




Centro de Estudos da
Consultoria do Senado



Execução Imediata da Sentença: uma análise econômica do Processo Penal

Fernando B. Meneguim
Maurício S. Bugarin
Tomás T. S. Bugarin

Textos para Discussão

90

Abril/2011

SENADO FEDERAL

CONSULTORIA LEGISLATIVA
Bruno Dantas – Consultor Geral

CONSULTORIA DE ORÇAMENTOS
Orlando de Sá Cavalcante Neto – Consultor Geral

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.



Criado pelo Ato da Comissão Diretora nº 09, de 2007, o Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal tem por objetivo aprofundar o entendimento de temas relevantes para a ação parlamentar.

CENTRO DE ESTUDOS
Fernando B. Meneguim – Diretor

CONSELHO CIENTÍFICO
Caetano Ernesto Pereira de Araujo
Fernando B. Meneguim
Luís Otávio Barroso da Graça
Luiz Renato Vieira
Paulo Springer de Freitas
Raphael Borges Leal de Souza

Contato:
conlegestudos@senado.gov.br

URL: <http://www.senado.gov.br/conleg/centroaltosestudos1.html>

ISSN 1983-0645

EXECUÇÃO IMEDIATA DA SENTENÇA: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO PENAL

Fernando B. Meneguim¹

Maurício S. Bugarin²

Tomás T. S. Bugarin³

RESUMO

A admissão da execução provisória quando da sentença de primeiro grau da Justiça é tema extremamente discutido no âmbito penal. Punir imediatamente ou aguardar sentença condenatória definitiva do Poder Judiciário tem benefícios e custos para a sociedade. Os benefícios da execução provisória estão associados à questão de segurança pública e os custos aparecem com a possibilidade de se praticar injustiças. Este artigo, por meio de um modelo econômico que compara o bem-estar social na presença e na ausência da execução imediata da sentença, fornece várias inferências sobre qual deveria ser a postura ótima da sociedade sobre o tema. Os principais resultados são que a execução imediata da sentença é mais aconselhável se: a) as instituições jurídicas forem mais eficientes; b) for maior a probabilidade de reincidência do crime; c) o dano da vítima for considerável; e d) o crime gerar malefícios a uma quantidade maior de pessoas.

PALAVRAS-CHAVE: Execução imediata da sentença. Crime. Bem-Estar Social.

CLASSIFICAÇÃO JEL: D02, K14, K40

¹ Doutor em Economia. Consultor Legislativo e Diretor do Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal. E-mail: meneguim@senado.gov.br. End. para correspondência: Senado Federal/Consultoria Legislativa – Anexo II – Bl. B – CEP 70165-900 – Brasília/DF.

² Ph.D. em Economia. Professor Titular do CERME/UnB. E-mail: bugarin@unb.br. Endereço para correspondência: Universidade de Brasília, Campus Darcy Ribeiro, ICC Norte, Asa Norte, CEP 70910-900 – Brasília/DF.

³ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: tomas_0989@hotmail.com. Endereço para correspondência: Rua Mário Amaral, 400, Paraíso – CEP 04002-020 – São Paulo/SP.

PROVISIONAL DETENTION BY CRIMINAL COURTS: AN ECONOMIC ANALYSIS OF CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

The ordinance of temporary detention by lower courts is highly discussed in the field of criminal law. To immediately order detention or wait for the final ruling of the Judiciary after all instances has both benefits and costs to society. The benefits of the ordinance of provisional detention are associated with the issue of public safety while the costs are related with the possibility of injustice. This paper seeks to provide several conclusions about what should be the optimal position of society on the issue using an economic model that compares the social welfare in the presence and absence of the use of provisional measures by criminal courts. The main findings are that the immediate order of provisional detention by lower courts is more appropriate if: a) insofar as the judicial institutions are more efficient; b) the potential recurrence of crime is high; c) the damage to the victim is considerable; and d) the harm of the crime affects a greater amount of people.

KEY WORDS: Provisional Detention by Criminal Courts. Crime. Social welfare.

CLASSIFICAÇÃO JEL: D02, K14, K40

INTRODUÇÃO

Há muito se tem firmado doutrinariamente que o processo é o instrumento democraticamente adequado, por meio do qual uma parte pleiteia a tutela jurisdicional sobre uma pretensão a que sustenta ser titular⁴. Modernamente, entende-se que a tutela do Poder Judiciário somente será justa e eficaz se for célere.

Tamanha relevância adquiriu esse entendimento, que está esculpido como cláusula pétrea em nossa Constituição Federal⁵. Neste ínterim, começou-se a ponderar que a efetivação da tutela jurisdicional somente acontece concretamente com a execução da sentença, em face da certeza da justiça.

