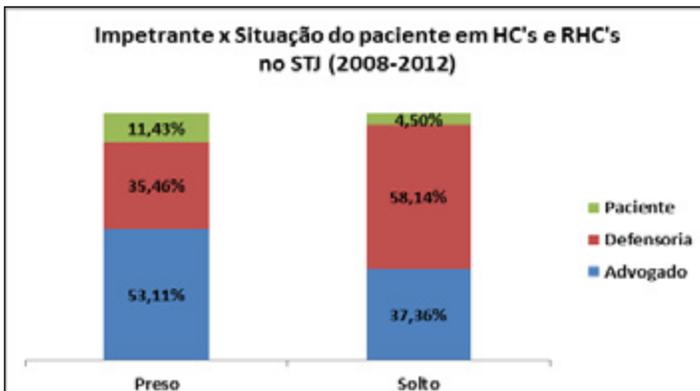
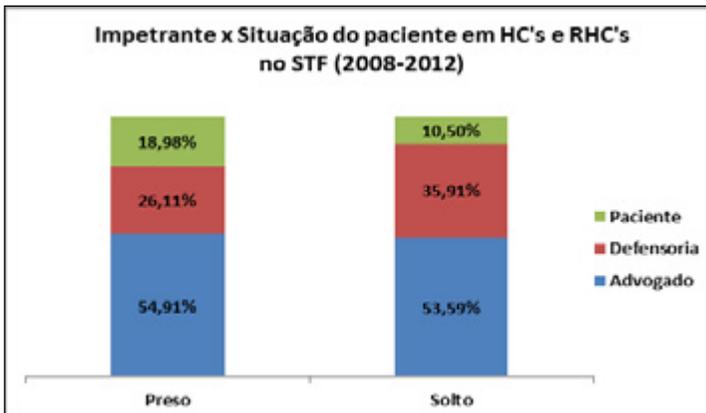
Já nos casos do STF, a informação deveria ser buscada exclusivamente na leitura do acórdão e, em caso de não haver nenhuma informação a respeito, marcar “sem informação”.



Se, como visto antes, a taxa de concessão de liminares para pacientes presos é inferior à de soltos, quando se trata da decisão final, os presos apresentam uma taxa mais elevada de vitória.



Ainda no que tange à situação do paciente no momento da impetração, a pesquisa constatou que a maioria das impetrações em favor de presos é feita por advogados, seja no STF, seja no STJ.



Conclusões parciais

A taxa de concessão de HCs e RHCs é maior quando o paciente está preso e a maior parte das impetrações de pacientes presos é feita por advogados.

3.7 Órgão decisório

Entre os efeitos perversos do alto número de HCs e RHCs nos Tribunais Superiores, talvez esteja a violação à lógica do julgamento colegiado. Afinal, nos tribunais, o juiz natural da causa não é o Relator, mas o órgão colegiado¹⁴.

No entanto, constata-se que o mecanismo introduzido originalmente no art. 557, §1ºA, do Código de Processo Civil¹⁵ (criado para permitir uma decisão rápida em casos de manutenção da decisão de primeira instância que esteja de acordo com a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores) foi, incorporado ao Regimento Interno do STF¹⁶ e passou a ser utilizado majoritariamente nas decisões em sede de HC e RHC, com o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional.

Enquanto juízes decidem monocraticamente e cortes de segundo grau contam, geralmente, com três desembargadores, os Tribunais Superiores se beneficiam de proferirem decisões debatidas por cinco experientes profissionais. Pode-se dizer que a essência das cortes superiores – e sua vantagem em relação à primeira instância e mesmo à segunda instância – é o julgamento

37 O Regimento Interno do STJ, na parte que disciplina o julgamento de *habeas corpus*, prevê o julgamento monocrático exclusivamente para os casos de manifesta inadequação da medida: “Art. 210. Quando o pedido for manifestamente incabível, ou for manifesta a incompetência do Tribunal para dele tomar conhecimento originariamente, ou for reiteração de outro com os mesmos fundamentos, o Relator o indeferirá liminarmente”. O Regimento Interno do STF não é diferente, prevendo a decisão monocrática em casos de incompetência manifesta do Tribunal (art. 13, V, a, do RISTF).

38 “Art. 557. O Relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.” (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17/12/1998.)

“§ 1º-A - Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o Relator poderá dar provimento ao recurso.” (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17/12/1998.)

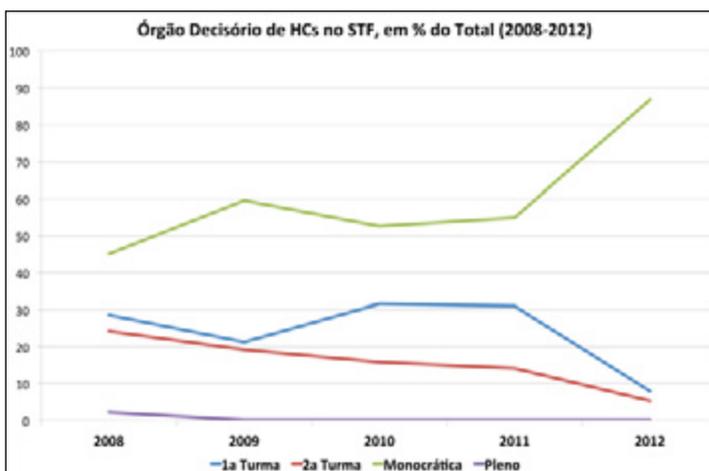
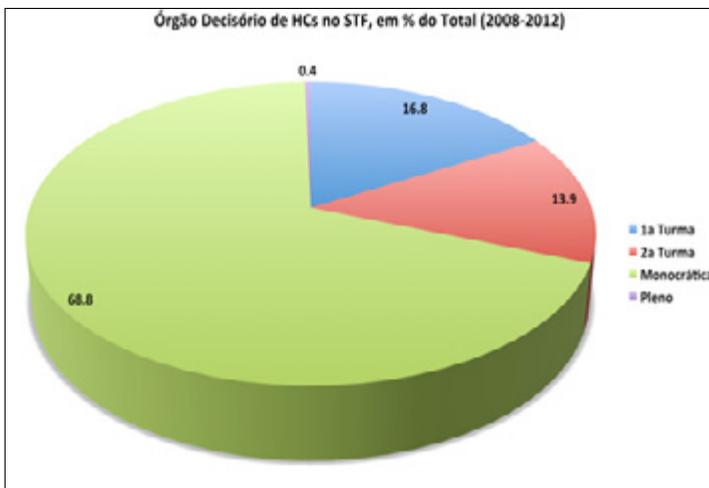
“§ 1º - Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o Relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento”. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17/12/1998.)

39 “RISTF, Art. 192 (com a redação dada pela Emenda Regimental nº 30/2009) – Quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, o Relator poderá desde logo denegar ou conceder a ordem, ainda que de ofício, à vista da documentação da petição inicial ou do teor das informações.”

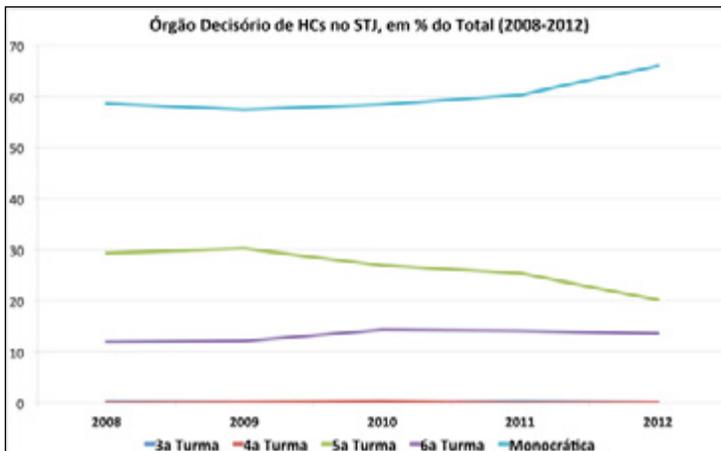
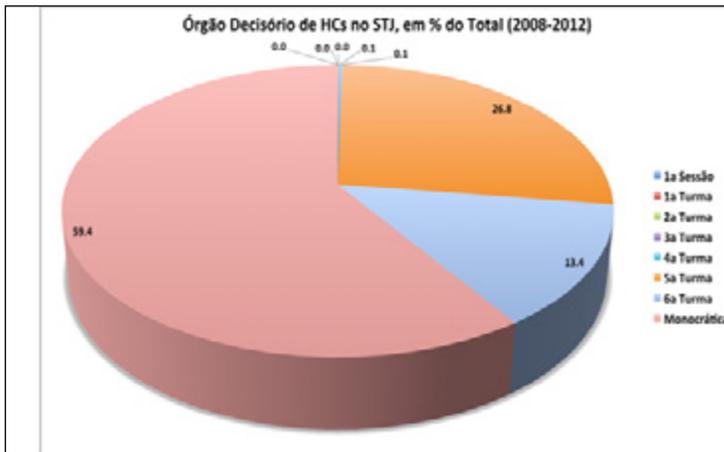
por cinco ministros.

