

## É EFICIENTE A PRISÃO A PARTIR DA DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA?

FERNANDO B. MENEGUIN  
MAURÍCIO S. BUGARIN  
TOMÁS T. S. BUGARIN

Em 1º de setembro deste ano, o Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou o julgamento conjunto de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 43 e 44, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados de Brasil (OAB), respectivamente. Nessas ações, pleiteia-se o reconhecimento da validade e vigência do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual, segundo argumentam os autores, seria claro ao condicionar o início de cumprimento da sentença condenatória ao trânsito em julgado.<sup>1</sup>

Por isso, vimos deflagrar-se, com renovado vigor, o debate acerca da possibilidade de execução da sentença condenatória a partir da sua confirmação pelo Tribunal de segunda instância. Afinal, desta vez o entendimento a ser firmado gozará de efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, ou seja, dele não poderão divergir as demais Cortes (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99).

As referidas ações poderão, em último plano, alterar o posicionamento recentemente firmado pelo Pleno do STF que, ao negar *habeas corpus* por 7 votos a 4, afirmou a possibilidade de início da execução da pena após a confirmação da sentença pelo Tribunal recursal (HCnº 126.292, julgado em 17 de fevereiro de 2016).

Ao julgar o HC, o relator, Min. Teori Zavascki, destacou o exaurimento da cognição da matéria fática com a decisão de segundo grau, porquanto as vias extraordinárias (recurso especial, apreciado pelo STJ, e recurso extraordinário, dirigido ao STF) se destinariam apenas à resolução de questões jurídicas (isto é, propõe-se a firmar a correta interpretação do Direito, a fim de manter a coesão do ordenamento jurídico). Logo, "... é [...] no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado".

---

<sup>1</sup> CPP, Art. 283: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva."

O Min. Luís Roberto Barroso, por sua vez, asseverou a inversão da presunção de inocência após a manutenção da condenação pelo Tribunal recursal, de modo que, a seu ver, a garantia constitucional se encerraria com dois graus jurisdicionais. Advertiu, também, o incorreto estímulo à interposição de recursos protelatórios, caso se aguardasse o trânsito em julgado para a execução penal: "*... os advogados criminais não podem ser condenados a, por dever de ofício, interpor um recurso atrás de outro recurso para, ao final, colherem uma prescrição e a eventual não punição de seu cliente. Esse é um destino inglório para qualquer profissional [...]. Não é uma crítica ao advogado, é uma crítica ao sistema, que é um desastre completo.*"

Raciocínios semelhantes foram expostos pelos Ministros Edson Fachin, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Luiz Fux, havendo o último pontuado a "deformação eloquente" do princípio da não culpabilidade ocasionada pela interpretação até então prevalente a qual, por não encontrar ressonância no meio social, estava a causar indesejável incongruência entre as expectativas da sociedade e as decisões judiciais.

Essa posição majoritária enfrentou fortes resistências, tanto dos Ministros vencidos, como de parcela considerável da doutrina. O Min. Ricardo Lewandowski assentou sua perplexidade ante a reversão jurisprudencial, alertando para o agravamento do já combatido sistema carcerário; o Min. Marco Aurélio, por sua vez, apregoou a necessária observância da literalidade do preceito constitucional (art. 5º, LVII, CF), que não abriria margem para a interpretação firmada no voto vencedor, bem assim a preocupação de serem encarceradas pessoas inocentes.<sup>2</sup> Em âmbito acadêmico, diversos estudiosos igualmente se opuseram, criticando, principalmente, o caráter ativista da decisão.<sup>3</sup>

Esse embate pôs em evidência – ao lado de controvérsias eminentemente dogmático-jurídicas – uma polêmica de ordem pragmática: qual é o ponto de equilíbrio entre a celeridade e a justiça dos julgamentos que seja idôneo ao atendimento dos anseios sociais; ademais, quão eficiente seria o nosso sistema processual penal, caso se passe a permitir, de modo amplo, a execução da sentença penal condenatória após o acórdão confirmatório do

---

<sup>2</sup>O inteiro teor dos votos está disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=126292&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> <acesso em: 09/09/2016>.

<sup>3</sup>Por todos, STRECK, Lênio Luiz. *Teori do STF contraria Teori do STJ ao ignorar lei sem declarar inconstitucional*. Conjur, 19/02/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-19/streck-teori-contraria-teori-prender-transito-julgado> <acesso em: 09/09/2016>.

