

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 9 | n. 1 | janeiro/abril 2018 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP - um estudo empírico quantitativo*

The impact on the Brazilian prison system of the Supreme Court's change of the precedent on the execution of criminal convictions before the trial of appeals to superior courts – a quantitative empirical study

Ivar A. Hartmann**

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)

ivarhartmann@gmail.com

Clara Iglesias Keller***

Universidade Estadual do Rio de Janeiro (Brasil)

claraigk@gmail.com

Como citar este artigo/*How to cite this article*: HARTMANN, Ivar A.; KELLER, Clara Iglesias; CHADA, Daniel; VASCONCELOS, Guilherme; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Letícia; CHAVES, Luciano; BARRETO, Matheus; CORREIA, Fernando; ARAÚJO, Felipe. O impacto no sistema prisional brasileiro da mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre execução da pena antes do trânsito em julgado no HC 126.292/SP – um estudo empírico quantitativo. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 399-426, jan./abr. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.22393

* Agradecemos os comentários às versões anteriores desse estudo feitos por Thiago Bottino, Cláudio Pereira de Souza Neto, Thais Lima e Gilmar Mendes.

** Professor da Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). Coordenador do projeto Supremo em Números. Doutor em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela PUCRS. LL.M. pela Harvard Law School. E-mail: ivar.hartmann@fgv.br

*** Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). Pesquisadora visitante no Humboldt Institute for Internet and Society. Mestre em Direito da Informação, da Comunicação e da Mídia pela London School of Economics and Political Science (2012). E-mail: claraigk@gmail.com

Daniel Chada ****

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
danielc2112@gmail.com

Guilherme Vasconcelos *****

Universidade Federal do Rio de Janeiro (Brasil)
guilhermegvasconcelos2@gmail.com

José Luiz Nunes *****

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
jlnunes08@gmail.com

Letícia Carneiro *****

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
leticiacarneiro2309@gmail.com

Luciano Chaves *****

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
chavesluciano@gmail.com

Matheus Barreto *****

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)
matheusagb5@gmail.com

Fernando Correia *****

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Brasil)
fernando.correia.jr@gmail.com

**** Doutor pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro – RJ, Brasil), com período sanduíche na Universidade de Berkeley (Fulbright Scholar). E-mail: danielc2112@gmail.com

***** Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). LL.M. candidate na Universidade do Texas. E-mail: guilhermegvasconcelos2@gmail.com

***** Graduando em Direito na Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). E-mail: jlnunes08@gmail.com

***** Graduada em Direito na Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). Pesquisadora do projeto Supremo em Números. E-mail: leticiacarneiro2309@gmail.com

***** Graduando em Direito na Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). Pesquisador do projeto Supremo em Números. E-mail: chavesluciano@gmail.com

***** Graduando em Direito na Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). E-mail: matheusagb5@gmail.com

***** Doutorando em Ciência da Computação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). Mestre em Ciência da Computação na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Pesquisador do projeto Supremo em Números. E-mail: fernando.correia.jr@gmail.com

Felipe Araújo *****

Fundação Getúlio Vargas (Brasil)

felipesilva.it@gmail.com

Recebido: 14/11/2017

Aprovado: 08/04/2018

Received: 11/14/2017

Approved: 04/08/2018

Resumo

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal - STF decidiu pela constitucionalidade da execução provisória de acórdão penal condenatório em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC 126.292/SP). Tal decisão consignou uma nova interpretação do Tribunal sobre o alcance do princípio da presunção de inocência, já que, até então, vinha sendo aplicado o entendimento de que este se mostrava incompatível com a execução da sentença enquanto não fosse definitiva (HC 84.078/MG). O novo entendimento adotado pelo STF tem o potencial de gerar consequências práticas relevantes, tanto para o número de réus condenados em segunda instância individualmente, quanto para o sistema carcerário brasileiro em nível institucional. No entanto, apenas o estudo empírico pode determinar qual exatamente é esta relevância. Quantos indivíduos seriam imediatamente afetados pela decisão? Utilizando uma amostra representativa do universo de recursos criminais pendentes no STJ e STF, estimamos que a expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando nesses tribunais significaria um aumento de 0,6% no número de apenados no sistema prisional (3.600 novos presos). Longe, portanto, de previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância.

Palavras-chave: execução da pena; Supremo Tribunal Federal; presunção de inocência; HC 126.292/SP; estudo empírico quantitativo.

Abstract

On February 2016, the Brazilian Supreme Court reversed its precedent on the unconstitutionality of executing criminal convictions before the last possible appeal. Appeals are allowed to the Superior Court of Justice and/or to the Supreme Court. With the change, courts can now order convicted felons to start serving their sentences after an appeals court conviction. This was highly debated in the legal community and led observers decriing the

***** Bacharel em Ciência da Computação na Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro – RJ, Brasil). Pesquisador do projeto Supremo em Números. E-mail: felipesilva.it@gmail.com

change in precedent, alleging that the prison system would collapse with a sudden surge of new inmates. We set out to estimate the actual impact of the Supreme Court ruling. Using databases of the Supreme Court and the Superior Court of Justice set up and maintained by the FGV Law School in Rio de Janeiro, we were able to draw a random sample of all criminal appeals entering the Supreme Court and Superior Court of Justice in a year and a half. After collecting information about the cases and the defendants from the websites of 32 state and federal appeal courts, we found that at most only 33.660 defendants could be imprisoned as a result of the new precedent. According to the most up to date information by the Ministry of Justice, there are 622.202 inmates in Brazil. We conclude that the impact of the Supreme Court ruling could be at most a 5,4% increase in the number of inmates in the entire country.

Keywords: *execution of sentence; Brazilian Supreme Court; presumption of innocence; “HC 126.292/SP”; quantitative empirical study.*

Sumário

1. Introdução. 2. A decisão do habeas corpus 126.292/SP. 3. Metodologia. 4. Resultado. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. Introdução

Em 17 de fevereiro de 2016, o Supremo Tribunal Federal - STF decidiu pela constitucionalidade da execução provisória de acórdão penal condenatório em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC 126.292/SP).¹ Tal decisão consignou uma nova interpretação do Tribunal sobre o alcance do princípio da presunção de inocência, já que, até então, vinha sendo aplicado o entendimento de que este se mostrava incompatível com a execução da sentença enquanto não fosse definitiva (HC 84.078/MG). Assim, as penas de prisão que, até então, só poderiam ser aplicadas após o trânsito em julgado da condenação, passaram a ser passíveis de execução imediatamente após a decisão em segunda instância.

¹ EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2016).

A decisão levanta debates de naturezas diversas. Por se tratar de garantia constitucional consubstanciada no art. 5º, LVII, de imediato se instaura a discussão jurídica acerca do alcance da presunção de inocência.

Inevitavelmente, também entram em pauta questões de natureza política sobre o papel do direito penal e da criminologia na sociedade, a administração do sistema prisional e o sentido em que deve caminhar a política de segurança pública mais eficaz e adequada para uma comunidade (seja ela mais abolicionista ou punitiva).