No âmbito civil, pode-se afirmar que a doutrina moderna majoritária já defende que há de se admitir a execução provisória da tutela. Existe, ainda, largo entendimento doutrinário no sentido de viabilizar a execução da sentença de primeiro grau, alegando-se que, se houve uma decisão do Poder Judiciário, ainda que por juízo singular, já se tem reconhecido o direito, mesmo que preliminarmente. Em consequência, não há motivo para imputar àquele que teve o direito reconhecido o ônus de aguardar o posicionamento do Tribunal, visto que a apelação tem, em regra, o efeito suspensivo.

No entanto, no âmbito penal, devido aos valores sobre o qual incidiriam a execução provisória da sentença de primeiro grau, notadamente a privação de liberdade, maior é o debate quanto à admissão da execução provisória da sentença.

Em 5 de fevereiro de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF)⁶ decidiu, por sete votos a quatro, que não pode haver execução provisória da pena até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Essa é uma questão complexa e muito discutida no meio jurídico. Como a legislação processual penal brasileira permite uma série de recursos ao réu, cria-se uma situação em que, apesar de haver condenação nas primeiras instâncias, a decretação da prisão não acontece.

⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo.

⁵ Constituição Federal, Art. 5º, inciso LXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁶ Julgamento do Habeas Corpus 84.078-7/MG.

O debate gira em torno da possibilidade da execução provisória da pena e se ela ofende ou não o princípio da presunção de inocência, o qual, segundo a redação constitucional, demanda o *trânsito em julgado* da decisão condenatória.⁷

O Estado, a fim de garantir a permanência do Contrato Social, assim como a necessária convivência social harmônica, estipulou leis que visam reprimir condutas lesivas à estabilidade da sociedade. O Direito Penal, principalmente, regula aquelas condutas que poderiam tornar, se reiteradamente praticadas, a coexistência inviável.

Desta forma, quando de Direito, o Estado detém o monopólio do dever-poder de perseguir judicialmente os infratores da lei, fundamentado no entendimento de que os crimes representam dano à sociedade, e, por assim serem, têm como vítima mediata o Estado. Também exerce monopólio sobre dois outros poder-deveres, o de punir o criminoso, estabelecendo a pena cabível no caso concreto, e o de executar esta pena. Ao monopolizar estes poderes, o Estado de Direito exerce-os com restrições.

De um lado, têm-se os direitos subjetivos públicos, que são, no âmbito do Direito Penal, entre outros, o direito ao devido processo legal⁸, o direito ao contraditório e à ampla defesa⁹, a presunção da inocência¹⁰, que, como extensão, se remete também ao princípio que determina que, na dúvida, se julgará a favor do réu, e a observância, pelo Estado, do princípio da legalidade¹¹, que é a exigência da atuação com fulcro e amparado em lei. Cabe salientar que tais direitos se encontram em dispositivos inseridos na Constituição Federal como cláusula pétrea, de forma que somente poderiam ser restringidos diante do exercício de um Poder Constituinte Originário.

Logo, muito embora tenha que observar tais direitos subjetivos públicos, deve também zelar pela proteção à sociedade. Neste escopo, percebe-se que a morosidade da condenação e dos efeitos da sentença podem ser extremamente prejudiciais para a

⁷ A decisão que transita em julgado passou a ser definitiva, pois sobre ela não cabe mais qualquer recurso, tornando-se irrevogável e irretratável, na mesma relação processual.

⁸ Constituição Federal, Artigo 5º, inciso LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

⁹ Constituição Federal, Artigo 5º, inciso LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹⁰ Constituição Federal, Artigo 5º, inciso LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹¹ Constituição Federal, Artigo 5º, inciso XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

sociedade, entre outros fatores, por auxiliar na proliferação da sensação de impunidade, assim como possibilitar o cometimento de novos crimes, uma vez que aquele que cometeu um crime tem periculosidade, na acepção jurídica da palavra, maior que aquele membro da sociedade que nunca cometeu crime algum.

Outro grave problema consiste no fato de que as condições socioeconômicas diferenciadas entre os brasileiros geram também aplicações penais desiguais entre os cidadãos. Nossa justiça penal é incapaz de traduzir diferenças e desigualdades em direitos. Isso acontece, em parte, pela maior dependência da população carente à assistência judiciária proporcionada pelo Estado. Apesar de as normas garantirem igualdade entre os cidadãos, inclusive como garantia constitucional, na prática, a atuação seletiva da justiça criminal cria e reforça as desigualdades sociais. Em outras palavras, aqueles que não podem pagar bons advogados, têm prisão decretada logo após a condenação na primeira instância, enquanto os mais abastados conseguem protelar a prisão diversas vezes ou mesmo evitá-la.

