



# JOTA

## A Defesa: Execução antecipada da pena e o mercado de estatísticas

Publicado 3 de Outubro, 2016



**Por Thais Lima**

Defensora Pública do Rio de Janeiro

O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43 e 44 tem se resumido a uma guerra de estatísticas, embora as estatísticas não devessem ter um peso tão grande quando estão em jogo direitos fundamentais de primeira grandeza.

Não é preciso muito esforço para concluir que os ministros utilizarão os números que melhor servem para embasar suas convicções pessoais. Espera-se do Poder Judiciário, porém, o caminho inverso, isto é, de dados que levem a convicções, e não de convicções que escolhem dados nesse “mercado de estatísticas” para sustentar opções previamente tomadas. À vista de tantos dados divergentes, melhor mesmo seria a suspensão do julgamento para um estudo detalhado, a ser conduzido pelo próprio STF, sobre os impactos da decisão do HC nº 126.292.

De toda forma, algumas considerações devem ser feitas acerca dos números apresentados pela FGV e que apontam, de forma crítica, uma defesa privilegiada de réus que, supostamente, representam “apenas” 2% da população carcerária.

O professor Ivar Hartmann, em artigo publicado no JOTA, afirma que “apenas” 12 mil réus seriam atingidos pela decisão do STF tomada no HC

nº 126.292, conforme estudo do projeto Supremo em Números.

A primeira consideração a ser feita diz respeito ao universo de processos analisados. Segundo a pesquisa, foram analisados *“processos que (i) já possuíam decisões em segunda instância, (ii) se encontravam tanto no STJ, quanto 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 penal”*. Há problemas sérios na seleção da amostra ou “população” de processos.

Note-se, em primeiro lugar, que o estudo ora faz menção a processos cujos assuntos fossem de “direito penal ou processual penal” (p. 9), ora apenas “direito penal” (p. 9, p. 10, p. 14, p. 16), não se sabendo exatamente quais os critérios efetivamente utilizados. De toda forma, como as expressões “direito penal” e “processual penal” podem figurar como assunto em outros recursos que não se relacionam com o debate da execução antecipada da pena, haverá uma distorção no resultado da pesquisa.

A título de exemplo, em recursos sobre execução criminal, que não possuem nenhuma implicação na garantia da presunção de inocência – pois, nesses casos, a condenação já transitou em julgado –, o STJ por vezes utiliza a expressão “direito penal” ou “processual penal”. E não são poucos. O STJ tem julgado milhares de recursos especiais sobre temas de execução criminal, alguns deles classificados como repetitivos, nos quais consta o termo “direito penal” ou “processo penal” como assunto (ex. REsp 1.472.418, REsp 1.459.970, REsp 1.590.859, REsp 1.563.673, REsp 1.338.601).

Deve ser, neste ponto, destacado o seguinte trecho do relatório da pesquisa: *“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. Esses réus fazem parte do universo de 94% no gráfico anterior e obviamente não seriam afetados pela decisão do Supremo”* (p. 15 e 16).

Nesse sentido, embora o estudo reconheça que esses réus “obviamente não seriam afetados pela decisão do Supremo”, eles não poderiam estar incluídos na amostra de “réus soltos com pena inferior a 8 anos”, que constituiriam 94% dos réus soltos com recursos pendentes no STJ e STF, por uma razão muito simples: eles já estão presos (p. 15 e 16 do estudo).

Portanto, trabalhar num universo de processos muito amplo e que engloba casos que não se relacionam com a presunção de inocência é como agrupar bananas, maçãs e uvas para saber quantas das primeiras estão podres. O resultado percentual é bem diferente quando o universo é só de bananas.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro, ao apresentar o resultado positivo em 41% dos seus recursos especiais e agravos em recursos

especiais, destacou que os processos analisados apenas cuidavam de pedidos de absolvição, redução de pena, atenuação de regime ou substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos – casos em que não havia condenação transitada em julgado. Assim, a pesquisa foi delimitada para os casos em que a decisão do STF no HC 126.292 pudesse significar a antecipação de uma pena que poderia ser modificada pelo STJ.

Em segundo lugar, há notórias dificuldades técnicas, reconhecidas pelo próprio estudo da FGV, para obter informações completas e confiáveis nos sítios dos diversos Tribunais. Em razão da escassez de informações disponíveis nos sítios do STJ e STF sobre a pena e a situação do réu, a equipe de pesquisa foi levada a recorrer aos sítios dos tribunais de origem, em que se constataram as “discrepâncias nos níveis de eficiência e utilidade de obtenção das informações” (p. 12). Todas essas dificuldades, prossegue o estudo, “impossibilitaram o Supremo, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça de obter levantamento preciso até hoje”. Tudo isso infirma a conclusão de que o resultado afinal alcançado tenha sido “superestimado” ou mesmo que se tenha alcançado uma “estimativa razoável”.