Além dos debates teóricos, a decisão de que se trata produz efeitos práticos cuja mensuração é relevante para a apuração de seus resultados concretos. Isto porque ela impacta, principalmente, um número de réus em processos penais correntes que se encontram em sede de apelação, e que passam, imediata e concomitantemente, a serem passíveis de encarceramento. Ainda, sendo imediata a possibilidade de execução da pena de prisão destes indivíduos (antes adstrita à materialização da coisa julgada), verifica-se também um potencial impacto desta decisão nas capacidades físicas e institucionais do sistema carcerário brasileiro.

Considerando a relevância dos debates suscitados, o presente estudo tem por objetivo a quantificação dos impactos práticos da decisão do STF no HC 126.292/SP, a partir do levantamento de dados que permitam uma estimativa aproximada de quantos réus respondem por processos penais em tribunais superiores e, por conseguinte, se tornam passíveis de encarceramento imediato. A proposta adotada consiste em investigação empírica, por meio de levantamento de informações sobre a situação atual de todos os réus que respondem a processos em tribunais superiores, a partir de uma metodologia quantitativa amostral. Para tanto, a próxima seção do trabalho tratará do conteúdo da decisão em análise; a metodologia adotada para levantamento dos dados é detalhada na seção III, e os resultados quantitativos são descritos na seção IV, seguidos das conclusões.

2. A decisão do habeas corpus 126.292/SP

A decisão do STF no HC 126.292/SP permite a execução provisória da pena imediatamente após decisão em segunda instância, o que altera a posição anterior da própria Corte. Assim, o Tribunal passou a sustentar a visão de a consagração do princípio da presunção da inocência independe do

trânsito em julgado, não devendo se inibir o cumprimento de pena após a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância.

Note-se que não é a primeira vez que o STF decide desta forma. O mesmo entendimento predominou em sua jurisprudência, entre o início da década de 1990² e dos anos 2000, conforme se verifica dos acórdãos HC 71.723/SP³, HC 79.814/SP⁴ e HC 80.174/SP⁵. A possibilidade de prisão de sujeitos sem condenação transitada em julgado também foi admitida como pressuposto da orientação contida nas Súmulas 716 e 717, aprovadas em sessão plenária realizada em 24/9/2003. Os enunciados se aplicam, especificamente, à possibilidade de progressão de regime no âmbito da prisão preventiva, prevendo que:

Súmula nº 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

² HC 68.726/RJ.

³ EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A TRÊS ANOS DE CUMPRIMENTO DA PENA EM LIBERDADE, POR INEXISTÊNCIA DE CASA DO ALBERGADO OU ESTABELECIMENTO DA SENTENÇA, ENQUANTO OCORRE A DECISÃO. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a inexistência de estabelecimento adequado ao regime aberto não autoriza a aplicação da prisão domiciliar. Prevalência do interesse público na efetivação da sanção penal, em detrimento do interesse individual do condenado. Entendimento por igual assentado nesta Corte de que os recursos extraordinário e especial, por não estarem revestidos de efeito suspensivo, não impedem a execução provisória da pena de prisão. Habeas corpus indeferido (BRASIL, 1995).

⁴ EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. O RE não tem efeito suspensivo. Não susta a execução da decisão condenatória. Homicídio duplamente qualificado, crime tipificado na L. 8.072/90 - crimes hediondos. O regime para cumprimento da pena integralmente fechado é incompatível com a liberdade provisória. Habeas conhecido e indeferido (BRASIL, 2000).

⁵ EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. PRATICADO PRO PACIENTE QUE CUMPRIA PENA PELO MESMO DELITO EM REGIME SEMI-ABERTO. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO À PRISÃO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPUGNAÇÃO DO DECRETO DE PRISÃO EXPEDIDO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. 1. A prisão do réu é mero efeito da sentença condenatória recorrível - salvo se for prestada fiança, quando cabível (CPP, artigo 393, I) - e a apelação não tem efeito suspensivo (CPP, artigo 597, primeira parte). 2. Para ser admitida a apelação, a regra é que o condenado seja recolhido à prisão e a exceção é que recorra em liberdade, o que só pode ocorrer em três hipóteses: a) que preste fiança, quando for o caso; b) que seja ao mesmo tempo primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória; ou c) que tenha sido condenado por crime de que se livre solto (CPP, artigo 594). 3. A jurisprudência desta Corte está orientada no sentido de que o princípio constitucional da não-culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados enquanto não tiver transitado em julgado a decisão condenatória, mas não impede que se inicie a execução provisória, desde que a apelação não tenha efeito suspensivo. Precedente: HC nº 72.610-MG, Min. CELSO DE MELLO, in DJU de 06.09.96, pág. 31.850. 4. Habeas-corporus conhecido, mas indeferido (BRASIL, 2002).

Súmula nº 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Foi no HC 84.078/MG⁶, decidido em 05/02/2009, que a presunção de inocência, ao lado do direito à ampla defesa, foi interpretada como elemento

⁶EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode a visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimentalismo que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimento de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação da pena, sem mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida (BRASIL, 2010).

impeditivo da execução provisória da pena. Conforme consignado pelo Ministro Relator Eros Grau então,

A ampla defesa não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por que não haveria de ser assim? Se é ampla, abrange todas e não apenas algumas dessas fases. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado de elidir essa pretensão.

(...)

A execução da sentença antes de transitada em julgado é incompatível com o texto do art. 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. Colho, em voto de S. Excia. no julgamento do HC 69.964 a seguinte assertiva do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE: "... quando se trata de prisão que tenha por título sentença condenatória recorrível, de duas, uma: ou se trata de prisão cautelar" (...) E antecipação de execução de pena, de um lado, com a regra constitucional de que ninguém será considerado culpado antes que transite em julgado a condenação(...).

Assim, a decisão no âmbito do HC 126.292/SP promove mais uma mudança de entendimento da Corte, desta vez voltando à interpretação no sentido de que não é necessário o trânsito em julgado de sentença penal condenatória para realização do princípio da presunção de inocência.

Em seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki entende que a execução provisória da pena deve ser considerada à luz não apenas da interpretação da abrangência dos efeitos legais do princípio da presunção da inocência, mas também em relação ao necessário equilíbrio deste com a efetividade da função jurisdicional penal na pacificação dos conflitos e na estabilidade da sociedade. Mora na análise da matéria probatória o ponto determinante de seu entendimento sobre a interpretação correta da presunção de inocência.

Citando precedente de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o Relator parte do pressuposto de que "o domínio mais expressivo da incidência do princípio da não-culpabilidade é a disciplina jurídica da prova". Desta forma, antes de prolatada a sentença em primeiro grau, haveria de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica.

Garantido o ônus da prova da incriminação, a eventual condenação em primeiro grau representaria um juízo de culpabilidade, e assim, superaria, para o sentenciante de primeiro grau, a presunção de inocência. Por sua vez, o juízo de apelação seria aquele em que fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas, concretizando-se o reexame da decisão judicial em sua inteireza e assegurado o direito de acesso ao mesmo, em liberdade.