Essa impressão é endossada pelo Subprocurador-geral da República, Wagner Gonçalves, que, em entrevista à ONG Contas Abertas¹², comentou que o entendimento do STF de que a execução da pena só pode acontecer depois do trânsito em julgado cria um espaço entre os que podem pagar bons advogados - e estes eternizam as ações - e aqueles que não podem, e, por isso, ficam com a assistência judiciária gratuita - defensores públicos, que estão abarrotados de processos e não podem acompanhar uma ação penal em todas as instâncias, como fazem os advogados bem pagos.

Essa sensação de impunidade é bem mais nítida quando se fala em crimes de colarinho branco e contra a administração pública e tributária. Na mesma entrevista citada acima, o Subprocurador-geral comenta o caso de uma mulher que foi presa por cerca de dois meses em outubro de 2008 por ter pichado as paredes de um salão da 28ª Bienal de Artes de São Paulo e a situação do banqueiro Daniel Dantas, acusado de vários crimes considerados bem mais graves, que foi solto duas vezes durante a mesma semana depois ter sido preso pela Polícia Federal. Segundo o Subprocurador, isso se

¹² Entrevista transcrita no site <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/802697/subprocurador-da-republica-cadeia-no-brasil-e-para-preto-pobre-e-prostituta>

deve à quantidade de recursos disponíveis no Código de Processo Penal e à possibilidade de se contratar um bom advogado.

O trecho acima ilustra a situação brasileira na qual, em geral, a punição só começa a surtir efeito após ter expirada a última possibilidade de recurso. Em outros países, no entanto, a pena começa a ser cumprida logo após a condenação em primeira instância, conforme Frischeisen, Garcia e Gusman (2008). Obviamente o réu tem direito a recorrer, mas a pena já começou a ser cumprida.

Como se sabe dos estudos em análise econômica do direito, 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 que venham a inibir as atividades economicamente ineficientes, no caso, que dificultem a realização dos delitos. Isto é, a pena tem o poder de reduzir o benefício esperado da atividade ilegal. No entanto, se a pena não é aplicada, o mecanismo desenhado para coibir o crime não funcionará ou, pelo menos, terá sua eficácia diminuída (Becker, 1968).

Por outro lado, impor o cumprimento da pena num primeiro momento faz surgir o risco de se punir um inocente.

O processo penal é a forma através do qual o Estado, por meio do Ministério Público, pleiteia a tutela jurisdicional de sua pretensão punitiva. Assim, apesar de ser o processo de conhecimento de vital importância em um Estado Democrático de Direito, ele não esgota, por si só, a pretensão que o Estado visa exercer; necessária é a efetiva execução da pena.

Enfim, essas duas possibilidades, punir de imediato ou aguardar a última instância do Judiciário se pronunciar, possuem benefícios e custos para a sociedade. Este artigo pretende comentar a legislação processual penal brasileira sobre a execução provisória da pena, compará-la com a situação em alguns países e, por fim, elaborar modelo econômico visando entender, em primeiro, quais são os principais efeitos da existência de várias instâncias de recurso e, em segundo lugar, os dilemas de cada mecanismo e, se possível, oferecer uma proposta de regulamentação ótima do ponto de vista social específica para o Brasil.

Em outros termos, o que se comentará será o efeito suspensivo do recurso interposto perante a sentença penal condenatória. Humberto Theodoro Júnior define o efeito suspensivo como um efeito básico do recurso que impede ao decisório impugnado a produção de seus efeitos naturais enquanto não solucionado o recurso interposto¹³. Não há dúvida quanto ao efeito devolutivo do recurso em matéria penal, que segundo Fernando Capez, é um efeito comum a todos os recursos, na medida em que devolvem o conhecimento de determinada matéria impugnada, podendo ser tal matéria mera questão processual¹⁴. Entretanto, quanto ao efeito suspensivo, seria socialmente recomendável que se suprimisse este efeito dos recursos para que fosse possível a execução da sentença do juiz de primeiro grau ainda antes da decisão do juízo que proferirá a sentença que estará revestida pela coisa julgada e, quando cabível, o referendo do Tribunal.

Comenta tal questão, sob a ótica civilista, Humberto Theodoro (2009):

O efeito suspensivo (impedimento da imediata execução do decisório impugnado) pode ser afastado, em determinados casos, por não ser sempre essencial ao fim colimado pelos recursos. De maneira geral, os atos de execução só devem ocorrer depois que a decisão se tornar firme (coisa julgada ou preclusão *pro iudicato*), por exigência mesma do princípio do devido processo legal. Enquanto não se esgotam os meios de debate e defesa, enquanto não se exaure o contraditório, não está o Poder Judiciário autorizado a invadir o patrimônio da parte (CF, art. 5º, LIV e LV). Há casos excepcionais, contudo, em que a boa realização da Justiça abre efetivação, de imediato, das medidas deliberadas em juízo.