No entanto, a pesquisa constatou altíssimo percentual de decisões monocráticas em sede de HCs e RHCs, com preocupante crescimento nos últimos anos.

Tal fenômeno ocorre tanto no âmbito do STJ como do STF, sendo certo que neste último tribunal houve um acentuado crescimento no ano de 2012 quando, como se sabe, o STF dedicou-se ao julgamento da ação penal nº 470 (o caso Mensalão) com sessões quase diárias do Tribunal Pleno.



Se no STF a situação é dramática – em 2012 o percentual de julgamentos monocráticos alcançou quase 90% de todos os julgamentos em HCs e RHCs –, no STJ a situação não é diferente, embora seja um pouco melhor.



Não há dúvida de que a prestação jurisdicional célere é um objetivo a ser perseguido. Seja porque a decisão tardia submete o paciente por mais tempo ao eventual constrangimento ilegal que lhe é imposto pelo Estado, seja porque se trata de um

dever constitucionalmente imposto ao Poder Judiciário pela Constituição¹⁷. No entanto, a substituição do juiz natural (Órgão colegiado) empobrece a decisão e retira do indivíduo o direito de ter seu caso debatido pelos principais representantes do Judiciário brasileiro.

Além disso, o julgamento monocrático introduz uma variável que afeta a isonomia do julgamento, já que a taxa de sucesso nos Tribunais Superiores passou a estar submetida a uma variável incompatível com a prestação jurisdicional: a sorte. Por fim, a falta de discussão das questões jurídicas levadas ao STF e STJ em sede de HC e RHC impede a formação de uma jurisprudência dominante no âmbito dos Tribunais Superiores.

Conclusões parciais

A racionalização dos trabalhos no âmbito das cortes superiores deve ser capaz de compatibilizar uma justiça célere (e, portanto, efetiva) com a garantia do juiz natural e a isonomia nos julgamentos. Essa é, certamente, uma das principais justificativas para que se repense a forma de acesso a esses tribunais em sede de HC. Diminuir a taxa de julgamentos monocráticos também assegurará maior homogeneidade nas decisões dos Tribunais Superiores, reforçando o conceito de jurisprudência e facilitando a utilização de precedentes como fundamento da decisão.

17 “Art. 5º, LXXVIII - A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Capítulo 4

Pesquisa Qualitativa

Finda a análise quantitativa, foi possível identificar os principais crimes e temas em discussão nos Tribunais Superiores. A partir de então, todos os julgados relativos a esses crimes e temas foram reexaminados, dessa vez, para que se identificassem as questões jurídicas subjacentes.

Com efeito, desde o início da pesquisa, uma das premissas com que se trabalhou foi a de que um alto número de concessões de HCs e RHCs nos Tribunais Superiores indicaria um mau funcionamento dos tribunais de segunda instância no sentido de que continuavam a decidir impetrações contrariamente à jurisprudência em situações que já haviam sido examinadas pelos Tribunais Superiores. A identificação dessas questões é necessária para que se possa apontar exatamente quais os aspectos em que as interpretações dos Tribunais Superiores não têm sido seguidas.

4.1 Crime de roubo e erro na dosimetria

A principal questão envolvendo o crime de roubo e o tema da dosimetria da pena diz respeito ao emprego de arma de fogo para incidência da causa de aumento prevista no art. 157, §2º, I do Código Penal.

Na maioria dos *habeas corpus* alegando erro na dosimetria da pena do crime de roubo, a defesa aponta a necessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para aplicação da causa de aumento relativa ao emprego de arma.

A pesquisa identificou que essa questão originou-se, sobretudo, de controvérsia nas decisões do próprio STJ. Com efeito, o entendimento predominante na sexta turma era da

imprescindibilidade da apreensão e perícia¹.

No entanto, em 2011 a terceira seção do Tribunal definiu, por quatro votos a dois, não ser necessária a apreensão e a realização de perícia em arma para que incida o aumento da pena por uso de arma em roubo se outras provas evidenciarem o seu emprego. Desde então, o entendimento predominante é o de que a apreensão e perícia da arma de fogo são dispensáveis, sendo suficientes outros meios de prova, como o depoimento da vítima ou prova testemunhal.

Antes de 2011, a principal argumentação era no sentido de que a necessidade de apreensão e perícia da arma de fogo seria consequência lógica da revogação da Súmula nº 174 do STJ (que autorizava a exasperação da pena mesmo que empregada arma de brinquedo).

No entanto, a tese vencedora no julgamento da terceira seção foi no sentido de que a potencialidade lesiva da arma poderia ser presumida, uma vez comprovado seu emprego. E que, não sendo encontrada a arma para que se fizesse a perícia, caberia ao réu a prova em contrário da potencialidade lesiva da arma (ou, mais especificamente, a ineficácia da arma empregada). Esse entendimento encontrou respaldo em caso julgado pelo STF (HC 96099).

Contudo, a questão do uso de arma parece não estar completamente resolvida pelo STJ.

Enquanto, em alguns julgamentos, a arma desmuniada foi considerada justificativa para a causa de aumento², em outros se considerou necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva, não podendo ser aplicada a causa de aumento sem essa comprovação³. Também é necessário um entendimento mais firme sobre a questão da aplicação da causa especial de aumento quando a arma é apreendida, mas a perícia não é realizada⁴.

A segunda questão jurídica mais debatida foi o aumento de

41 Nesse sentido: HC 122580; HC 157509; HC 106235; HC 143224; HC 160211; HC 161836; HC 162303; HC 178731; HC 134177; HC 98234; HC 158.489; HC 161.836; HC 190.831; HC 146.183; HC 161.539; HC 156.553; HC 162.539; HC 157.574; HC 233.358; HC 157.509; HC 141.444; HC 152.538; HC 190194; HC 190217; HC 186624; HC 178484; HC 176705; HC 126515; HC 138544 HC 182396; HC 117409; HC 169143; HC 248514; HC 159978; HC 142604; HC157643; HC157574.

42 Nesse sentido, vejam-se, por todos, os HC 222527 e HC 181281, do STJ.

43 Nesse sentido, vejam-se, por todos, os HC 110880, HC 156760 e HC 106926, do STJ.

44 Nessa hipótese, o entendimento mais recente é o de que não pode incidir causa de aumento nesse caso: HC 142766, do STJ.

pena além do percentual mínimo de 1/3. Grande parte das decisões reformadas pelo STJ diz respeito ao percentual de aumento na terceira fase da dosimetria quando há mais de uma majorante.

As impetrações sustentavam ser necessária uma fundamentação adequada para o aumento da pena além do mínimo definido no tipo penal, refutando a tese de que a presença de mais de uma circunstância de aumento da pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que sejam constatadas particularidades que indiquem a necessidade da exasperação.

A questão foi pacificada com o advento do verbete nº 443, da súmula do STJ, em 2010: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.”

A terceira questão predominante nesse tipo de impetrações foi a necessidade de fundamentação adequada para fixar a pena-base acima do mínimo legal. Em diversas ocasiões⁵, o STJ reverteu decisões de tribunais de segunda instância que mantinham a exasperação da pena-base com fundamento em expressões vagas e imprecisas como “dolo intenso” ou “péssimos antecedentes”, por considerar necessária a fundamentação do aumento em elementos concretos.

No mesmo sentido, muitas impetrações se insurgiam contra exasperações de pena com base em inquéritos policiais e ações penais em curso⁶. Essa questão também foi sumulada em 2010: “Súmula 444: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Por fim, outra questão jurídica relevante tratava da compensação entre reincidência e confissão espontânea. Embora houvesse divergência quanto à possibilidade da atenuante da confissão compensar a agravante da reincidência⁷, a questão foi

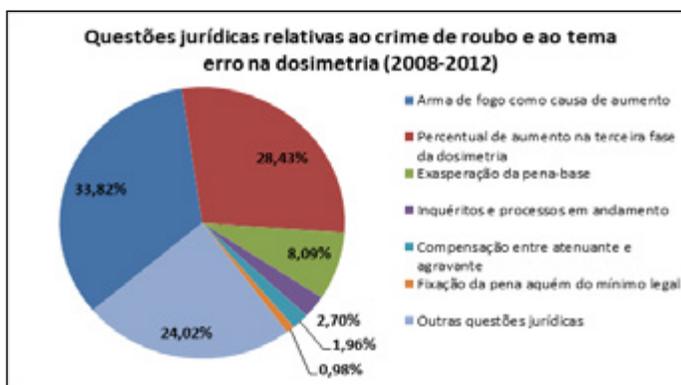
45 Exemplos paradigmáticos: HC 155641; HC 126929; HC 204117; HC 162672; HC 142766; HC 142498; HC 223694; HC 107135; HC 178484; HC 138544; HC 168292; HC 224367; HC 225486; HC 177620; HC 125608; HC 192658; HC 107557; HC 107620; RHC 96952; RHC 112940; RHC 115429; HC198666 e HC 173944, todos do STJ.