A partir daí, entende o Ministro que os recursos extraordinários não configurariam desdobramento do duplo grau de jurisdição, dado que não são dotados de ampla devolutividade e que não se realiza, em seu âmbito, debate sobre a matéria fático probatória. E por este motivo, a presunção de inocência não produziria o efeito de impedir a execução da sentença, já que com o julgamento da segunda instância, ocorreria “espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”.

Em resumo, o Ministro Relator Teori Zavascki adota o entendimento de que a presunção de inocência não justificaria a impossibilidade de execução da pena após o juízo de segunda instância, uma vez que: (i) seu domínio mais expressivo é o da matéria de fato e provas apresentadas, e (ii) seria nesse nível da função jurisdicional que ficaria definitivamente exaurido o juízo sobre essas matérias.

A decisão foi cercada de controvérsia, com manifestações imediatas e artigos acadêmicos publicados nos meses posteriores e no ano seguinte. Dias após a decisão, Oscar Vilhena Vieira⁷, concedeu entrevista à Folha de São Paulo posicionando-se a favor da decisão. Segundo o Professor, o STF teria seguido uma tendência internacional, que seria a garantia de presunção de inocência em dupla jurisdição, destacando, ainda, o fato de que durante a década de 1990 o STF possuía o mesmo entendimento ora expressado. Contudo, ressalta que a instância ideal para promoção desta mudança seria a via da emenda constitucional.

Muitos entendem que a execução provisória diminui diretamente o escopo de abrangência de um princípio constitucional garantista, basilar do processo penal. A decisão é criticada pelo seu potencial de encarcerar indivíduos inocentes, prejudicando também a garantia constitucional de ampla defesa e, para alguns, em amplo contrassenso a uma interpretação

⁷ VIEIRA, 2016.

literal do art. 5º, LVII, segundo o qual *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*. Para alguns, diante da impossibilidade de executar uma sentença sem trânsito em julgado, “a execução provisória é uma prisão cautelar obrigatória, sem exame de eventuais requisitos de sua cautelaridade” (PORTAL, GLOECKNER, 2017, p. 404). Outro argumento contrário à execução provisória é o de que ela estaria em desacordo tanto com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, quanto com a Convenção Americana de Direitos Humanos (AMARAL; CALEFFI, 2017, p. 1097; VIEIRA; RESENDE, 2016).

A decisão traria dois grandes problemas de ordem político-normativa. O primeiro deles seria uma possível insegurança jurídica, uma vez que a nova decisão muda diametralmente o entendimento jurisprudencial anterior e pode ser considerada uma mudança decorrente apenas da renovação do quadro de ministros da Corte. Além disso, há o questionamento da legitimidade do STF para, por meio de interpretação constitucional, redefinir uma garantia constitucional que o próprio poder constituinte derivado não poderia abolir, tendo em vista sua condição de cláusula pétrea decorrente do disposto no artigo 60, §4º da Constituição (BOTTINO, 2016).

Foram divulgados dois estudos empíricos cujas conclusões mostraram-se negativas à execução provisória, ambos como memoriais nas ADCs 43 e 44, que serão abordadas abaixo.

O primeiro estudo foi produzido pela Defensoria Pública dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro. A pesquisa conclui que “o início da execução da pena a partir do acórdão do Tribunal local, que condene ou confirme a condenação de primeira instância, causará danos irreversíveis para parcela considerável dos condenados recorrentes” (Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Defensoria Pública do Estado de São Paulo, 2016). Os dados são de recursos especiais e respectivos agravos no Superior Tribunal de Justiça, exclusivamente de representados pelos órgãos. No caso da Defensoria de SP, parecem ser dados referentes a todos os processos entre fevereiro, março e abril de 2015. Já no caso da Defensoria de RJ, são apenas os processos cuja intimação foi recebida pela defensora autora do estudo entre março de 2014 e dezembro de 2015, não sendo considerados aqueles dos três demais defensores atuantes no órgão responsável pelos recursos perante o STJ e STF. Não é relatado nenhum cuidado para garantir que ou mesmo checar se a amostra é representativa do todo.

O estudo foca a taxa de sucesso dos recursos especiais e agravos no STJ. Mas é deficitário por ao menos três razões. Primeiro não são considerados os recursos nos quais os órgãos da Defensoria representam a parte recorrida. Segundo, não são considerados os recursos nos quais as defensorias dos demais estados atuam. Qualquer que seja o resultado, portanto, ele não necessariamente se repete em processos oriundos das outras 25 unidades da federação. Terceiro, e talvez mais importante, o estudo não considera processos nos quais a Defensoria não representa a parte recorrente. Segundo a base de dados do STJ do projeto Supremo em Números, utilizada no presente estudo e cujas características serão detalhadas na seção de metodologia, em 2015 foram protocolados 23.465 recursos especiais, agravos em recursos especiais ou agravos no STJ. Desses, 2.132 tinham a Defensoria Pública como representante da parte recorrente e eram oriundos de São Paulo ou Rio de Janeiro – menos de 10% do total. Novamente, não há nada que leve a crer que o conjunto é representativo do todo.

O segundo estudo foi apresentado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e tem o mesmo foco: a taxa de sucesso de recursos especiais no STJ (IBCCRIM, 2016). Diferentemente do estudo apresentado pelas Defensorias de SP e RJ, essa pesquisa, coordenada pelo Prof. Thiago Bottino da FGV Direito Rio, não traz problemas de representatividade dos dados. É usada a base de dados do STJ mantida pelo projeto Supremo em Números, já mencionada. A partir da taxa de procedência de 45,99% dos recursos nos quais o Ministério Público é recorrido, o estudo conclui que há grandes chances de reversão, pelo STJ, de decisões impugnadas pela defesa. Mas o estudo exclui a análise dos agravos em recurso especial, justamente a via de menor chance de sucesso. Entre 2014 e 2015, considerados tanto o REsp quanto o AREsp, a taxa de sucesso da defesa é de 9,1% (HARTMANN, 2016).

Dois outros estudos foram divulgados sobre as chances de o STJ e STF reverterem decisões de segunda instância em processos criminais. O primeiro, realizado pela assessoria estratégica do STF e citado pelo Min. Luís Roberto Barroso, cobre o período de 1º de janeiro de 2009 a 19 de abril de 2016 e analisa os recursos extraordinários e respectivos agravos em matéria penal. Apenas 0,1% significaram reverter uma condenação em segunda instância por uma absolvição (MIGALHAS, 2016). O segundo, solicitado pelo

Min. Barroso e pelo Min. Rogerio Schietti Cruz do STJ e realizado pela coordenadoria de gestão de informação do STJ, com REsps e AREsps de matéria criminal que tramitaram pela via eletrônica entre setembro de 2015 e agosto de 2017, apontou 0,62% de condenações reformadas para absolver os réus (VASSALLO; AFFONSO, 2018).

A controvérsia sobre a execução da pena a partir da condenação em segunda instância atraiu uma parcela atipicamente alta de estudos empíricos e argumentos sustentados por dados. Nesse contexto, é importante a crítica de Rafael Mafei a esses argumentos. Para ele,

Direitos fundamentais, como a presunção de inocência penal, opõem-se justamente a juízos dessa natureza. Postulações de eficiência social não prevalecem sobre um direito fundamental quando se verifica ser o caso de sua incidência. Não se trata aqui de afirmar um caráter absoluto à presunção de inocência penal, e sim de reconhecer que ele foi corporificado na Constituição com estrutura de regra (MAFEI, 2018).

