



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Nota técnica nº 1/2017-LCFF

Brasília, 30 de outubro de 2017.

Assunto: **Nota técnica sobre execução provisória da pena**

I. INTRODUÇÃO

1. A presente Nota Técnica objetiva apresentar argumentos favoráveis à manutenção da tese da execução provisória da pena, à luz da realidade processual do Superior Tribunal de Justiça.
2. A tese da execução provisória da pena era adotada pelo Supremo Tribunal Federal até julgamento do HC nº 84.078, em 5 de fevereiro de 2009, de Relatoria do Ministro Eros Grau. Até então, sob a vigência de constituições anteriores e também após a Constituição de 1988, prevalecia a tese de que o recurso extraordinário não era dotado de efeito suspensivo¹.
3. No julgamento do HC nº 84.078, por sete votos a quatro, foi fixada a tese de que o princípio da presunção de inocência não era compatível com a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Contudo, tal entendimento era flexibilizado em algumas situações, quando constatada a utilização de recursos meramente protelatórios.
4. Em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC nº 126.292/SP, o Pleno do Supremo Tribunal Federal novamente reconheceu a possibilidade da execução

1 FRISCHEINSEN, Luiza Cristina; GARCIA, Mônica Nicida; GUSMAN, Fábio. Execução Provisória da Pena. Um contraponto à decisão do Supremo Tribunal Federal no *habeas corpus* 84.078. In: Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 491-543.

provisória da pena. Tal entendimento foi reafirmado no julgamentos das medidas cautelares nas ADCs 43 e 44.

5. No entanto, não obstante o entendimento do Plenário de que a execução provisória da pena não viola o princípio da presunção de inocência, alguns Ministros têm proferido decisões monocráticas, tanto deferindo liminares quanto concedendo ordens de *habeas corpus*, em sentido contrário ao das decisões do Pleno. Como exemplo, destacam-se os seguintes processos:

| Nº do processo | Resultado | Delito e pena |
|--------------------------|----------------------|--|
| HC-148.452/ES | Concessão da ordem | Estelionato – 15 anos e 10 meses |
| HC-147764/SP | Concessão da liminar | Lavagem de dinheiro – 4 anos e 10 meses |
| HC-146.815/MG | Concessão da liminar | Art. 1º, I, 8.137/90 – 4 anos, 2 meses e 12 dias |
| HC-147.427/GO | Concessão da ordem | Peculato – 9 anos |
| HC-148.525/SP | Concessão da ordem | Tráfico (8kg de cocaína) – 5 ano |
| HC-137.063/SP | Concessão da ordem | Corrupção passiva – 6 anos e 8 meses |
| HC-147.220/RJ | Concessão da ordem | Roubo – 4 anos |
| HC-147.688/RS | Concessão da ordem | Art. 313-A, CP – 9 anos, 8 meses e 20 dias |
| HC-148144/AM | Concessão da ordem | Estupro de vulnerável – 9 anos e 4 meses |
| HC-142012/DF - extensão | Concessão da liminar | Art. 3º, II, Lei nº 8.137/90 |
| HC-147.428/MG | Concessão da ordem | Homicídio qualificado – 8 anos |
| HC-147.452/MG | Concessão da ordem | Homicídio qualificado – 10 anos |
| HC-147.469/SC - extensão | Concessão de liminar | Art. 90, Lei nº 8.666 – 3 anos e 4 meses |

6. Dessa maneira, a presente nota técnica objetiva reforçar os argumentos pela manutenção da tese de possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado.

II. ANÁLISE

7. Um dos argumentos de ordem fática apresentados contra a possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado é que tal decisão impactaria na já crítica situação de superlotação carcerária.

8. No entanto, serão apresentados alguns dados que não corroboram essa tese.

9. Inicialmente, destaca-se estudo empírico realizado por HARTMANN et. al. (2016)², no qual objetivou-se medir o impacto da execução provisória da pena no sistema carcerário. O estudo alcançou a seguinte conclusão:

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 0,6% no número de apenados no sistema prisional. Longe, portanto, de previsões catastróficas propaladas pelos críticos do novo entendimento do Supremo sobre a execução da pena após condenação em segunda instância.

10. Desse modo, a partir dos dados obtidos nos acórdãos do STF e do STJ, verifica-se que o impacto da execução provisória da pena no sistema carcerário é muito baixo.