46 Por exemplo: HC 194702, HC 145451, HC 137076, HC 165424, HC 155137, HC 114802, HC 262569 e HC 241582.

47 Veja-se, por todos, acerca do entendimento que a reincidência prevalece sobre a atenuante o HC 135537, do STJ.

resolvida pela terceira seção em 2012⁸, pacificando a tese de que a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes e se compensam.

A categoria “outras questões jurídicas” inclui ocorrências de pequena recorrência (necessidade da posse pacífica do bem após o emprego de ameaça e subtração da coisa, fixação da pena abaixo do mínimo legal e situações em que o emprego de arma de fogo no roubo aparecia associado a outros crimes, como tráfico de drogas, o que impediu o agrupamento, dada a diferenciação das hipóteses fáticas), bem como as impetrações em que, não obstante se julgasse o crime de roubo com o tema erro na dosimetria, o resultado do julgamento estivesse pendente ou tivesse sido julgado prejudicado.



4.2 Crime de roubo e erro na fixação do regime inicial de cumprimento da pena

Na maioria dos casos levados aos Tribunais Superiores acerca dessa combinação “crime” + “tema”, as decisões contestadas em sede de HC condenavam o réu ao cumprimento inicial de pena em regime fechado com base na periculosidade do

48 O *leading case* dessa questão é o acórdão proferido nos Embargos de Divergência em recurso Especial (Eresp) nº 1.154.752/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, julgado em 23/5/2012, DJe 4/9/2012. No mesmo sentido, vejam-se ainda os seguintes julgados: HC 217249-RS, HC 130797-SP, HC 250701-SP, HC 143303-DF, HC 242774-SP, HC 199858-DF, HC 169281-MS, ERESP 1042712, Resp. 1341370.

agente ou na gravidade abstrata do delito de roubo, a despeito da regra do art. 33, § 2º autorizar, pelo critério da pena definitiva, que se inicie em regime semiaberto.

Essa questão jurídica aparecia associada, por vezes, aos casos em que não existiam outras circunstâncias desfavoráveis que acentuassem a culpabilidade do réu, senão a violência inerente ao próprio tipo penal. Essa matéria, contudo, já fora sumulada pelo STF em 2003 (Súmulas 718 e 719 do STF) e ainda pelo STJ em 2010, no Enunciado nº 440⁹.

Dessa forma, o altíssimo percentual de concessão desses HCs e RHCs foi facilmente identificado: a resistência dos tribunais inferiores de aplicarem os enunciados 718 e 719, da súmula do STF, posteriormente reafirmado pelo verbete nº 440, da súmula do STJ. Portanto, não obstante já fosse entendimento sumulado que a gravidade abstrata do delito não é fundamentação idônea para imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, por diversas vezes os Tribunais Superiores se viram obrigados a julgar HCs e RHCs apenas para reafirmar sua jurisprudência.

A tese repudiada pelos Tribunais Superiores (e recorrente nas fundamentações dos tribunais de segunda instância) é a de que o regime fechado é o único compatível com a gravidade do delito de roubo e da periculosidade presumida dos autores desse tipo de crime. No entanto, as discussões que antecederam as súmulas nos Tribunais Superiores já apontavam que as circunstâncias invocadas pelas instâncias ordinárias são próprias ao delito de roubo em concurso de agentes e com o emprego de arma.

Infere-se que o juízo acerca da periculosidade do agente – previsto na Lei nº 6.416/77, expurgada do ordenamento na Reforma Penal realizada pela Lei nº 7.209/1984 – ainda é largamente empregado por magistrados de primeiro e segundo grau de jurisdição.

A solução, entretanto, parece simples. Uma vez que se identifica altíssima carga de repetição de casos em que as instâncias ordinárias utilizam fundamentação sem amparo legal, contrária às súmulas dos Tribunais Superiores, para estabelecer um regime

49 Súmula nº 440, STJ: “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”. Súmula nº 718, STF: “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”; Súmula nº 719, STF: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

inicial de pena mais gravoso, parece ser o caso de se reforçar o entendimento pacificado pelo STJ e STF, transformando esse tema em objeto de súmula vinculante.

4.3 Crime de furto e princípio da insignificância

Esta análise busca identificar os parâmetros que estão sendo utilizados na aplicação do princípio da insignificância pelos Tribunais Superiores em casos de furto, tendo em conta julgados de HCs e RHCs nos Tribunais Superiores com a finalidade de dar maior clareza para os magistrados de primeiro e segundo grau e mais segurança jurídica para os indivíduos. Acredita-se que essa questão jurídica que suscita muitas impetrações poderá ser sensivelmente reduzida se tais parâmetros forem sumulados.

Embora a jurisprudência já tenha pacificado quais vetores devem ser analisados para incidência do princípio da insignificância – a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada –, o fato é que ainda há uma margem muito grande de incerteza nessa aplicação.

Ao longo dos cinco anos examinados (2008-2012), não parece haver nenhum padrão que demonstre uma tendência à uniformização das decisões na aplicação do princípio da insignificância a favor de uma. Pelo contrário, decisões contrastantes invocam os precedentes mais convenientes à sua decisão independente de decisões opostas em períodos equivalentes em casos similares. São dois os principais fatores de divergência na aplicação do princípio da insignificância.

O principal foco de divergência parece estar na reprovabilidade da conduta do agente quando há inquéritos ou ações penais em andamento, quando este é reincidente ou possui maus antecedentes, ou ainda quando há indícios de continuidade na prática dessa conduta.

As decisões oscilam entre aquelas que não consideram tais características pessoais no juízo de tipicidade da conduta e aquelas que o fazem. De acordo com essa segunda corrente, considerar a conduta atípica poderia gerar um incentivo à prática de crimes de baixa lesão jurídica.

Afirma-se ainda que, mesmo que cada furto individualmente possa ter um valor irrelevante, quando vários furtos cometidos pelo mesmo agente são somados, eles ultrapassariam um limite aceitável para a incidência do vetor da inexpressividade da lesão jurídica⁵⁰.

Todavia, importante registrar uma inconsistência dessa tese com a jurisprudência pacificada nos próprios Tribunais Superiores acerca das características do agente. Como visto anteriormente, tanto STJ como STF rechaçam a tese de que inquéritos ou ações penais em andamento possam justificar aumento de pena - uma vez que o princípio da presunção de inocência impede que se dê efeitos jurídicos prejudiciais ao indivíduo a questões jurídicas ainda pendentes de decisão final. No entanto, na aplicação do princípio da insignificância, a corrente que sustenta ser necessário examinar as características do agente leva em consideração, além da reincidência e dos maus antecedentes, a simples existência de inquéritos em andamento.

Por outro lado, há vários julgados tanto no STJ como no STF que apresentam fundamentação oposta, no sentido de que é preciso estabelecer um critério objetivo para a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, devendo o crime de bagatela ser julgado sem se considerar a personalidade do autor do crime, a reincidência e os maus antecedentes⁵¹ e muito menos incidentes penais pendentes de decisão final.



50 Mesmo quando o valor do furto é inequivocamente insignificante, a reincidência é critério suficiente para afastar o princípio da insignificância. No HC 229.451, do STJ, por exemplo, o caso versava sobre furto de material elétrico no valor R\$ 20,00 (considerado inexpressivo como lesão jurídica), mas a prática reiterada de furtos pelo agente foi considerada contrária ao vetor do reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta.

51 No HC 140.341/STJ, o desembargador convocado Celso Limongi assevera que “com referência às condições pessoais do paciente, frise-se que o princípio da bagatela exclui a tipicidade, de tal sorte que aspectos subjetivos, o que inclui a reincidência, são irrelevantes para a aplicação ou não do standard. Uma vez excluído o fato típico, não há crime, de maneira que carece de utilidade a análise dos atributos pessoais do agente, sob pena de se criar um direito penal do autor e não dos fatos”.

Vê-se, portanto, que há uma grande divisão nos Tribunais Superiores acerca do tema, sendo razoável sugerir que o tema seja objeto de maior debate para que se possa reduzir o grau de incerteza nas decisões e dar maior segurança jurídica à aplicação desse princípio.