Tribunal de segundo grau. Sinteticamente, cabe indagar: a decisão do STF no HC 126.292, a ser reavaliada nas ADCs nºs 43 e 44, salvaguarda "o equilíbrio entre o direito à liberdade e a eficiência"?<sup>4</sup> Para solver tal indagação, o instrumentário da análise econômica do direito (*Law and Economics*) oferece significativo auxílio, conforme veremos.

Como se sabe dos estudos de *Law and Economics*, a pena é equivalente a um preço que se paga pela realização de uma atividade ilegal. O sistema penal deve prover um conjunto de mecanismos que, de maneira análoga a quaisquer outras atividades de natureza econômica, fixe preços suficientemente altos para inibir delitos. Isto é, a pena tem o poder de reduzir o benefício esperado da atividade ilegal – de acordo com arcabouço desenvolvido pelo trabalho pioneiro do prêmio Nobel Gary Becker em 1968<sup>5</sup> e discutido anteriormente no blog em [relação à própria legislação penal](#) e em uma [aplicação sobre a reforma política](#).

De fato, conforme explica Shikida (2010)<sup>6</sup>, o sucesso da atividade ilegal está correlacionado com o lucro. O praticante do ilícito é o sujeito que organiza o projeto, reunindo os fatores de produção disponíveis e assumindo os riscos inerentes à atividade efetuada, podendo perceber lucros ou incorrer em prejuízo. O cerceamento da liberdade integraria o prejuízo.

No entanto, se a pena não é aplicada, o mecanismo desenhado para coibir o crime não funcionará ou, pelo menos, terá sua eficácia diminuída. Por outro lado, impor o cumprimento da pena num primeiro momento faz surgir o risco de se punir um inocente.

O dilema subjacente ao HC nº 126.292 e às ADCs nºs 43 e 44 é que, se por um lado a sociedade deseja a execução imediata para reduzir a criminalidade, ela também se preocupa com uma punição injusta, sugerindo assim a execução apenas no final do julgamento. O confronto dessas duas preocupações determinará a escolha ótima da sociedade.

Uma maneira de avaliar as duas possibilidades e decidir qual é a melhor para a sociedade consiste na comparação do bem-estar social nos dois casos, conforme cuidadosamente modelado em estudo desenvolvido por estes autores em 2011 (Meneguim,

---

<sup>4</sup>FREITAS, Vladimir Passos de. *Supremo restaura equilíbrio ao determinar execução provisória da pena*. Conjur, 21/02/2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/segunda-leitura-stf-restaura-equilibrio-determinar-execucao-provisoria-pena> <acesso em: 09/09/2016>.

<sup>5</sup>BECKER, G. S. *Crime and Punishment: an economic approach*. Journal of Political Economy, v.76, n. 01, 1968.

<sup>6</sup>SHIKIDA, P. F. A. *O problema da impunidade no Brasil a partir de evidências empíricas*. 2010. Mimeo.

Bugarin e Bugarin, 2011<sup>7</sup>). Para tanto, utiliza-se o critério de Bentham, que supõe uma função de bem-estar social correspondente à soma das utilidades individuais dos cidadãos que formam a sociedade. Assim, temos valores de utilidade associados aos que não foram vítimas do crime, aos que sofreram o ilícito, bem como um valor relativo ao réu que variará conforme sua prisão ocorra conforme sua verdadeira culpa. Nesse tipo de modelagem, é importante também especificar uma probabilidade que refletirá as chances de o acusado ser realmente culpado.

Da solução do modelo, algumas inferências podem ser feitas. A primeira delas é que a execução imediata da sentença é mais aconselhável à medida que as instituições funcionem melhor, ou seja, julgamentos com baixo índice de erro. Esse resultado talvez explique porque a execução imediata de sentença em países mais avançados não é vista como abuso de direitos humanos, como é o caso da Inglaterra e dos Estados Unidos. Afinal, as investigações tendem a ser de melhor qualidade nessas nações do que em países em desenvolvimento.

Também é preferível executar imediatamente a sentença se a probabilidade de repetição da prática criminosa for alta. Essa observação sugere que a decisão sobre a aplicação da sentença não deve ser uniforme para todos os tipos de ilícitos. Para aqueles para os quais há elevada probabilidade de reincidência, como o tráfico de drogas e os roubos, a sentença imediata é preferível, enquanto aqueles nos quais há baixa probabilidade de reincidência, como os crimes passionais, a postergação da execução passa a ser mais indicada.

Se o dano sofrido pela vítima for considerável, também se recomenda a execução imediata da sentença, pois quanto maior for o dano causado a uma vítima, maior o custo social esperado associado ao risco de se manter livre um criminoso. Portanto, maior deve ser o benefício social em se punir imediatamente. Em particular, crimes que envolvem tirar a vida de uma pessoa devem ter execução imediata.

Por fim, quanto mais cidadãos forem prejudicados com o comportamento criminoso, maior será o custo social da reiteração delitiva e, portanto, maior será o benefício da aplicação imediata da sentença. Esse será o caso, por exemplo, dos crimes vagos, isto é,

---

<sup>7</sup>MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, MaurícioS.; BUGARIN, TomásT.S.*Execução Provisória da Sentença: uma análise econômica do processo penal*. Economic Analysis of Law Review 2(2): 204-229, 2011. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewFile/2%20EALR%20204/2%20EALR%20204><acesso em 09/09/2016>

daquelas infrações penais que têm como sujeito passivo toda a sociedade. Observe que este resultado é verdadeiro mesmo que cada um dos cidadãos prejudicados tenha pequeno prejuízo, uma vez que é a multiplicação desse prejuízo por grande número de indivíduos que causa o elevado custo social. Esta propriedade sugere que parcela significativa dos crimes do tipo de colarinho branco, nos quais muitas pessoas são afetadas, e dos crimes contra a administração pública, tal como a corrupção, devem ser imediatamente punidos, ainda que o prejuízo individual não seja tão claramente determinado. É sob essa ótica que endossamos as palavras de Sérgio Moro e Antônio Bochenek:

Não adianta ter boas leis penais se a sua aplicação é deficiente, morosa e errática. No Brasil, contam-se como exceções processos contra crimes de corrupção e lavagem que alcançaram bons resultados. Em regra, os processos duram décadas para ao final ser reconhecida alguma nulidade arcana ou a prescrição pelo excesso de tempo transcorrido. Nesse contexto, qualquer proposta de mudança deve incluir medida para reparar a demora excessiva do processo penal.

A melhor solução é a de atribuir à sentença condenatória, para crimes graves em concreto, como grandes desvios de dinheiro público, uma eficácia imediata, independente do cabimento de recursos.<sup>8</sup>

Vale notar que, no caso dos delitos apontados – crimes de colarinho branco e contra a administração pública –, normalmente estão presentes ao menos duas das quatro condições que reforçam a aplicação antecipada da sentença: maior grau de convicção do juiz, denotando probabilidade menor de reforma da sentença condenatória (pois, geralmente, os réus possuem condições financeiras para a contratação de bons advogados que se desincumbem de seu mister com notável capacidade) e prejuízo a grande número de cidadãos, sugerindo que, nessa situação, não se deva esperar para executar a sentença.

Observe, todavia, que todas as condições assinaladas estão atreladas ao tipo de crime(e suas consequências) e à qualidade das instituições, de forma que a execução imediata

---

<sup>8</sup>MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. *O problema é o processo*. Estadão, 29/03/2015. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/> <acesso em: 09/09/2016>.

da sentença pode ser indicada em alguns casos e rejeitada em outros. Essa constatação é importante, uma vez que fornece um rumo para o aperfeiçoamento das leis penais, indicando que a imediata execução da pena deve estar relacionada com o tipo de ilícito cometido.

Evidentemente, as proposições acima delineadas não solucionam todas as complexidades inerentes à temática. Contudo, ostentam préstimo para formatar uma solução consentânea aos valores constitucionais a serem preservados e poderão sugerir a maior adequação de uma decisão intermediária do STF nas ADCs a serem julgadas, possibilitando-se a execução imediata da sentença condenatória quando constatadas, em concreto, determinadas contingências (*e.g.* especial gravidade dos fatos; acerbada culpabilidade; elevada periculosidade; ampla instrução probatória e contundência dos elementos de informação a fundamentar a convicção do juiz; etc.), mas rejeitando-a em outros casos (*e.g.* quando substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos; réu primário, com bons antecedentes; e consequências do crime normais à espécie delitiva; etc.).

Este texto está disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/?p=2864>