Concordamos que a aplicação de normas de direitos fundamentais pode afastar considerações sobre eficiência social, especialmente quando se trata da proteção do núcleo essencial de um direito dessa natureza. No entanto, embora seja razoável argumentar, de um lado, que o significado de “trânsito em julgado” traria concretude normativa suficiente para tornar o artigo 5º, LVII uma regra, não está claro, de outro lado, que “ninguém será considerado culpado” tem o sentido único e exclusivo que muitos afirmam ter (por exemplo, HACHEM, 2016). E isso porque não há um efeito único da culpa formalizada, mas sim vários. Nesse sentido, há estudo que defende que o resultado da ponderação nesse contexto é de constitucionalidade da execução provisória (KURKOWSKI, SUXBERGER, 2016). Para além da possibilidade constitucional da execução, existe a questão da sua possível obrigatoriedade, o que poderia ser exigido pelo princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais (SARLET, 2005).

Existe preocupação com a efetividade da justiça criminal e com os riscos da impunidade - econômica e socialmente seletiva - decorrente da espera pelo trânsito em julgado para execução. Se a pena de prisão aguardar o exaurimento de todas as instâncias para ser executada, aqueles réus com condições financeiras que os permitissem financiar longos processos judiciais, repletos de recursos protelatórios, teriam a prerrogativa de

aguardar anos em liberdade pela punição cabível pelos crimes que cometeram. Em alguns casos, tal espera pode acarretar até na prescrição da pretensão punitiva, como aconteceu inclusive no caso no qual o STF adotou o posicionamento temporário de impossibilidade da execução provisória, que perdurou de 2009 a 2016 (CARVALHO, 2018). Réus com baixo poder aquisitivo estariam mais submissos à prisão diante da ausência de recursos para financiar advogados e recursos judiciais em série. Sob o ponto de vista da análise econômica, é possível dizer que a interpretação adotada pelo Supremo em 2016 garante maior eficiência da persecução penal (PAULINO, TABAK, 2017).

A matéria é objeto das Ações Diretas de Constitucionalidade - ADC 43 e 44, impetradas, respectivamente, pelo Partido Ecológico Nacional - PEN e pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, sob a Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Ambas as ações pleiteiam o reconhecimento da legitimidade constitucional da redação do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP) supra descrita. Para as entidades, a norma visa condicionar o início do cumprimento da pena de prisão ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pedido liminar formulado nessas ações foi julgado pelo plenário em 2016, tendo sido negado, mantido o posicionamento do plenário adotado quando do julgamento do HC 126.292/SP. Na ocasião, as ADCs contaram com volume recorde de habilitação de *amici curiae* (HARTMANN, 2016).

O plenário voltou a manifestar-se sobre a questão em novembro de 2016, ao julgar a repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246. Pela terceira vez em 2016, foi adotada a interpretação de que a execução provisória é constitucional. Em 2018, o plenário decidiu pela quarta vez a questão, em um intervalo de pouco mais de dois anos. Ao decidir o mérito do HC 152.752, tendo por paciente o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva Mais, uma vez o entendimento foi da constitucionalidade.

Atualmente, portanto, vigora o entendimento adotado pelo STF no HC 126.292/SP e reiterado pelo plenário três vezes desde então. Essa posição tem o potencial de gerar consequências práticas relevantes, tanto para o número de réus condenados em segunda instância individualmente, quanto para o sistema carcerário brasileiro em nível institucional. No entanto, apenas o estudo empírico pode determinar qual exatamente é esta

relevância. Quantos indivíduos seriam imediatamente afetados pela decisão? Qual seria o ônus imediato para o sistema prisional brasileiro?

São essas as indagações que o presente estudo pretende responder, a partir da metodologia de aferição abaixo descrita.

3. Metodologia

A fim de apurar o impacto concreto da decisão do STF, foi adotada a metodologia de pesquisa empírica com técnicas quantitativas. Os dados foram levantados a partir da base de dados do projeto Supremo em Números⁸.

A possibilidade de pesquisa empírica com base em grandes *datasets* tem permitido aos juristas analisar de maneira mais minuciosa as decisões judiciais (DIAMOND e MUELLER, 2010), o que permite gerar inferências de maior confiabilidade. Nesse contexto, a disponibilidade de equipamento computacional, software e suporte técnico vem desempenhando um papel-chave na viabilização de estudos empíricos pelos pesquisadores do Direito nos Estados Unidos (EPSTEIN e KING, 2003), por exemplo.

A mesma situação prevalece no Brasil, onde faculdades de Direito começam a se adaptar a essa realidade, tornando o acesso a tal instrumental um elemento ainda mais importante de propostas de pesquisa (VERONESE, 2007). Os dados que subsidiam o presente estudo, bem como a diversificada produção do projeto Supremo em Números (FALCÃO, CERDEIRA, ARGUELHES, 2011; FALCÃO, ABRAMOVAY, LEAL, HARTMANN, 2013; FALCÃO, HARTMANN, CHAVES, 2014; FALCÃO, MORAES, HARTMANN, 2015; FALCÃO, HARTMANN, ALMEIDA, CHAVES, 2017), são possíveis somente em razão do uso de ferramental tecnológico potente.

Ademais, a técnica de pesquisa escolhida pretende responder às perguntas de pesquisa mediante um olhar do todo – não de processos ou decisões isoladas de um tribunal. O novo movimento de estudos empíricos (YANOW; SCHWARTZ-SHEA, 2006) no Direito, no qual o presente artigo se insere, sempre se distinguiu do realismo jurídico e da sociologia jurídica em que as pesquisas são preponderantemente quantitativas, e não qualitativas (SUCHMAN e MERTZ, 2010).

⁸ O Supremo em Números é um projeto de pesquisa do Centro de Justiça e Sociedade da Escola de Direito da FGV no Rio de Janeiro. O projeto realiza macroanálises de todos os processos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça desde 1988.

Para os fins deste trabalho, foram utilizados dois bancos de dados referentes a população de processos do STF e do STJ. Ambas as bases possuem metadados dos processos, tais como a matéria de direito, o juízo de origem e o estado de procedência, dentre outros. Além disso, existem informações sobre os andamentos dos processos como, por exemplo, resultados de decisões tomadas durante os processos, datas de distribuição dos processos, datas de conclusão ao relator do processo, trânsito em julgado e similares.

Com o propósito de realizar a análise sobre o impacto da decisão do HC 126.292/SP, foi selecionada uma amostra de 5%, selecionada de forma aleatória de uma população determinada de processos de ambas as bases.

Tal população foi composta por processos potencialmente submetidos às consequências que a decisão em comento pode gerar, ou seja, processos que (i) já possuam decisões em segunda instância, (ii) se encontravam no STJ, ou no STF, para apreciação de recursos especiais, extraordinários e respectivos agravos, entre 2014 e 2015 e (iii) cujos assuntos fossem de direito penal ou processual penal⁹.