A segunda questão jurídica mais discutida quando se trata de aplicação da insignificância em casos de furto diz respeito ao valor do bem subtraído. Se o princípio da insignificância afasta a tipicidade material sob a premissa de que o Direito Penal não deve intervir em casos de lesões irrelevantes a bens jurídicos tutelados, é necessário que se tenha um parâmetro mais uniforme do que caracteriza uma lesão jurídica inexpressiva, estabilizando-se a jurisprudência.

No entanto, no conjunto dos HCs e RHCs examinados, verifica-se, em grande parte, uma incerteza quanto ao valor que pode ser tido como irrelevante no crime de furto, embora possam-se notar alguns limites nos extremos dessa área cinzenta. Excluindo-se os casos em que a incidência do princípio da insignificância foi afastada por outros motivos além do valor financeiro do furto, temos os seguintes dados:

- O valor máximo de consideração da inexpressividade da lesão foi de R\$ 90,00 (HC 94.770/STF: furto de instrumento musical). Até esse valor, todos os casos julgados foram considerados insignificantes.
- O caso de não concessão com valor mais baixo foi de R\$ 98,80 (HC 122.306/STJ: furto de 26 embalagens de goma de mascar).
- O maior valor em que foi concedido o princípio da insignificância foi de R\$ 200,00 (HC 110.717/STF: furto de aparelho celular).

Verifica-se que a área em que há maior variação de decisões para valores similares se encontra entre R\$ 100,00 e R\$ 200,00, levando-se em conta a totalidade dos HCs analisados. No entanto, parece haver uma tendência em considerar os furtos dentro desse

valor como insignificantes⁵².

Por outro lado, há resistência nos Tribunais Superiores a utilizar exclusivamente o valor do bem subtraído para aferição da expressividade da lesão. Quando outros bens jurídicos são afetados, devem ser levados em consideração⁵³.

Considerando-se o salário mínimo atual (R\$ 724,00), os valores mencionados demonstram uma tolerância de 13,8% a 27,6% do salário mínimo. Todavia, se esses valores forem analisados em razão dos respectivos anos em que os furtos foram cometidos, os valores alcançam até 40% do salário mínimo. Dessa forma, poderia se considerar, levando em conta os valores levantados, a fixação de um critério objetivo para a incidência do princípio da insignificância em até 40% do salário mínimo vigente à época do fato.

4.4 Crime de furto e prisão cautelar

A falta de fundamentação idônea é a causa mais comum nas impetrações. Como a maioria dos casos que chegam ao STJ é prejudicada, pela concessão da liberdade ou por sentença condenatória, a análise do mérito é apenas incidental. O principal fundamento para decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem pública. A alegação da defesa é de que o juiz fundamentou a prisão de forma genérica e abstrata, com base nos seguintes argumentos:

O motivo que mais aparece associado à manutenção da prisão preventiva pelo juiz como garantia da ordem pública é a reiteração criminosa. O STJ vem entendendo, por meio da sua terceira seção, inexistir constrangimento ilegal quando a prisão estiver fundamentada na necessidade da medida para as garantias da ordem pública. As decisões do STJ e do STF são no sentido de que a reiteração criminosa é elemento concreto, fundamento

52 Também foi aplicado o princípio da insignificância nos seguintes pedidos: HC 155.991/STJ (R\$ 180,00), HC 109.363/STF (R\$ 180,00), HC 104.828/STF (R\$ 130,00), HC 191.166/STJ (R\$ 119,70), HC 227.454/STJ (R\$ 110,60), HC 163.004/STJ (R\$ 100,00), HC 123.592/STJ (R\$ 100,00), HC 186.728/STJ (R\$ 100,00).

53 Apenas para fins de ilustração desse conceito, pode-se citar o caso do HC 182.884/STJ em que o réu furtara um botijão de gás (no valor de R\$ 40,00) de uma escola e, por isso, prejudicara a merenda dos alunos da instituição; e o caso do HC 229.783/STJ em que o réu teria furtado 70 m de fio de cobre de uma concessionária elétrica, prejudicando seus usuários e configurando-se um dano financeiro que extrapolava o da vítima direta do crime

idôneo capaz de afastar a alegação de constrangimento ilegal⁵⁴.

Tais julgados, no entanto, não são unânimes ao apontar quais seriam os elementos concretos que caracterizariam a reiteração delitiva, sendo possível identificar diferentes fundamentos como: inquéritos ou ações penais em andamento, condenação anterior, reincidência; indicativos de que a prática delituosa era reiterada, como circunstâncias semelhantes de lugar e próximas no tempo e o modo de execução das práticas delituosas; a possibilidade real e concreta de reiteração futura; a periculosidade do agente.

No que tange a não concessão de liberdade provisória – seja pela conversão automática da prisão em flagrante em preventiva, seja pelo não enfrentamento da questão pelo juiz, contrariando o art. 310, CPP – , houve perda de objeto⁵⁵ pela concessão da liberdade pelas instâncias inferiores ou por superveniente sentença condenatória na totalidade dos casos examinados.

Aqui, pode-se apontar um descompasso entre o tempo do processo, a utilização da prisão cautelar e as condenações em regimes diferentes do fechado. Ademais, verificou-se que, em muitas situações, o paciente era denunciado por furto qualificado, mas sentenciado em furto simples, de modo que a prisão cessava justamente no momento da condenação, criando-se uma situação inusitada: enquanto é presumidamente inocente, o paciente estava preso; quando foi considerado culpado e condenado, foi solto.

Outra questão jurídica muito discutida é a desproporcionalidade da decretação da prisão cautelar em face do prognóstico da sentença condenatória. O argumento da defesa é de que não é razoável que o paciente aguarde preso uma sentença que não o condenará ao regime fechado e, portanto, que fique em situação mais gravosa ao longo do julgamento do que a que lhe seria imposta em uma eventual condenação. Também há divergência nos Tribunais Superiores a respeito dessa tese.

Em alguns julgados, decidiu-se que a prisão cautelar se justifica desde que presentes os requisitos do art. 312 do

54 HC 199.854/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, quinta turma, DJe 1/2/2012; HC 105834, Rel. Min. Gilmar Mendes, segunda turma, DJe 20/5/2011; HC 119.391/CE, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, sexta Turma, DJe 8/6/2011; HC 236.177/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, quinta turma, DJe 1/8/2012; HC 113.470/MS, Rel. Min. Og Fernandes, sexta turma, DJe 22/3/2010).

55 O reconhecimento da perda do objeto deve-se a vários fatores como a liberdade concedida pelo juiz de primeiro grau ou ainda pelo tribunal no curso do processo, a condenação com expedição de alvará de soltura e até pela absolvição.

Código de Processo Penal⁵⁶. Outros julgados acolhem a tese defensiva de que no caso de furto, ainda que qualificado, não se justificaria prisão provisória mais gravosa que a definitiva⁵⁷.

Importante destacar ainda que, com o advento da Lei nº 12.304/2011, foram criadas medidas cautelares diferentes da prisão preventiva (art. 319, CPP). É certo que a modificação legislativa foi introduzida apenas em maio de 2011, entrando em vigor apenas em julho de 2011 e abrangendo apenas 30% do período pesquisado. No entanto, mesmo depois dessa alteração ainda se identificaram impetrações com o fundamento de que o juiz não optou por medida cautelar diversa da prisão preventiva e que sua insuficiência ou incompatibilidade deve ser demonstrada, não obstante a lei seja taxativa ao exigir tal fundamentação (art. 282, § 6º, CPP “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”).

Diversas impetrações também abordavam prisões cautelares decorrentes de sentenças condenatórias não transitadas em julgado. Trata-se de tema que se acreditava pacificado na jurisprudência - em observância ao princípio da presunção de inocência. Em todo caso, essa foi uma das hipóteses em que as decisões se baseavam no entendimento pacificado pela decisão do Plenário do STF⁵⁸.

Por fim, alguns casos discutem a mera referência à reincidência do paciente como fundamento para a decretação da prisão preventiva. O STJ vem entendendo que a exclusiva menção da reincidência não é fundamentação capaz de manter a custódia cautelar⁵⁹.

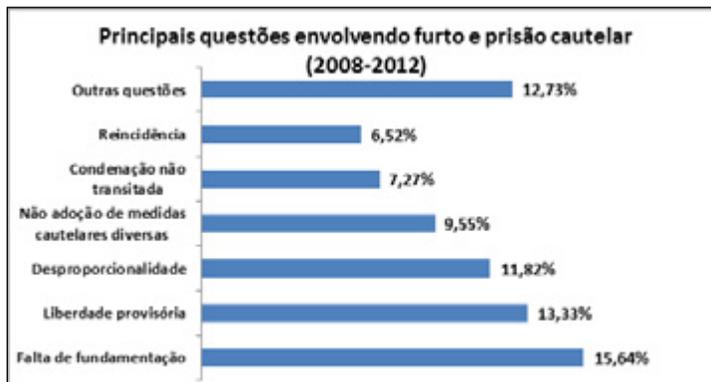
A categoria “outras questões” reuniu os casos em que o tema era muito peculiar, os não conhecidos em que não houve nenhuma decisão digna de interesse e os pendentes de decisão.