11. A atuação perante o Superior Tribunal de Justiça corrobora os dados obtidos pela pesquisa. O que se observa é que a maioria dos réus respondem ao processo presos, em especial aqueles de menor escolaridade e menor condição econômica, que cometem delitos de tráfico, roubo, homicídio e furto.

12. Os dados da Reunião Especial de Jurisdição do Conselho Nacional de Justiça, de 2017, demonstram que 66% dos presos já estão condenados, enquanto 34% estão em prisão provisória³.

13. Esse relatório também aponta que 29% dos presos provisórios respondem a ações penais pelo delito de tráfico de drogas.

14. Como cediço, o tráfico é o delito que mais demanda o Poder Judiciário, como demonstra o Relatório Justiça em Números de 2017, do Conselho Nacional de Justiça. Desse modo, tendo em vista a quantidade de presos provisórios pelo mesmo delito, pode-se inferir que não ocorreu um aumento significativo no número de pessoas encarceradas em razão da execução provisória da pena, pois estes já se encontravam detidos.

15. Por outro lado, a execução provisória da pena alcança outros delitos, nos quais, em geral, os réus respondem em liberdade e, posteriormente, é reconhecida a

2 HARTMANN, Ivan A.; KELLER, Clara Iglesias; VASCONCELOS, Guilherme; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Letícia; CHAVES, Luciano; BARRETO, Matheus; CHADA, Daniel; ARAÚJO, Felipe; TEIXEIRA, Fernando. 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. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2831802>. Acesso em: 24 out. 2017.

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Reunião Especial de Jurisdição – Conselho Nacional de Justiça – 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

prescrição. Tais fatos podem ser explicados por se tratar de acusados que dispõem de melhores condições financeiras e, conseqüentemente, possuem assistência jurídica individualizada e bem capacitada.

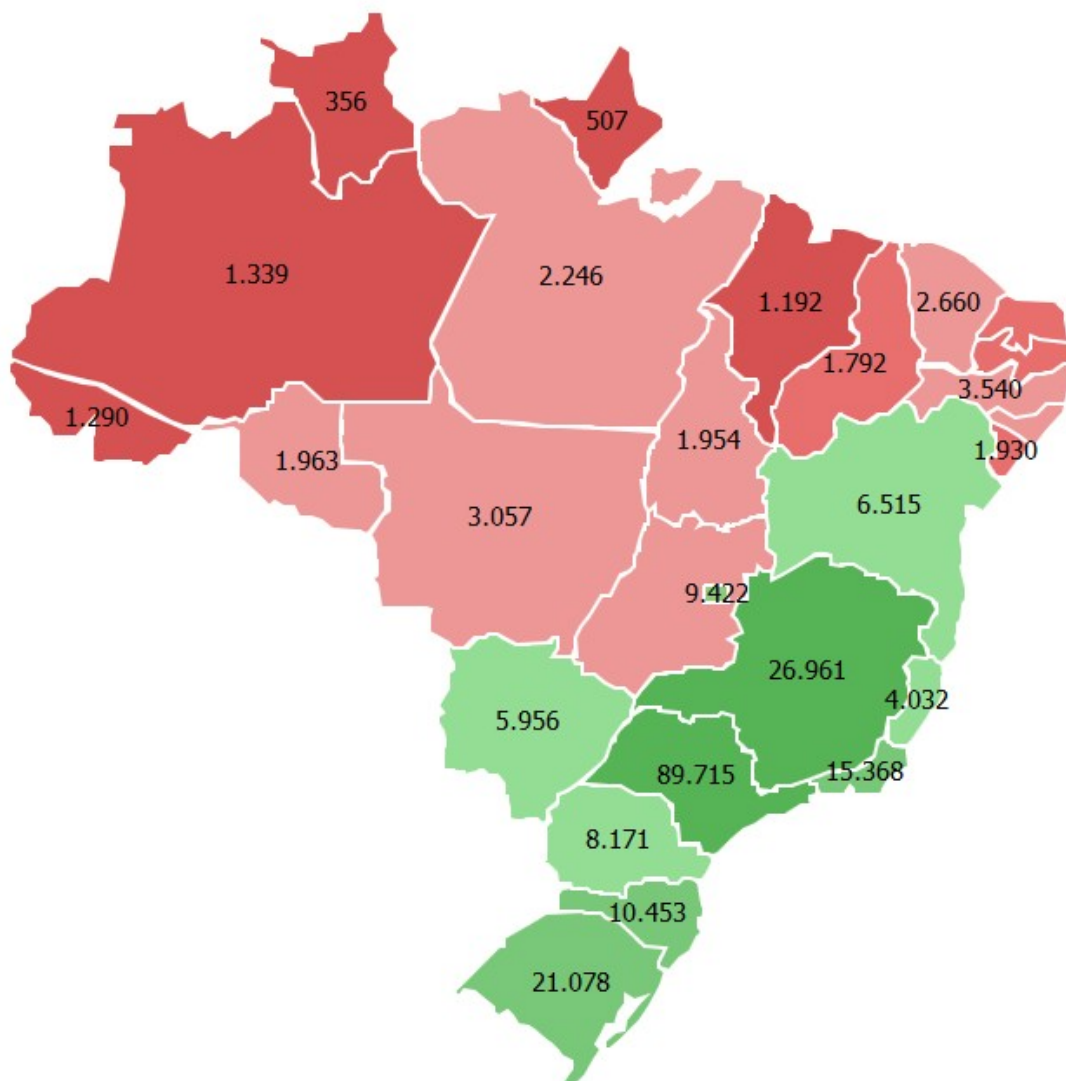
16. No julgamento das ADC-MC 43 e 44, o Ministro Barroso destacou, em seu voto, que a mudança de entendimento do STF em 2009 não só reforçou a interposição de recursos protelatórios, como também reforçou a seletividade do sistema penal.