A fim de chegarmos ao número total de processos no banco de dados de ambas as cortes que versassem sobre matéria penal, conduzimos uma pesquisa fazendo uso das capacidades aprimoradas de consulta e filtragem dos bancos de dados relacionais através da linguagem SQL. Isto com o objetivo de descobrir o número de processos que contivessem cada categoria de assunto dentro de direito penal, conforme a classificação oficial dos próprios bancos de dados do STF e do STJ. A base de dados utilizada reúne informações em formato tabular, composto por colunas com variáveis que podem ser filtradas por meio de *queries* (formas de consulta a uma base de dados). A partir desta busca, é possível identificar somente a quantidade de dados necessários para a pesquisa em questão – especificamente, a quantidade de processos disponíveis na base, segundo a categorização relacionada às matérias penais.

Foram selecionados todos os recursos especiais e extraordinários no STJ e STF, bem como seus respectivos agravos¹⁰, cujo matéria havia sido

⁹ Ao longo do texto, quando nos referimos ao recorte temático, utilizamos apenas a descrição “penal” ou de “direito penal” por questão de simplicidade. Estamos, por óbvio, nos referindo aos temas de direito material e processual penal.

¹⁰ As classes processuais são RE, AI e ARE (STF) e REsp, Ag e AREsp (STJ).

classificada pelo próprio tribunal como de direito penal e a autuação ocorreu entre o início de 2014 e o final de 2015¹¹.

O recorte das classes processuais se dá em razão dos tipos de recursos afetados pela decisão do Supremo sobre cumprimento de pena. Não há sentido em analisar habeas corpus, por exemplo, pois essa via não sofre qualquer limitação pela nova jurisprudência. Além do mais, o uso do habeas corpus não altera o início do trânsito em julgado como no caso dos recursos extraordinários, especiais e respectivos agravos. Os possíveis afetados são réus com condenação em segunda instâncias em algum dos tribunais de justiça e tribunais regionais federais e que usaram o recurso especial e/ou extraordinário e respectivos agravos.

O recorte temporal se justifica em função do dado pretendido: o número de potenciais afetados pela decisão do Supremo - o total de réus que poderia ter a prisão decretada durante a análise do(s) recurso(s) pelos tribunais superiores. Optamos por selecionar todos os processos em um recorte temporal similar ao tempo que esse tipo de processo leva para transitar nos tribunais superiores. No Supremo a média de tempo entre autuação e trânsito em julgado dos recursos penais foi de 279 dias em 2015. No STJ essa média foi de 323 dias. Nosso recorte temporal fica próximo de um ano e meio para ambos tribunais pois estamos realizando estimativa e preferimos *superestimar* o número de réus afetados negativamente pela decisão. A estimativa é de que, a qualquer momento, o número de réus com recurso nos tribunais superiores e que poderiam ser presos em função de decisão condenatória na segunda instância é *igual ou menor* que o número de réus nessa situação cujo recurso ingressou no STF ou STJ em um recorte de cerca de um ano e meio.

A partir do total de processos segundo esse recorte, foi possível extrair, aleatoriamente, uma amostra de 5% dos processos. Essa amostra corresponde a 370 processos do STF e 2260 processos do STJ. A escolha dos processos foi feita por amostra aleatória partindo de distribuição uniforme, em cada tribunal. a opção de amostragem provê dados com resíduo heteroscedástico e i.i.d., permitindo posterior inferência via regressão ou aprendizagem Bayesiana. Tornamos explícita, a rigor, a premissa de distribuição Normal dos dados pelo número de amostras obtidas, protegida

¹¹ No caso do STF o recorte é janeiro de 2014 a maio de 2015. No caso do STJ o recorte é janeiro de 2014 a outubro de 2015.

pelo Teorema Central do Limite -- permitindo que as prévias análises fossem realizadas com segurança e suas conclusões determinadas com firmeza.

Exportamos as informações contidas na amostra para planilhas do Microsoft Excel com as seguintes colunas: classe processual, número do processo, situação atual do réu (preso ou não), data do julgamento do recurso no tribunal superior e quantidade da pena (em anos e meses) na decisão e segunda instâncias, além de outras variáveis de controle interno da consistência dos dados. O formato da amostra tem o objetivo de obter informações suficientes para gerar dados estruturados que permitissem a elaboração de conclusões estatísticas sobre a quantidade de réus que estão soltos, mas que podem vir a integrar o sistema prisional brasileiro, após a decisão do HC 126292.

Dividimos, então, as planilhas em cinco partes para que fossem preenchidas por diferentes integrantes da equipe de pesquisa. Assim, cada integrante ficou com um quinto da planilha do STF e um quinto da planilha do STJ. Para o preenchimento dessas planilhas, buscamos a informação dos dados a partir do número do processo, ou nome das partes, no próprio site do tribunal superior (STF ou STJ), em que o recurso tramitava. Cada planilha dos integrantes possuía “*overlap*” de processos iguais para verificar possíveis discrepâncias na forma de preenchimento de cada conjunto de informação, o que poderia ser identificado nesse grupo de processos.

Após o preenchimento contínuo de cerca de 50 processos da planilha do STF por parte de todos os integrantes da pesquisa, abortou-se a primeira tentativa da pesquisa por meio desse primeiro método. Descobrimos que as informações disponíveis sobre quantidade da pena e a situação atual do réu são bastante escassas nos relatórios, votos e decisões disponíveis tanto no site do STF como no site do STJ.

Procedemos, então, à elaboração de uma segunda amostra de 5% retirada, novamente, de forma aleatória, da mesma população de processos obtidos no recorte descrito anteriormente. A nova amostra continha, então, a mesma quantidade de processos, porém com todos os números disponíveis para encontrar os processos nos sites dos tribunais estaduais e regionais federais. As novas planilhas possuíam as seguintes colunas adicionais: número do processo no tribunal de origem, número do processo no STF e no STJ, nome das partes.

Com essas duas novas planilhas-bases, optamos por um segundo método que consistia em pesquisar as informações necessárias para descobrir o impacto da decisão do HC 126292 no site dos próprios tribunais de segunda instância (tribunais de origem dos processos). Os dados foram obtidos a partir da análise dos acórdãos publicados em cada site dos tribunais, seja na área de consulta processual ou na área de jurisprudência publicada. Esse novo método de busca utilizado foi considerado mais eficiente que o primeiro.

A pesquisa das informações para o preenchimento das planilhas revelou discrepâncias nos níveis de eficiência e dificuldade de obtenção das informações nos sites dos tribunais originários. Por exemplo, no site do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, as decisões e os relatórios são disponibilizados apenas no próprio corpo do site, sendo a visualização da informação dificultada, assim como a geração de qualquer arquivo (.doc ou .PDF) do acórdão e do relatório. Importa que, durante o curso da pesquisa, o site não disponibilizava o voto do relator e/ou do revisor, o que impossibilitou a obtenção de informação da quantidade de pena final dos processos em que houve reforma da decisão de primeira instância e, então, o relatório já não refletia o número exato da pena.

O site do Superior Tribunal Militar também revelou ser bastante ineficiente quanto a facilidade do acesso a obtenção de informação, principalmente pela dificuldade de encontrar o processo exato com a numeração extraída dos bancos de dados do projeto Supremo em Números. No site do STM, a maioria das informações obtidas foram por meio de pesquisa com o nome das partes, o que torna consideravelmente mais lento a obtenção das informações.

Em relação aos sites do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi possível atestar a facilidade e eficiência das suas plataformas eletrônicas de pesquisa de processos para a obtenção das informações. A navegação é bastante intuitiva, os arquivos (.pdf e .doc) dos processos são facilmente encontrados e disponibilizados com *captcha* de fácil preenchimento.

O *captcha* consiste em um teste aplicado pelo site ao usuário para verificar se o acesso está sendo feito mediante interação humana e não por meios automáticos (e.g. *crawlers*). O teste pode ter diversas formas e uma delas é um *quiz* sobre a quantidade de consoantes ou vogais apresentadas em uma imagem.

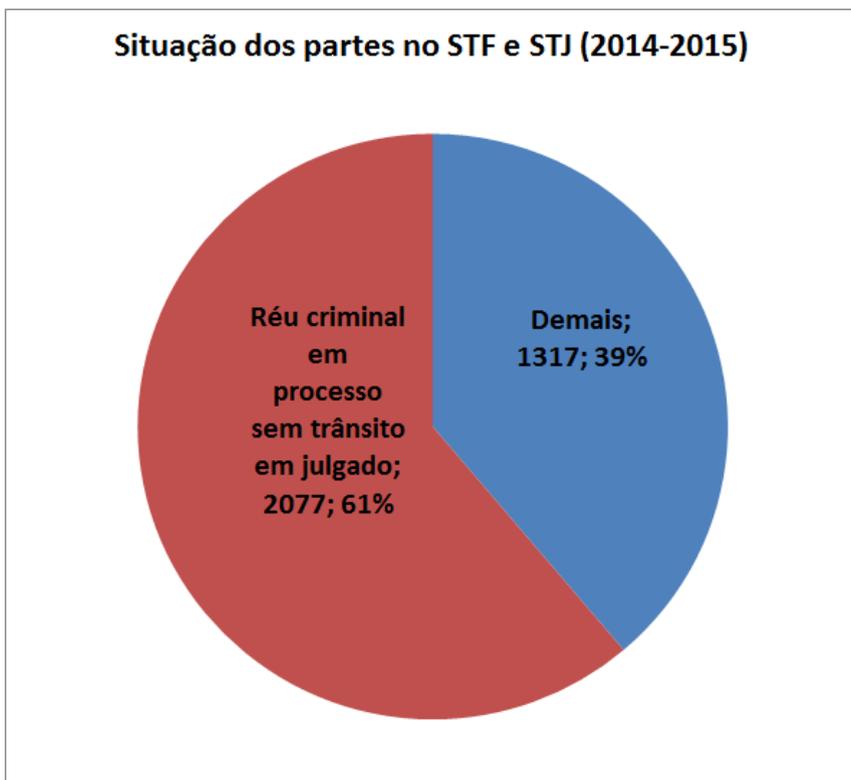
Ainda com relação às dificuldades encontradas durante a pesquisa, observamos que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região possui um sistema de busca muito lento devido, principalmente, a um sistema de *captcha* de complexo manuseio. Finalmente, durante as quatro semanas de preenchimento inicial das planilhas pela equipe, o site do Tribunal Regional Federal da primeira região (TRF1) se encontrava com sistema em manutenção e com impossibilidade de acesso a qualquer processo via a forma eletrônica. O preenchimento das informações dos processos do TRF1 ocorreu somente após maio de 2016, data em que o site voltou a estar disponível para consulta.

Após o preenchimento dos dados das planilhas, foi possível consolidá-las em uma base de dados que reúne ambos os processos no STF como no STJ e as informações centrais para estimar e, então, descrever o impacto da decisão do STF no sistema prisional brasileiro. Essa base de dados foi estruturada na plataforma MySQL e nos permitiu fazer novas filtragens para retornar, justamente, o número de réus que estão em situação potencial de serem afetados pela decisão em análise.

4. Resultado

Conforme já explicado, o processo de coleta de informações, na fase de preenchimento de planilha, revelou a nossa equipe uma dificuldade de encontrar todos os processos listados. Alguns números não correspondem aos processos devidamente cadastrados. Por outro lado, alguns tribunais de origem não disponibilizam acórdãos, votos e relatórios de seus processos baixados. Algumas vezes a impossibilidade de encontrar o inteiro teor do acórdão inviabiliza a obtenção da informação sobre a pena ou situação do réu, algumas vezes não. Além disso, devido ao fato de que nossa amostra foi gerada por processos escolhidos de forma aleatória dentro da população de processos categorizados em assuntos de matéria penal, nossa planilha continha processos com recursos em âmbito de execução penal, bem como recursos em sentido estrito.

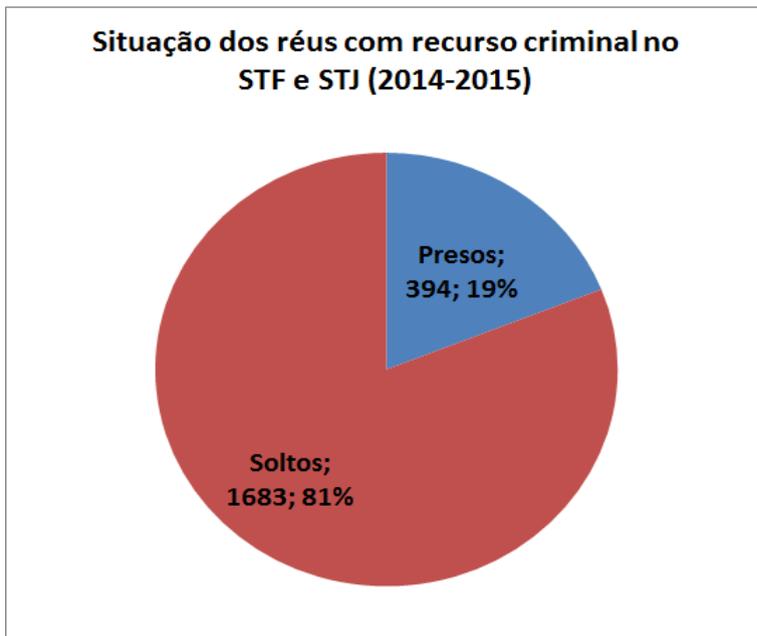
Gráfico 1



Observando o gráfico 1 acima, elaborado a partir do banco de dados que reúne as informações adquiridas de ambos os processos no STF e no STJ, chegamos à conclusão que, a partir de nossa amostra de 2630 processos, encontramos 3394 réus¹². Desses, 2077 interessam ao nosso estudo, por serem réus em processo penal, com decisão em segunda instância e sem trânsito em julgado. Os demais, 1317, são réus ou partes em processos que não preenchem esses requisitos. São casos nos quais o recurso especial ou extraordinário se deu de decisão sobre recurso em sentido estrito e não apelação, por exemplo.

¹² O número de réus é maior do que o número de processos da amostra porque muitos dos processos têm mais de um réu.

Gráfico 2



O gráfico 2 mostra que do total de 2077 réus, 394 estavam presos (19% do total) e 1.683 estavam em liberdade quando recorreram aos tribunais superiores (81% do total). O que é possível inferir sobre o universo de réus presos e em liberdade, a partir do número de presos na amostra?

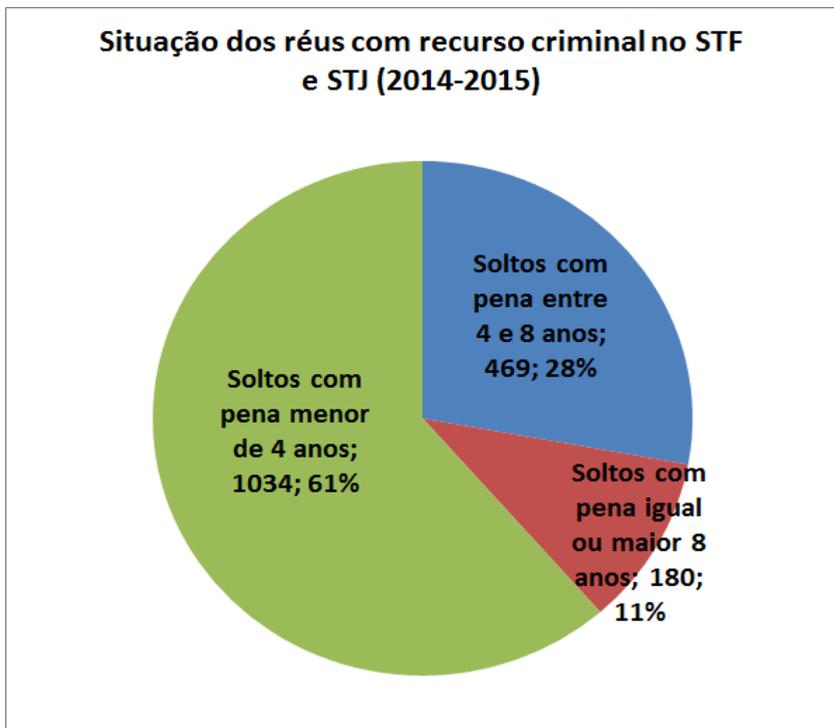
Das amostras mencionadas do STJ e STF, extraímos as frações passíveis de utilização para inferência, isto é, os 2077 réus. Em função do tamanho das amostras, no caso do STF temos uma margem de erro de 4,31% em intervalo de confiança de 95% ou 5,67% em um intervalo de confiança de 99%. No caso do STJ, a margem de erro é de 1,77% com 95% de confiança ou 2,33% com 99% de confiança.

Por meio de uma estimativa amostral, é possível concluir, então, que em termos da população inteira de processos que tramitam no STF e no STJ em matéria penal, existem atualmente cerca de 7.880 réus presos, com decisão em segunda instância e sem trânsito em julgado, aguardando o julgamento de recursos extraordinários, especiais e respectivos agravos. O universo de réus soltos na mesma situação é de 33.660.

Há duas possibilidades de perfil para esses réus presos: estavam presos preventivamente ou por força de execução provisória da sentença,

violando o entendimento então prevalente do Supremo. No segundo caso, réus cuja pena fixada até então era menor de 8 anos não poderiam iniciar a execução provisória no regime fechado, salvo exceções. Já aqueles com pena de 8 anos ou mais e que já haviam iniciado a execução provisória teriam, após a decisão do Supremo, dificuldade em conseguir a liberdade antes do trânsito em julgado. Trata-se de 2.420 réus. O número de réus presos e com pena de 4 anos ou mais é de 6.260.

Gráfico 3



O gráfico 3 aponta para uma previsão do impacto da decisão do HC 126292 sobre a possibilidade de execução provisória da pena já após a decisão de segunda instância. O número de réus que poderia potencialmente iniciar a execução provisória no regime fechado é de 180 na amostra, o que significa 3600¹³ réus no universo, dado que a amostra é

¹³ Na primeira versão desse estudo relatamos problemas na obtenção dos dados e esclarecemos que: "Pretendemos continuar trabalhando no levantamento, mas no momento o número de processos

representativa do todo. Já os réus que iriam potencialmente para o regime semiaberto representam 469 na amostra e 9380 no todo. Réus com condenação a pena inferior a 4 anos somam 1034 na amostra e, portanto, 20680 no universo analisado. Sabemos que em casos excepcionais o cumprimento da pena pode ser iniciado no regime fechado a despeito de pena inferior a 8 anos. Não existe nenhum estudo, entretanto, que evidencie que tais casos são parcela significativa do todo.

Menos de 20% dos apenados no país está no semiaberto (Departamento Penitenciário Nacional, 2016, p. 29). Em alguns estados, essa parcela não chega a 5%. Além disso, a gravíssima falta de vagas em prisões impacta os apenados do semiaberto e aberto de forma diferente. Em maio, o Supremo formalizou na Súmula Vinculante 56 um entendimento que já era frequente nas instâncias inferiores: a inexistência de vagas não permite a alocação do preso em regime mais gravoso. Faltando vagas no semiaberto, a pessoa é transferida para o aberto. Ou, conforme a recomendação do Supremo, ela cumpre regime domiciliar. Ocorre que, em 23 dos 27 estados, o semiaberto não tem mais vagas. Ou seja: segundo o entendimento do Supremo, no Brasil de hoje, poucos condenados ao regime semiaberto seriam de fato recolhidos a uma prisão após o Supremo mudar seu entendimento sobre a execução da pena após a 2ª instância.

Pelos motivos acima, julgamos que o impacto mais provável da decisão do Supremo será a possibilidade do recolhimento ao regime fechado de cerca de 3600 réus. Mesmo nesses casos, é claro, a execução provisória não é uma certeza pois depende de pedido formulado pelo Ministério Público e decisão judicial específica.

5. Conclusão

O objetivo da pesquisa era a realização de uma estimativamente razoavelmente precisa do número de réus diretamente impactados pela mudança de entendimento do Supremo. Conforme relatamos na apresentação da metodologia, tivemos problemas com a obtenção de informações nos sites de alguns dos tribunais. Continuamos trabalhando no

afetados da amostra nos leva a crer que qualquer possível diferença na estimativa final não será significativa". De fato, após pequenas incorreções encontradas, chegamos a um valor ligeiramente diferente - na primeira versão 3460 e nessa segunda versão, 3600 réus.

levantamento desde a primeira versão do estudo e no momento chegamos a uma versão final¹⁴. Lembramos que devido às dificuldades técnicas de precisar o número de afetados - dificuldades essas que impossibilitaram o Supremo, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça de obter levantamento preciso até hoje, nossa pesquisa pretendia apenas uma estimativa razoável. Aliás, como explicado na metodologia, trata-se inclusive de uma superestimação. O número de réus que poderiam ter mandado de prisão expedido para execução provisória no regime fechado tende a ser inferior aos 3.600 indicados por nosso levantamento.

Consideramos importante, entretanto, trabalhar com dados resultantes de pesquisas empíricas com critérios replicáveis, informações minimamente confiáveis e métodos estatísticos tradicionais. Isso é especialmente importante quando se trata de direitos e garantias fundamentais, pois a alternativa aos dados científicos empíricos é o achismo que infelizmente tanto tem pautado debates jurídicos no Brasil. As críticas que seguiram a mudança jurisprudencial decidida pelo plenário do Supremo frequentemente aludem a um caos no sistema prisional resultando dos novos mandados de prisão a serem expedidos.

Segundo o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias produzido pelo Ministério da Justiça (Departamento Penitenciário Nacional:14), existem atualmente 622.202 presos no país. A expedição de mandado de prisão de réus condenados em segunda instância a pena igual ou maior a 8 anos e com recurso tramitando no STF e STJ significaria um aumento de 0,58% no número de apenados no sistema prisional. Novamente, sabemos que existem casos excepcionais nos quais o início da execução da pena se dá no regime fechado a despeito de pena cominada abaixo de 8 anos. No limite, entretanto, se todos os réus com condenação em segunda instância e aguardando recurso no STF ou STJ fossem recolhidos ao sistema prisional, o aumento da população carcerária seria de 5,4%. Pelos motivos já expostos, não acreditamos que essa seja uma estimativa razoável. Mas, ainda assim, esse cenário estaria longe de

¹⁴ Conforme previmos na versão inicial do estudo, a nova versão “não implicará em mudança de mais de 5% no todo ou mais de um ponto percentual na taxa de réus soltos com pena igual ou maior a 8 anos”. De fato, o total de réus utilizados na amostra na primeira versão era de 3459 e na segunda de 3394 - uma variação de 1,9% (inferior a 5%). A taxa de réus soltos com pena igual ou maior a 8 anos no universo do sistema prisional foi de 0,56% na primeira versão e 0,58% na segunda - uma variação de 0,02 pontos percentuais (inferior a um ponto percentual).

previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância.

6. Referências

AMARAL, Augusto Jobim; CALEFFI, Paulo Saint Pastous. Pré-ocupação de inocência e execução provisória da pena: uma análise crítica da modificação jurisprudencial do STF. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 3, 2017.

BOTTINO, Thiago. **Os problemas da decisão do STF sobre execução provisória da pena**. JOTA, 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/os-problemas-da-decisao-do-stf-sobre-execucao-provisoria-da-pena>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Plenário, HC 126.292/SP, DJ 17/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal, Primeira Turma, HC 71.723/SP, DJ 16/06/1995.

BRASIL. Superior Tribunal Federal, Segunda Turma, HC 79.814/SP, DJ 13/10/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, HC 80.174/SP, DJ 12/04/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 84.078/SP, DJe-035 DIVULG 25-02-2010.

CARVALHO, Cleide. **Pivô de decisão do STF em 2009 contra prisão em 2ª instância ficou impune**. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/pivo-de-decisao-do-stf-em-2009-contra-prisao-em-2-instancia-ficou-impune-22549632>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Memoriais de Amicus Curiae nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44**. 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/08/Memoriais-DPRJ-e-DPSP.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen. Dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em: 3 out. 2016.

DIAMOND, Shari Seidman; MUELLER, Pam. Empirical legal scholarship in law reviews. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, p. 581-599, 2010.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Building an infrastructure for empirical research in the law. **Journal of Legal Education**, v. 53, i. 3, 2003.

FALCÃO, Joaquim et al. **II Relatório Supremo em Números**. O Supremo e a Federação entre 2010 e 2012. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FALCÃO, Joaquim; ABRAMOVAY, Pedro; LEAL, Fernando; HARTMANN, Ivar A. **II Relatório Supremo em Números**. O Supremo e a Federação entre 2010 e 2012. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números**. O Múltiplo Supremo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; ALMEIDA, Guilherme; CHAVES, Luciano. **V Relatório Supremo em Números**. O Foro Privilegiado e o Supremo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números**. O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FALCÃO, Joaquim; MORAES, Alexandre de; HARTMANN, Ivar A. **IV Relatório Supremo em Números**. O Supremo e o Ministério Público. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. **Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito)**. Direito do Estado. n. 86, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

HARTMANN, Ivar. **Execução provisória da pena: Defendendo os 2%**. JOTA, 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/supra/execucao-provisoria-da-pena-defendendo-os-2-06092016>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Memoriais de Amicus Curiae nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44**. 2016. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2016/ADCs_43_e_44_Memoriais_de_Amicus_Curiae_IBCC.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2018.

KURKOWSKI, Rafael Schwez e SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Execução provisória da pena privativa de liberdade: resultado da harmonização entre a presunção de inocência e a segurança pública. **E-Civitas**, v. IX, n. 2, 2016.

MIGALHAS. **Ministro Barroso: Prisão após condenação em 2ª instância confere credibilidade ao Judiciário**. 2016. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI239027,101048-Ministro+Barroso+Prisao+apos+condenacao+em+2+instancia+confere>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

PAULINO, Galtiênio da Cruz; TABAK, Benjamin Miranda. Análise econômica da execução provisória da pena no Brasil à luz da celeridade judicial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, maio/ago. 2017.

PORTAL, Daniela Chies; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Presunção De Inocência No Habeas Corpus N. 126.292 Julgado Pelo STF: standards decisórios e o advento da prisão cautelar obrigatória. **Revista de Direito Brasileira**, v. 17, n. 17, 2017.

QUEIROZ, Rafael Mafei. **A presunção de inocência libertada**. JOTA, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/presuncao-de-inocencia-libertada-28022018>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

SARLET, Ingo W. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, n. 81, p.325-386, 2005.

SCHUBERT, Glendon. The Importance of Computer Technology to Political Science Research in Judicial Behavior. **Jurimetrics Journal**, v. 8, 1968.

SUCHMAN, Mark C.; MERTZ, Elizabeth. Toward a new legal empiricism: empirical legal studies and new legal realism. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 6, p. 555-579, 2010.

VASSALLO, Luiz; AFFONSO, Julia. **Pesquisa aponta que absolvição, no STJ, de réus condenados em 2.ª instância é de 0,62%**. Estadão, 2018. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/pesquisa-aponta-que-absolvicao-no-stj-de-reus-condenados-em-2-a-instancia-e-de-062/>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio De Janeiro. **Congresso Nacional do CONPEDI**, 16., 2007, Belo Horizonte. Anais. Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012.

VIEIRA, José Ribas; RESENDE, Ranieri Lima. **Execução Provisória – Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?** JOTA, 2016. Disponível em <<http://jota.uol.com.br/execucao-provisoria-da-pena-confirmada-pela-segunda->

instancia-uma-causa-para-a-corte-interamericana-de-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jul. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Decisão do STF sobre prisões não viola a democracia, afirma pesquisador**. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1740916-decisao-do-supremo-nao-viola-a-democracia-afirma-pesquisador.shtml>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

YANOW, Dvora; SCHWARTZ-SHEA, Peregrine (Ed.). Interpretation and method: empirical research. **Methods and the interpretive turn**. M. E. Sharpe, 2006.