56 Veja-se, nesse sentido, o HC 219472, com menção dos precedentes.

57 Nesse sentido, HC 112552/HC 139582; HC 244526; HC 212779; HC 238466; HC 219472; HC 203140; HC 230882; HC 247085; HC 112552, todos do STJ.

58 STF, HC 84078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. em 5/2/2009, DJ e de 25/2/2010

59 Veja-se, nesse sentido, o HC 175109, com menção dos precedentes.



4.5 Crime de tráfico e prisão cautelar

A grande maioria das impetrações nesse caso apontava a deficiência da fundamentação da prisão cautelar, à luz dos requisitos verificados no art. 312 do CPP. Embora a lei assim o exija e a doutrina seja pacífica acerca da impossibilidade de que a mera referência aos requisitos apontados pelo art. 312 do CPP não é suficiente para fundamentar a imposição da prisão cautelar, sendo necessário demonstrar elementos concretos que caracterizem a necessidade da medida excepcional, essa questão encontra muita resistência no âmbito das decisões de primeiro e segundo graus.

De acordo com as impetrações, em vez de demonstrarem a existência concreta de alguma das hipóteses elencadas pelo dispositivo supracitado, a maioria das decisões que determinaram a cautelar constritiva se baseou somente na gravidade em abstrato do delito ou citou genericamente algum destes requisitos, porém sem se preocupar em demonstrar concretamente a sua existência no caso.

Contudo, não obstante o STJ venha afirmando o entendimento de que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas as hipóteses da lei, concretamente demonstradas, o fato é que a maioria dessas impetrações não foi julgada a tempo, restando prejudicadas.

Entre as impetrações que não foram concedidas, a maior

parte decorreu da aplicação do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006²⁰. No entanto, tal dispositivo foi considerado inconstitucional pelo Plenário do STF justamente no julgamento de um *habeas corpus* (HC 104339), em maio de 2012.

Vale frisar que, muito embora o Plenário do STF já tivesse declarado, em HC impetrado pela Defensoria Pública da União (HC 97256), a inconstitucionalidade desse mesmo dispositivo na parte em que proibia expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (também conhecida como pena alternativa) para condenados por tráfico de drogas, a decisão não repercutiu na prisão cautelar, eis que havia expressa vedação à concessão de liberdade provisória no art. 44 da Lei nº 11.343/2006.

Dessa forma, não obstante esse tema fosse muito discutido nas impetrações examinadas, como a pesquisa analisou o período de 2008 a 2012, acredita-se que a mudança de orientação do STF certamente terá o condão de repercutir no crescimento do número de HCs nos Tribunais Superiores, já que temas decididos pelo Plenário podem ser considerados entendimento pacificado e são mais facilmente assimilados por magistrados de órgãos inferiores.

4.6 Crime de tráfico e regime inicial de cumprimento de pena

A principal questão jurídica envolvendo o regime de cumprimento de pena no crime de tráfico era o conflito entre o princípio da individualização da pena e o texto do art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/1990, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, que estabelecia a obrigação de que o cumprimento da pena no crime de tráfico ilícito de entorpecentes fosse iniciado em regime fechado. No entanto, é possível constatar que, ao longo do tempo de duração da pesquisa, importantes mudanças de entendimento nos Tribunais Superiores ocorreram nessa questão jurídica.

A primeira mudança relevante foi tomada pelo Plenário do STF no julgamento do HC nº 97.256/RS, em setembro de 2010, o qual fora impetrado pela Defensoria Pública da União. Nessa ocasião, o STF admitiu a possibilidade da imposição de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, caso restasse caracterizado o menor potencial ofensivo do tráfico, observando-se a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio

60 “Art. 44, Lei nº 11.343/2006. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.”

da individualização da pena. Esse entendimento passou a ser adotado também pela sexta turma do STJ (HC 171005; HC 198970; HC 184973; HC 211942; HC 258284; HC 192216; HC 177693; HC 247426).

A segunda mudança foi a própria declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo (considerado incompatível com os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena) pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, em junho de 2012²¹.

Assim como ocorreu com a questão da prisão cautelar em crimes de tráfico, acredita-se que a mudança de orientação do STF certamente terá o condão de repercutir no crescimento do número de HCs nos Tribunais Superiores.

Conclusões parciais da análise qualitativa

Como se mencionou anteriormente, o crescimento do número de impetrações de HCs e RHCs não é uma “doença”, mas o “sintoma” de uma “doença”. Nesse aspecto, a análise qualitativa revelou, como uma espécie de diagnóstico faria, quais as questões de direito material, processual ou de execução penal que estão envolvidas em maior incerteza jurídica.

Por conseguinte, quaisquer restrições que se façam à utilização do HC não serão capazes de atacar o verdadeiro problema do crescimento dessas ações, apenas de mascará-lo. Ademais, constata-se que boa parte das questões jurídicas levadas ao exame dos Tribunais Superiores decorre do fato de que tribunais de segunda instância não aplicam as súmulas ou entendimentos pacificados pelo STJ e STF, muito embora deva-se registrar que apenas uma dessas questões já era objeto de entendimento sumulado anteriormente ao período pesquisado.

Várias questões foram sumuladas pelo STJ, ou levadas à apreciação do Plenário do STF para declaração de (in) constitucionalidade ao longo do período pesquisado, destacando-se os anos de 2010 e 2012 como mais importantes na fixação de padrões de julgamento.

61 O inteiro teor do acórdão, contudo, só foi publicado em 17/12/2013, cerca de um ano e meio após o julgamento.

| PRINCIPAIS QUESTÕES JURÍDICAS NOS HCS E RHCS | | ENTENDIMENTO PACIFICADO OU SUMULADO |
|--|--|--|
| 1 | Aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, §2º, I, do Código Penal quando não comprovada pela acusação a potencialidade lesiva da arma empregada. | NÃO É necessário pacificar o entendimento sobre essa questão jurídica. |
| 2 | Aumento de pena decorrente de duas ou mais majorantes precisa ser fundamentado com base em argumentos concretos, não bastando a simples referência à presença das majorantes. | SIM Súmula 443, do STJ |
| 3 | Inquéritos e ações penais em andamento não podem ser utilizados para aumentar a pena-base. | SIM Súmula 444, do STJ |
| 4 | É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. | SIM (no STJ) Entendimento pacificado pela terceira seção do STJ (2012). ERESP 1154752. |
| | | NÃO (no STF) Há decisões a favor (HC 101909) e contra (HC 112774) a compensação, preponderando essa segunda orientação. |
| 5 | Não se pode impor regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso do que o previsto no Código Penal sem que haja fundamentação concreta, não bastando a referência à gravidade em abstrato do delito. | SIM Súmula 440, do STJ Súmula 718, do STF Súmula 719, do STF |
| 6 | Aplica-se o princípio da insignificância a condutas praticadas por agente sobre o qual pesam suspeitas da prática de fatos semelhantes, que seja reincidente ou que possua maus antecedentes. | NÃO É necessário pacificar o entendimento sobre essa questão jurídica. |
| 7 | Existe um valor objetivo – expresso em percentual do salário mínimo vigente no momento da conduta – que possa ser utilizado no juízo sobre a tipicidade do crime de furto. | NÃO É necessário pacificar o entendimento sobre essa questão jurídica. |
| 8 | É cabível a prisão preventiva em crimes de furto, uma vez que a pena máxima cominada ao crime admite a substituição por medida restritiva de direitos. Elementos como periculosidade do agente, inquéritos ou ações penais em andamento, existência de condenação interior ou ainda indícios de prática continuada dessa conduta podem embasar a decisão de custódia cautelar. | NÃO É necessário pacificar o entendimento sobre essa questão jurídica. |
| 9 | É possível a concessão de liberdade provisória para acusados da prática do crime de tráfico de drogas. | SIM Decisão do Plenário do STF (HC 104339) declarando a inconstitucionalidade da vedação constante no art. 44, da Lei 11.343/2006. |
| 10 | É possível o cumprimento de pena por crime de tráfico de drogas em regime inicial diferente do fechado. | SIM Decisão do Plenário do STF (HC 111840) declarando a inconstitucionalidade da imposição constante no art. 44, da Lei 11.343/2006. |

Entre as dez questões jurídicas de maior ocorrência nos Tribunais Superiores, metade já é objeto de entendimento pacificado (declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do STF) ou de enunciado sumular. Uma das questões já foi objeto de pacificação no STJ (pela terceira seção), mas ainda não no STF (decisões conflitantes nas turmas, sem apreciação pelo Plenário). Outras quatro questões jurídicas ainda não foram objeto de enfrentamento pelos órgãos máximos do STJ e STF a fim de

uniformização do entendimento.