17. Nesse mesmo voto, o Ministro apresenta outros dados significativos, que demonstram baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%). Ademais, destaca que:

Eventual taxa mais elevada de sucesso nesses recursos verificada em algumas unidades da federação, que se mantêm recalcitrantes em cumprir a jurisprudência pacífica dos tribunais superiores (por exemplo, em ilícitos relacionados a drogas), não deve se resolver, em princípio, com prejuízo à funcionalidade do sistema penal, mas com ajustes pontuais que permitam maior grau de observância à jurisprudência dos tribunais superiores.

18. De fato, a prática demonstra que, especialmente nos processos originários de São Paulo, de onde provém a maior parte dos recursos para o STJ, é frequente que os acusados por tráfico respondam ao processo presos, mesmo para pequenas quantidades de entorpecentes apreendidos. Ressaltam-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que demonstram a situação narrada: HC 417.520/SP, HC 399.325/SP, 394.754/SP, HC 390.156/SP, HC 388.736/SP.

19. Quantitativamente, de acordo com os dados do Sistema Único, utilizado pelo Ministério Público Federal, São Paulo é o estado com mais processos criminais no STJ, como demonstra o mapa abaixo, relativo aos anos de 2015, 2016 e 2017:



20. Já em relação aos assuntos dos processos, os dados do Sistema Único demonstram que os delitos mais frequentes para análise das Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça são, respectivamente, tráfico de drogas, roubo e homicídio.

21. Desse modo, se o objetivo é a redução da população carcerária, não é a mudança de entendimento sobre a execução provisória que amenizará o problema, mas uma sensibilização de Magistrados e Desembargadores para que observem a jurisprudência dos Tribunais Superiores e evitem a imposição de regimes mais gravosos e prisões preventivas desnecessárias, em especial para os casos de tráfico de drogas em pequenas quantidades de réus primários.

22. Além disso, a execução provisória da pena é especialmente importante para se evitar a prescrição de crimes graves, sobretudo crimes contra a Administração Pública. Uma rápida pesquisa aos últimos acórdãos da Quinta e Sexta Turmas do STJ e às

mais recentes decisões monocráticas, com o termo “prescrição”, demonstra a seguinte realidade:

| Acórdãos publicados em outubro de 2017 | | | |
|--|---------------------------------|--------------------|---------------|
| Nº do processo | Crime | Data do julgamento | Assistido por |
| HC 401.091/SP | Facilitação de descaminho | 17/10/2017 | Advogado |
| EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1.426.790/PR | Tráfico de drogas | 03/10/2017 | Advogado |
| AgRg no REsp 1.677.987/PA | Lesão corporal grave | 13/10/2017 | Defensoria |
| AgRg no REsp 1.041.609/SP | Violação de sigilo funcional | 16/09/2017 | Advogado |
| AgRg no HC 389.844 | Receptação | 21/09/2017 | Defensoria |
| AgRg no AREsp 590.051/RS | Crime contra a ordem tributária | 03/10/2017 | Defensoria |