Mas a principal crítica a ser feita sobre o estudo da FGV refere-se ao corte dos resultados conforme a quantidade de pena. A pesquisa apontou que, dentre os condenados a pena igual ou superior a 8 anos, “apenas” 4 mil seriam presos a partir da decisão do STF no HC 126.292.

Ocorre que a “opção metodológica” de excluir os réus com pena inferior a 8 anos distorce o resultado, pois há milhares de condenados a penas privativas de liberdade por tempo inferior a esse patamar quantitativo. Ser condenado a pena inferior a 8 anos não significa que o regime de cumprimento de pena não seja o fechado, já que o regime pode ser agravado, independentemente do *quantum* da pena, pelas circunstâncias do delito (CP, arts. 33, § 3º e 59). E ainda que o regime fixado seja o semiaberto ou aberto, a pena é privativa de liberdade.

Nem mesmo a alternativa de limitar esse corte aos condenados a pena superior a 4 anos corrige essa distorção. Pois também há inúmeros condenados a penas privativas de liberdade inferiores a esse patamar que serão atingidos pela decisão do STF. Talvez o professor tenha considerado que penas privativas de liberdade iguais ou inferiores a 4 anos permitem sempre a substituição por outras restritivas de direitos. O que não é verdade.

O artigo 44 do Código Penal, por exemplo, exclui a substituição em casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Dentro deste rol está o delito de roubo, crime pelo qual respondem ou foram condenados 21% dos presos no Brasil[1].

Também não podem ser beneficiados pela substituição da pena, réus reincidentes em crime doloso[2] ou de acordo com a discricionariedade judicial no caso concreto. Este último critério, inclusive, é muito comum nos casos de crimes de tráfico privilegiado de drogas, quando as

instâncias inferiores indeferem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos com fundamento na hediondez ou gravidade em abstrato do crime, ou ainda por outros motivos inidôneos (ex. REsp 1.595.269, AREsp 835.828, AREsp 421.820, AREsp 401.337).

Desta feita, o entendimento do STF no HC 126.292 não resultará num aumento de “apenas” 2% da população carcerária. Devem ser considerados também os condenados a pena igual ou inferior a 4 anos.

Na própria pesquisa da FGV há uma estimativa de mais de 60 mil réus que aguardam soltos o julgamento dos seus recursos e agravos em recursos especiais no STF e STJ. Não é um número insignificante. E trata-se apenas de uma fotografia do momento atual, que não reflete o aumento da pressão de demanda constante que recairá sobre um sistema prisional já extremamente sobrecarregado, num quadro que o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece ser de “violação massiva e persistente de direitos fundamentais” (ADPF 347 MC, Rel. Min. Marco Aurélio).

Na verdade, nem mesmo o número subestimado da pesquisa de 2% da população carcerária é insignificante, porque representaria, segundo a própria FGV, um acréscimo de 12 mil pessoas que seriam encarceradas num sistema prisional violador de direitos fundamentais. A chamada para um baixo percentual muitas vezes esconde a grandeza dos números absolutos.

Para a Defensoria Pública, 60 mil não valem mais que 12 mil, e estes não valem mais do que um só. O debate posto no STF cuida de garantia fundamental que se quer restringir fora dos limites do texto normativo. Portanto, considerações utilitaristas nesta seara são inadmissíveis. Percebe-se que alguns Ministros, segundo suas manifestações na imprensa e no julgamento do HC nº 126.292, estão propensos a instrumentalizar pessoas para fins que reputam relevantes, como a construção de uma república livre da corrupção.

Não se discutem aqui as preocupações legítimas e pertinentes no quadro político atual para uma ação enérgica do Poder Judiciário contra práticas de corrupção. O problema é que o custo disso não pode ser suportado pela violação explícita dos direitos fundamentais de 60 mil pessoas, 12 mil pessoas ou apenas uma.

---

[1] Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOEPN – Junho de 2014*.

[2] Segundo pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA a pedido do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, um em cada quatro ex-condenados volta a ser condenado por algum crime no prazo de cinco anos

(<http://cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/577d8ea3d35e53c27c2ccc265cd62b4e.pdf>).

**RECOMENDADAS****JUSTIÇA***Por Livia Scocuglia***STJ condena sete, mas vai aguardar STF definir prisão após 2ª instância****PATROCINADO****Entrevista com Toboco: "Na semi (do IWC) eu tenho certeza que a gente chega"****OPINIÃO***Por Ademar Borges e Cláudio Pereira de Souza Neto***Uma proposta intermediária para o início da execução da pena no Brasil****PATROCINADO****Saiba como ganhar dinheiro com seu blog.****JUSTIÇA***Por Livia Scocuglia e Luiz Orlando Carneiro***STF causou "notável reviravolta" na presunção de inocência, crítica Marco Aurélio Mello**