O fato de que as principais questões levadas a julgamento perante os Tribunais Superiores foram pacificadas (por meio de súmulas ou julgamento pelo Tribunal Pleno do STF) durante o período pesquisado indica que os tribunais têm sido parcialmente capazes de lidar organicamente com o crescimento do número de casos, identificando as questões recorrentes e simulando seu entendimento.

No entanto, parte significativa dessas questões ainda precisa ser enfrentada de modo a sinalizar, com clareza, para as instâncias inferiores, o entendimento a ser seguido.

Capítulo 5

Conclusão e propostas de articulação e integração entre as instituições do sistema de justiça para a melhoria da prestação jurisdicional

O objetivo fundamental desta pesquisa é a apresentação de medidas concretas capazes de aperfeiçoar o sistema de prestação jurisdicional, sem que se inviabilize o acesso à jurisdição nem se limitem direitos e garantias fundamentais. Tais propostas são formuladas adiante com base nos dados coligidos pela equipe de pesquisa e derivam tanto da análise quantitativa como da análise qualitativa.

Antes de apresentar essas propostas, entretanto, é imperioso que se contextualize o problema. O *habeas corpus* é e sempre foi um mecanismo ágil para a proteção da liberdade fundamental. Sua utilização no sistema processual penal brasileiro está indissociavelmente ligada à evolução da cidadania no Brasil e à proteção das liberdades civis.

No início da República, quando as ameaças provinham, sobretudo, do Poder Executivo, os embates entre o STF e o Presidente Floriano Peixoto (geralmente julgando *habeas corpus*) constituíram uma defesa importantíssima para a afirmação das liberdades civis⁶². Igualmente, as ditaduras que assolaram o Brasil nas décadas de 1930-40 e 1960-70 do século passado sofreram importantes limitações pelo Poder Judiciário graças ao manejo dessa ação, chegando ao ponto da ditadura militar editar o famigerado Ato Institucional nº 5/1968, proibindo a utilização de *habeas corpus* para crimes políticos.

Nossa Constituição não autoriza a suspensão da garantia

62 COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Unesp, 2006.

do *habeas corpus* nem mesmo durante a decretação de estado de sítio ou estado de defesa (art. 136 a 141, da CRFB)².

Os dados da pesquisa indicam que, atualmente, as principais questões jurídicas discutidas em sede de *habeas corpus* – ou seja, os atos que representam os maiores riscos à liberdade individual – provêm do Poder Legislativo, mediante a edição de legislações que, posteriormente, são declaradas inconstitucionais (não sem antes gerar volumes enormes de impetrações apontando essa inconstitucionalidade), e também do próprio Poder Judiciário, na medida em que as decisões dos Tribunais Superiores demoram a ser incorporadas pelos magistrados de primeiro e segundo graus, gerando insegurança jurídica e alimentando a espiral de processos nos Tribunais Superiores.

Não se olvida que a liberdade de qualquer membro do Poder Judiciário de decidir a causa a partir de sua livre convicção motivada é fundamental para a saúde do sistema jurídico brasileiro. Trata-se, ademais, do mecanismo mais apropriado para que determinadas opções legislativas sejam amadurecidas a partir dos casos concretos que chegam diariamente às mãos de juízes e desembargadores.

No entanto, amadurecidas essas questões nos diferentes tribunais do país, o sistema depende da uniformização da jurisprudência pelos Tribunais Superiores. E, uma vez que esses tribunais se manifestam também de forma reiterada sobre determinada questão jurídica, a saúde do sistema passa a depender da replicação desse entendimento pelos órgãos de primeira e segunda instâncias. A pesquisa indica que parte do congestionamento dos Tribunais Superiores decorre de ações que pretendem somente a aplicação de entendimentos já pacificados.

Ademais, muitas impetrações decorrem da oscilação da jurisprudência e das divergências entre órgãos do mesmo tribunal superior. A falta de mecanismos que estimulem a uniformização de jurisprudência no âmbito dos próprios Tribunais Superiores também é um fator responsável pelas reiteradas impetrações de HC e RHC. Verificou-se uma pequena queda no número de impetrações tanto no STJ como no STF a partir de 2010, quando o STJ editou oito

63 Narra Eduardo Espínola Filho (*Código de Processo Penal Anotado*. Vol. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956, p. 75) que mesmo sob a vigência da Constituição de 1891, que admitia a suspensão da liberdade de locomoção durante a decretação do estado de emergência, o STF entendeu que poderia ser suspensa a garantia do *habeas corpus*.

novas súmulas em matéria penal⁶⁴, três das quais sobre temas que figuram entre as dez questões mais discutidas naquele Tribunal⁶⁵.

Sabe-se também que o sistema processual penal brasileiro é lento e que essa lentidão se agrava no que diz respeito ao sistema de recursos, seja perante os tribunais de segunda instância, seja perante os próprios Tribunais Superiores. Um recurso pode demorar anos até ser apreciado, e essa questão não pode ser encarada de forma superficial. Especialmente quando trata da liberdade de locomoção do indivíduo. Portanto, não obstante os Tribunais Superiores tenham buscado impedir a utilização do HC como substituto de RHC (no caso do STF) ou de qualquer outro recurso cabível (no caso do STJ), a medida aparenta ser um “remédio” ainda mais perigoso do que a “doença”.

Aliás, historicamente, a impetração do *habeas corpus* perante o STF foi assegurada mesmo em situações que fugiam à competência do mais alto Tribunal do país. O art. 101, inciso I, alínea “h”, da Constituição de 1946 previa que a ordem poderia ser concedida pelo STF se houvesse risco de que a violência à liberdade de locomoção se consumasse antes que o juiz ou tribunal competente pudesse examinar o pedido⁶⁶.

Sob o regime da atual Constituição, o STF possui precedentes inclusive no sentido de abrandar a vedação de *habeas corpus* prevista no próprio texto constitucional (“Art. 142 § 2º Não caberá “*habeas-corpus*” em relação a punições disciplinares militares”)⁶⁷.

64 Súmulas 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444 e 455.

65 Desde então, houve a edição de apenas cinco súmulas em matéria penal, uma em 2011 (Súmula 471), três em 2012 (Súmulas 491, 492 e 493) e uma em 2013 (Súmula 501). Já o STF não edita súmulas em matéria penal desde 2003.

66 Art. 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: [...] h) o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for Tribunal, funcionário ou autoridade cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e quando houver perigo de se consumir a violência, antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido. (Constituição de 1946.) Grifamos.

67 “*Habeas corpus*”. O sentido da restrição dele quanto às punições disciplinares militares (artigo 142, PAR. 2., da Constituição Federal). - Não tendo sido interposto o recurso ordinário cabível contra o indeferimento liminar do “*habeas corpus*” impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça (artigo 102, II, “a”, da Constituição Federal), conhece-se do presente “writ” como substitutivo desse recurso. - O entendimento relativo ao 2º do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia “*habeas corpus*”, não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no 2º do artigo 142 da atual Constituição que e apenas mais restritivo quanto ao âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a limita as de natureza militar. “*Habeas corpus*” deferido para que o STJ julgue o “writ” que foi impetrado perante ele, afastada a preliminar do seu não cabimento. Manutenção da liminar deferida no presente “*habeas corpus*” até que o Relator daquele possa apreciá-la, para mantê-la ou não. (STF - HC 70.648 primeira turma - Rel. Min. Moreira Alves, DJ 4/3/1994).

Por fim, é imperioso frisar que, historicamente, mas, sobretudo, após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, as mais importantes decisões em matéria de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução Penal foram travadas em sede de HCs ou RHCs.

Os *leading cases* (precedentes importantes) e as principais discussões constitucionais em matéria penal (gerando significativas mudanças legislativas a partir de declarações de inconstitucionalidade) foram proferidas pelos Tribunais Superiores graças ao fato de que HCs e RHCs chegavam livremente aos Tribunais Superiores. Nesse aspecto, pode-se dizer que, em matéria penal, o HC é mais salutar para o sistema penal do que as próprias ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Assim, uma vez identificada a questão jurídica subjacente, o sistema já apresenta os mecanismos, ou “remédios”. Se houver concentração de ações ligadas à determinada questão jurídica, uniformiza-se a jurisprudência, edita-se súmula ou, ainda, remete-se a questão ao Plenário do Tribunal para que seja declarada a eventual inconstitucionalidade, na forma da Súmula Vinculante nº 10⁷.