| Monocráticas publicadas em outubro de 2017 (Limitadas aos 30 últimos resultados em função do volume) | | | |
|---|--|--------------------|------------------|
| Nº do processo | Crime | Data do julgamento | Assistido por |
| RHC 63.273/ES | Apropriação indébita previdenciária | 26/09/2017 | Advogado |
| REsp 1.700.694/SP | Furto | 25/10/2017 | Defensoria |
| EDcl no AgRg no REsp 1675013/RO | Crime ambiental | 25/10/2017 | Defensoria |
| REsp 1657985/CE | Estelionato | 25/10/2017 | Defensoria |
| REsp 1460212/RS | Crime contra o sistema financeiro | 25/10/2017 | Advogado |
| AREsp 1.089.996/AM | Apropriação indébita previdenciária | 25/10/2017 | Advogado |
| AREsp 949.773/SP | Furto | 25/10/2017 | Defensoria |
| REsp 1700694/SP | Furto | 25/10/2017 | Defensoria |
| EDcl no REsp 1.639.316/PR | Estelionato previdenciário | 25/10/2017 | Em causa própria |
| AgRg no AREsp 1.026.839/AM | Tráfico de drogas | 25/10/2017 | Defensoria |
| AREsp nº 838.172/TO | Falsificação de documento público | 23/10/2017 | Defensoria |
| HC 412.167/SP | Furto | 23/10/2017 | Defensoria |
| HC 409.305/SP | Contrabando | 23/10/2017 | Defensoria |
| HC 406.479/RO | Redução a condição análoga à de escravo | 23/10/2017 | Advogado |
| HC 401457/SP | Descaminho | 23/10/2017 | Advogado |
| REsp 1.688.092/SP | Corrupção passiva | 20/10/2017 | Advogado |
| REsp 1.667.810/RS | Estelionato | 20/10/2017 | Advogado |
| REsp 1.653.789/RN | Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação | 20/10/2017 | Defensoria |
| EDcl no REsp 1.492.457/RS | Crime ambiental | 20/10/2017 | Defensoria |
| AgRg no REsp 1.435.733/RS | Furto | 20/10/2017 | Defensoria |
| REsp 1.369.881/SC | Crime contra o sistema financeiro | 20/10/2017 | Advogado |

| Monocráticas publicadas em outubro de 2017 (Limitadas aos 30 últimos resultados em função do volume) | | | |
|---|---|--------------------|---------------|
| Nº do processo | Crime | Data do julgamento | Assistido por |
| REsp 1.327.615 | Receptação | 20/10/2017 | Advogado |
| AREsp 1000751/PA | Uso de documento falso | 20/10/2017 | Defensoria |
| AREsp 971.227/SP | Roubo | 20/10/2017 | Advogado |
| AgRg no AREsp 908.817/RJ | Crime da Lei nº 8.666/93 | 20/10/2017 | Advogado |
| PET no AREsp 908.817/RJ | Peculato | 20/10/2017 | Advogado |
| PET no AREsp 539.888/RJ | Condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada | 20/10/2017 | Advogado |
| HC 414.789/SP | Condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada | 20/10/2017 | Defensoria |
| AREsp 305.078/MS | Estelionato previdenciário | 20/10/2017 | Advogado |
| REsp 1.682.044/RS | Furto | 19/10/2017 | Advogado |

23. O quadro acima reflete com uma boa margem de exatidão quais os tipos de delito costumam prescrever. Como se observa, os crimes contra a Administração Pública aparecem com muito mais frequência do que os crimes que demandam mais do Poder Judiciário (tráfico, roubo e homicídio), o que reforça o argumento de seletividade do sistema penal.

24. Conforme ressaltado no AgRg no HC 141.978/SP, julgado pela Primeira Turma do STF em 23 de junho de 2017, a execução provisória da pena tem como finalidade garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados.

25. Não é demais lembrar que, no exame dos recursos extraordinário e especial, é vedado o reexame fático-probatório, de modo que o juízo de culpabilidade realizado em segundo grau não será modificado pelas instâncias superiores.

26. Além disso, a via do *habeas corpus* estará sempre disponível ao réu para correção de abusos e ilegalidades, bem como para concessão de efeito suspensivo aos recursos caso demonstrada a excepcionalidade do caso.

III. CONCLUSÃO

27. Do exposto, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal manifesta-se pela manutenção da tese da execução provisória da pena, a fim de que se preserve a efetividade do sistema penal.

Brasília, 30 de outubro de 2017

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN
Coordenadora da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão