

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

*Fernando B. Meneguim*¹

*Maurício S. Bugarin*²

*Tomás T. S. Bugarin*³

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.⁴

Por isso, vimos deflagrar-se, com renovado vigor, o debate acerca da possibilidade de execução do édito condenatório 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 os demais órgãos jurisdicionais (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 1999).

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 (HC nº 126.292, julgado em 17 de fevereiro de 2016).

¹ Mestre e Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Consultor Legislativo do Senado Federal. Pesquisador do *Economics and Politics Research Group* – EPRG, CNPq/UnB (www.econpolrg.com).

² PhD em Economia pela Universidade de Illinois. Professor Titular do Departamento de Economia da Universidade de Brasília e Líder do *Economics and Politics Research Group* – EPRG, CNPq/UnB.

³ Especialista em Direito Civil. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Advogado. Pesquisador do *Economics and Politics Research Group* – EPRG, CNPq/UnB.

⁴ 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".

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 ao desate 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”.

Nessa senda, o Min. Luís Roberto Barroso acentuou 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: “Advogados criminais não podem ser condenados, por dever de ofício, a interpor infundáveis recursos. Isso é um trabalho inglório, e aqui a crítica não é aos advogados, é ao sistema”.

Raciocínios semelhantes foram expostos pelos Ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux, havendo o último pontuado a “deformação eloquente” do princípio da não culpabilidade ocasionada pela interpretação até então prevalecente. Arrematou, nessa esteira: “Quando uma interpretação constitucional não encontra eco no tecido social, quando a sociedade não a aceita, ela fica disfuncional. É fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência social”.

A 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 combalido sistema carcerário; o Min. Marco Aurélio, por sua vez, apregoou a necessária adstrição à literalidade do preceito constitucional (art. 5º, LVII, CF), que não abriria margem para a interpretação sufragada pelo voto vencedor, bem assim a preocupação de serem encarceradas pessoas inocentes.⁵ Em âmbito acadêmico, diversos estudiosos igualmente se opuseram, criticando, principalmente, o caráter ativista da decisão (STRECK, 2016).⁶

⁵ 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.

⁶ 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.

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 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”?⁷ Para solver tal perquirição, o instrumentário da análise econômica do direito 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 (Becker, 1968).⁸

De fato, conforme explica Shikida (2010)⁹, 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.

⁷ 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.

⁸ BECKER, G. S. *Crime and Punishment: an economic approach*. Journal of Political Economy, v.76, n. 01, 1968.

⁹ SHIKIDA, P. F. A. *O problema da impunidade no Brasil a partir de evidências empíricas*. 2010. Mimeo.

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 (Meneguín, Bugarin e Bugarin, 2011¹⁰). 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 e 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, daquelas infrações penais que têm como sujeito passivo toda a sociedade.

¹⁰ MENEGUÍN, Fernando B.; BUGARIN, Maurício S.; BUGARIN, Tomás T. 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.

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.¹¹

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 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.

¹¹ 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.

Evidentemente, as proposições acima delineadas não solucionam todas as complexidades inerentes à temática. Sem embargo, 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).

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barbosa de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

Senado Federal

Anexo II, Bloco A, Ala Filinto Müller, Gabinete 4

CEP: 70165-900 – Brasília – DF

Telefone: +55 61 3303-5879

E-mail: conlegestudos@senado.leg.br

Os boletins Legislativos estão disponíveis em:

www.senado.leg.br/estudos

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

MENEGUIN, F. B; BUGARIN, M. S; BUGARIN, T. T. S. É eficiente a prisão a partir da decisão de segunda instância? Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Setembro/2016 (**Boletim Legislativo nº 51, de 2016**). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 13 de setembro de 2016.