Some-se a isso o fato de que não há, tampouco, debate no âmbito do Poder Legislativo acerca de modificações relevantes desse instituto. Considerando-se projetos apresentados nos últimos vinte anos, só há quatro Projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados que tratem do *habeas corpus*, dois dos quais (PL 8045/2010 e 7987/2010) projetos de reforma integral do Código de Processo Penal, os quais não fazem alterações na utilização dessa ação. O PL 3789/2008 estabelece a preferência do julgamento dos *habeas corpus* na pauta dos tribunais e a PEC 180/2007 modifica a Constituição para admitir *habeas corpus* para punições disciplinares militares. No Senado, o panorama não é diferente, inexistindo qualquer Projeto de Lei que pretenda limitar a utilização dessa ação.

Por fim, o *habeas corpus* também não é objeto de controvérsias doutrinárias nem parece ensejar debate no meio acadêmico. Na ocasião em que este livro foi finalizado (27 de agosto de 2016), a base de dados do CNPq registrava a existência de apenas um grupo de pesquisa no Diretório dos Grupos de Pesquisa do Brasil (<http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/>): justamente o

68 “Viola a cláusula de reserva de Plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

que foi constituído para a realização desta pesquisa⁶⁹.

Feitas essas ponderações, são apresentadas algumas propostas, seguidas de fundamentação, em formato de tabela. Sugere-se fortemente que tais pontos identificados sejam objeto de discussão não só pela comunidade jurídica, mas também pelos próprios integrantes de Tribunais Superiores.

5.1 Propostas formuladas com base na análise quantitativa

Não se considera necessária, nem apropriada, qualquer restrição à impetração de *habeas corpus* substitutivo de qualquer recurso. Não obstante o percentual de casos de não conhecimento por esse fundamento seja alto no STJ (representando 21,16% dos casos de não conhecimento), é relativamente baixo no STF (apenas 2,5% dos casos de não conhecimento).

Afinal, o crescimento dos casos de não conhecimento por esse fundamento também foi acompanhado pelo crescimento, sobretudo no STJ, de concessões de ordem *ex officio*. No STJ, 22,22% de todas as concessões de ordem *ex officio* foram proferidas em casos de HCs não conhecidos por serem substitutivos de recursos. Já no STF, o percentual de concessão de ordem *ex officio* em casos de HCs não conhecidos por serem substitutivos de recursos alcança 25,67%.

Não há dúvida de que a prestação jurisdicional célere é um objetivo a ser perseguido e que o alto número de HCs e RHCs nos Tribunais Superiores contribui para tornar a prestação jurisdicional mais lenta. Embora represente um percentual pequeno – média de 12% dos processos no STJ e 6,18% no STF no acumulado entre 2008 e 2013 –, o julgamento de HCs e RHCs demanda exame mais detalhado do que outras classes de ações como agravos e recursos especiais e extraordinários que podem ser agrupados em listas de julgamento quando tratam de situações juridicamente idênticas. Em matéria criminal, não obstante julguem-se questões de direito, a descrição factual de cada caso é diferente.

Com efeito, essa demora tem ensejado inclusive a impetração de *habeas corpus* pleiteando que seja determinado, justamente, o julgamento de *habeas corpus* impetrado perante

69 <http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhelha.jsp?grupo=0004601QX71AIR&seqlinha=5>. Acesso em 6/2/2012.

outro órgão judicial⁹.

Da mesma forma, o afluxo de milhares de impetrações anualmente tem gerado o efeito perverso de concentrar os julgamentos nos ministros relatores, privilegiando um modelo de decisões monocráticas em vez de decisões colegiadas, violando o direito ao juiz natural e introduzindo um mecanismo que afeta a isonomia dos julgamentos, pois impede a formação de uma jurisprudência dominante no âmbito dos Tribunais Superiores.

Porém, limitar a utilização de uma ação prevista constitucionalmente com a única finalidade de reduzir a quantidade de litígios submetidos ao exame dos Tribunais Superiores é negar o próprio acesso à prestação jurisdicional, garantia constitucional petrificada no artigo 5º da CRFB (inciso XXXV).

5.2 Propostas formuladas com base na análise qualitativa

Proposta nº 1:

Edição de nova Súmula pelo STJ uniformizando os critérios de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo para o crime de roubo.

Opção (a):

“Não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, §2º, I, do Código Penal quando não comprovada pela acusação a potencialidade lesiva da arma empregada.”

Opção (b):

“Aplica-se a causa de aumento prevista no art. 157, §2º, I, do Código Penal, mesmo quando não comprovada pela acusação a potencialidade lesiva da arma empregada.”

70 Nesse sentido, veja-se, por todos, o HC 109825, primeira turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 21.3.2012: “A inexistência de justificativa plausível para a excessiva demora na realização do julgamento de mérito do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de *habeas corpus*. Ordem concedida, para determinar à autoridade impetrada que apresente o *habeas corpus* em mesa na primeira sessão da Turma subsequente à comunicação da presente ordem (art. 664, caput, do Código de Processo Penal c/c art. 202, caput, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça)”.

FUNDAMENTAÇÃO:

O primeiro ponto identificado pela pesquisa como “foco de doença”, ou gargalo da prestação jurisdicional, diz respeito à interpretação da causa de aumento prevista no art. 157, §2º, I, do Código Penal⁷¹.

A insegurança jurídica decorre da contradição entre a impossibilidade de aplicação dessa causa de aumento quando se tratar de uma arma de brinquedo (tema da revogada Súmula nº 174 do STJ) e as decisões do STJ que ora afirmam ser necessária uma perícia para que se avalie a potencialidade lesiva da arma empregada, ora sustentam que se trata de uma prova que incumbe à defesa.

Recomenda-se a opção (a) por ser compatível com a revogação da Súmula nº 174 do STJ, e porque a teoria das provas do Direito Processual Penal dispõe que somente pode ser ônus da parte acusada a prova de fato que seja por ela alegado (art. 156, CPP).

Como a causa de aumento, nesse caso, está relacionada a um fato que deve, obrigatoriamente, constar da acusação, não se mostra adequado que se impute à defesa o dever de produzir essa prova. Mesmo porque se não houver a apreensão da arma, tem-se uma situação de prova impossível. E se não há meios de que essa prova seja produzida, a presunção que se faz a partir de outras provas (testemunhal, no caso) não poderia ser contrária ao acusado (art. 5º, LVII, da Constituição; princípio da presunção de inocência).

71 “Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: (...) § 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade: I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma.”

Proposta nº 2:

Transformação do enunciado 443 da súmula do STJ em súmula vinculante pelo STF.

FUNDAMENTAÇÃO:

Considerando a existência de alto número de impetrações visando simplesmente à aplicação de súmula já editada pelo STJ, sugere-se a transformação desse enunciado, nos mesmos termos em que está redigido, em súmula vinculante pelo STF.

Proposta nº 3:

Transformação do enunciado 444 da súmula do STJ em súmula vinculante pelo STF.

FUNDAMENTAÇÃO: Considerando a existência de alto número de impetrações visando simplesmente à aplicação de súmula já editada pelo STJ, sugere-se a transformação desse enunciado, nos mesmos termos em que está redigido, em súmula vinculante pelo STF.

Proposta nº 4:

Edição de nova súmula pelo STJ acerca da possibilidade de compensação entre agravantes e atenuantes preponderantes.

Opção (a):

“É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.”

Opção (b):

“Não é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.”

FUNDAMENTAÇÃO:

Não obstante o tema já tenha sido pacificado pela terceira seção do STJ no sentido indicado na opção “a”, o STF tem decidido, nos últimos anos, preponderantemente na forma da opção “b”.

Recomenda-se a opção (a), não obstante o Código Penal tenha previsto como circunstâncias preponderantes apenas os motivos determinantes do crime, a personalidade do agente e a reincidência.

Com efeito, a redação do Código Penal, nessa parte, data da reforma de 1984, anterior à promulgação da nova Constituição, que transformou o direito de não colaboração em cláusula pétrea. Com efeito, esse entendimento foi reforçado com as mudanças na lei processual penal (Leis nº 10.792/2003 e nº 11.689/2008), que passou a não mais admitir qualquer prejuízo ao acusado que não desejar prestar depoimento.

Ademais, a confissão do acusado pode ser considerada uma forma de colaboração com a pretensão estatal de punição, a qual vem recebendo tratamento mais vantajoso, sendo uma das condições da delação premiada (Lei nº 9.807/1999, nº 12.529/2011 e nº 12.846/2013, entre outras).

Proposta nº 5:

Transformação dos enunciados 444 da súmula do STJ e 718 e 719 da súmula do STF em súmula vinculante pelo STF.

Sugestão de redação:

“A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea, não bastando como fundamentação apenas a gravidade abstrata do delito.”

FUNDAMENTAÇÃO:

Considerando a existência de alto número de impetrações visando simplesmente à aplicação de súmulas já editada pelo STJ e STF, sugere-se a transformação desse enunciado em súmula vinculante pelo STF.

Proposta nº 6:

Edição de novos enunciados nas súmulas do STJ e STF uniformizando os critérios de aplicação do princípio da insignificância.

Sugestão de redação:

“Não caracterizam o crime de furto as condutas de subtração de bens quando seu valor não ultrapassa 40% do salário mínimo vigente na época do fato, desde que não haja afetação de outros bens jurídicos.”

Sugestão de redação:

“Não se reconhece a insignificância de fatos praticados por agente que já tenha sido condenado por crime doloso.”

Sugestão de redação:

“Inquéritos policiais e ações penais em curso não impedem a aplicação do princípio da insignificância.”

FUNDAMENTAÇÃO:

Embora não tenha sido normatizado, o princípio da insignificância é largamente aceito pela doutrina e amplamente utilizado pelo Poder Judiciário, seja por magistrados de primeiro grau, seja por ministros de Tribunais Superiores. No entanto, a ausência de balizamentos objetivos gera insegurança jurídica e produz impetrações perante as cortes superiores. Não é compatível com as responsabilidades do STF nem do STJ ter de julgar casos que envolvam supostos furtos de tablets de manteiga ou pacotes de biscoito. Para evitar

a reiteração de casos do gênero é necessária a utilização de critérios objetivos.

Proposta nº 7:

Edição de novo enunciado na súmula do STJ uniformizando a possibilidade de prisão preventiva em crime de furto.

Sugestão de redação:

“Não se aplica a vedação da prisão preventiva prevista no art. 312, I, do Código de Processo Penal em casos de prática delituosa reiterada, vedada a fundamentação da prisão com base em inquéritos policiais ou ações penais em andamento, na gravidade abstrata do crime ou na periculosidade do agente.”

FUNDAMENTAÇÃO:

Como constatado na pesquisa, as decisões do STJ e do STF são no sentido de que a reiteração criminosa é elemento concreto e fundamento idôneo para a decretação da custódia cautelar, mesmo em crimes cuja pena máxima não seja superior a quatro anos (caso do furto simples). No entanto, a redação proposta reduz a insegurança jurídica afastando argumentos que vêm sendo rechaçados pelos Tribunais Superiores.

Não foram formuladas sugestões para os temas de liberdade provisória em caso de tráfico de drogas e cumprimento da pena em regime inicial diferente do fechado em condenações por tráfico de drogas na medida em que essas questões já foram objeto de declaração incidental de inconstitucionalidade pelo tribunal pleno do STF (HC 104339 e HC 111840, respectivamente).

Repercussões da pesquisa

Por se tratar de pesquisa aplicada, envolvendo diversos atores institucionais diferentes (Tribunais Superiores, tribunais de segunda instância, advogados e defensores públicos), foram realizadas diversas apresentações para discussão dos resultados iniciais, parciais e finais.

A primeira delas foi uma apresentação reservada seguida de debate ocorrida na Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP), no dia 16 de outubro de 2013. O encontro contou com a participação do coordenador, prof. Dr. Thiago Bottino, do assistente de pesquisa, prof. Msc. Ivar Hartmann e de dois pesquisadores. Participaram ainda diversos defensores públicos, entre eles o 1º Subdefensor Público Geral, a Defensora Pública Coordenadora do Núcleo de 2ª Instância e Tribunais Superiores, os defensores responsáveis pelo escritório da DPESP em Brasília, a coordenadora de pesquisa da DPESP, os defensores coordenadores da área de *habeas corpus* da DPESP, além de outros defensores públicos. Nessa ocasião também estiveram presentes representantes do Ipea e do MJ.

A segunda experiência foi uma apresentação reservada seguida de debate no Superior Tribunal de Justiça, em 25 de novembro de 2013, da qual participaram, além do coordenador e do assistente da pesquisa, o coordenador-geral de Estudos e Pesquisas Normativas da Secretaria de Assuntos Legislativos e nove ministros daquela corte¹, oito dos quais integrantes das quinta e sexta turmas (que possuem competência), ocasião em que expuseram seus pontos de vista, contribuindo para a análise dos dados colhidos. Encerrada a primeira etapa da pesquisa, foram feitas mais oito apresentações, duas das quais em eventos internacionais:

72 Ministros Og Fernandes (que até pouco tempo antes integrava uma das turmas criminais), Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze (Presidente da quinta turma), Maria Thereza de Assis Moura, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Regina Helena Costa, Ricardo Villas Bôas Cueva, Rogério Schietti Cruz e Sebastião Alves dos Reis Júnior (Presidente da sexta turma).

(1) em 16 de maio de 2014, no Tribunal de Justiça de São Paulo;

(2) em 20 de maio de 2014, na sede do Conselho Federal da OAB;

(3) em 28 de maio de 2014, na Escola de Direito de São Paulo da FGV;

(4) em 2 de junho de 2014, no Superior Tribunal de Justiça;

(5) em 4 de agosto de 2013, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro;

(6) em 29 de agosto de 2014, no 20º Seminário Internacional do IBCCRIM;

(7) em 21 de outubro de 2014, na Conferência Nacional da OAB; e

(8) em 21 de novembro de 2014, na Harvard Law School.

Além disso, foram produzidos diversos trabalhos acadêmicos com base nos dados coligidos, cumprindo assim o papel do projeto “Pensando o Direito” de envolver a academia na discussão das políticas públicas para o aperfeiçoamento do funcionamento do sistema de justiça:

AMARAL, Thiago Bottino Do; HARTMANN, Ivar Alberto M. “Radiografia do *habeas corpus* no STJ”. Boletim IBCCRIM, v. 246, p. 2, 2013.

AMARAL, Thiago Bottino Do: “*Habeas Corpus*: garantia constitucional ou panaceia universal?”. Boletim IBCCRIM, v. 253, p. 10, 2013.

AMARAL, Thiago Bottino Do: “*Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores: pontos para reflexão e debate”. Boletim IBCCRIM, v. 262, p. 2-4, 2014.

AMARAL, Thiago Bottino Do: “*Habeas Corpus* nos Tribunais Superiores – propostas para reflexão”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 112, 2015.

Não obstante, considero que as repercussões mais importantes tenham ocorrido justamente no plano da atuação prática dos atores institucionais envolvidos. Na medida em que os resultados da pesquisa passaram a ser conhecidos, ocorreram importantes mudanças na forma como se via a questão dos *habeas corpus*.

Um bom exemplo dessa modificação mais significativa é a entrevista concedida pelo ministro Marco Aurélio ao site Consultor Jurídico no final do ano de 2014, depois de realizadas dez apresentações seguidas de discussão do relatório final da pesquisa: o responsável pela mudança de orientação no STF afirmou “*Se arrependimento matasse, hoje eu estaria morto*”⁷³, referindo-se à restrição ao conhecimento das ações de HC.

Já o ministro do STJ, Rogério Schietti Cruz, em apresentação na XXII Conferência Nacional dos Advogados, utilizou-se dos dados coligidos pela pesquisa para propor uma mudança na jurisprudência daquele tribunal⁷⁴.

Esse o impacto real é/foi imediato característico das pesquisas empíricas de caráter aplicado.

73 <http://www.conjur.com.br/2014-dez-21/entrevista-marco-aurelio-ministro-supremo-tribunal-federal>. Acesso em 6/2/2012.

74 <http://docslide.com.br/documents/xxii-conferencia-nacional-dos-advogados-rio-2014-habeas-corporis-e-violacoes-ao-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-rogerio-schietti-ministro-do-superior.html>. Acesso em 6/2/2012.

Este livro foi produzido pela FGV Direito Rio composto com a família tipográfica Gotham e impresso em papel offset, no ano de 2016.

“A valia de uma obra está no conjunto de informações nela contido. O professor Thiago Bottino do Amaral, unindo o magistério à advocacia, revela preocupação com o embate entre a proteção da liberdade e a restrição ao cabimento da ação constitucional do habeas corpus. [...] Em época de crise, impõe-se guardar princípios e valores. Ao discorrer sobre a dinâmica na utilização da ação constitucional, desvendando temas e fundamentos, enfrenta o desafio ímpar de propor modificações de justiça criminal, a partir de elementos que o compõem. A seriedade do propósito o credencia no meio acadêmico. A certeza é do acolhimento deste trabalho por todos comprometidos com o aprimoramento da prestação jurisdicional e, mais precisamente, com a almejada justiça.”

Ministro Marco Aurélio Mello

 **FGV DIREITO RIO**