Para discutir o tema, além desta introdução, este artigo encontra-se dividido da seguinte forma: na primeira seção, há um resumo das possibilidades existentes para o desenvolvimento do processo penal no Brasil. Na seção 2, analisa-se como o assunto é tratado no ordenamento jurídico de outros países. A terceira seção traz uma síntese de como a literatura econômica discorre sobre criminalidade. A seção 4 apresenta alguns dados quantitativos sobre as decisões nos tribunais estaduais. A modelagem econômica do tema, cerne deste estudo, consta da quinta seção. Por fim, a seção 6 traz as conclusões e considerações finais do trabalho.

¹³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, Volume I.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal.

1 OS RECURSOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA SENTENÇA

Atualmente, consolidou-se o entendimento que somente seria possível a execução da sentença penal condenatória transitada em julgado. Isto significa que enquanto não estiver revestida da *coisa julgada*, que é a característica de imutabilidade que estabiliza uma sentença quando irrecorrível, não haverá a possibilidade de se executar o decisório.

Assim, para Humberto Theodoro (2009):

Recurso em direito processual tem uma acepção técnica e restrita, podendo ser definido como o meio ou remédio impugnativo apto para provocar, dentro da relação processual ainda em curso, o reexame de decisão judicial, pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter-lhe a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração.¹⁵

Esta regra, em âmbito civil, já encontra inúmeras exceções, disciplinadas inclusive por lei, ou seja, já existem situações em que o legislador percebeu que a morosidade na produção de efeitos da sentença seria extremamente prejudicial à parte e poderia, inclusive, inviabilizar que a Justiça fosse alcançada posteriormente. Exemplo claro de tal exceção são as situações em que há perigo de difícil ou impossível reparação caso a tutela jurisdicional seja morosa, situações em que se tornam fundamentais medidas rápidas e eficazes, as chamadas medidas cautelares.

Ainda antes de entrar em vigor a Lei 11.719/08 que revogou o art. 594 do Código de Processo Penal¹⁶ já havia grande debate quanto à constitucionalidade de tal dispositivo. Esforçava-se a doutrina para argumentar que não se trataria de execução provisória. Chegou, inclusive, o STJ a firmar a inteligência de que a prisão provisória, como requisito para apelar, não ofenderia a presunção de inocência¹⁷.

¹⁵ JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, vol. I.

¹⁶ Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

¹⁷ STJ Súmula 9. A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.

Entretanto, com a entrada da Lei 11.719/08 ao ordenamento jurídico, entendeu por bem o STF que descabia a exigência ao recolhimento da prisão para apelar¹⁸, de forma a tornar ainda mais excepcional a determinação do recolhimento à prisão antes do trânsito em julgado.

Existe uma série de recursos que podem ser apresentados no decorrer do processo penal. Em geral, estão disciplinados no bojo do Código de Processo Penal (CPP). São considerados recursos os determinados em sentido estrito, em sentido lato (apelação), os embargos de declaração, infringentes, e de nulidade, a revisão criminal, o recurso extraordinário e a carta testemunhável. Existem, ainda, o recurso especial, o mandado de segurança, o embargo de divergência, os agravos, e a controversa correição parcial, que, embora não constem do CPP, são determinados constitucionalmente, nas hipóteses indicadas. Por fim, existem o habeas corpus e o mandado de segurança que, embora tenham natureza distinta dos recursos, são instrumentos constitucionais colocados à disposição do réu.

A seguir, apresentamos um rápido resumo dessas possibilidades processuais.

O recurso em sentido estrito é a impugnação do interessado contra decisões do juízo de primeiro grau, permitindo a este juiz um novo pronunciamento antes do julgamento pela instância hierarquicamente superior. É admissível este recurso tanto nas sentenças em sentido estrito, como em despachos, podendo o juiz prolator obstar seu julgamento pelo tribunal ao se retratar. O artigo 581 do CPP arrola as decisões que podem ser impugnadas através do recurso em sentido estrito, sendo que a doutrina e a jurisprudência majoritária entendem ser este dispositivo exaustivo, havendo, entretanto, vozes que defendem ser exemplificativo.

A apelação é o pedido que se faz à instância superior, pleiteando o reexame das sentenças definitivas ou com força de definitivas do juiz singular e nas decisões do Tribunal do Júri nas hipóteses mencionadas expressamente no artigo 593 do CPP. Desta forma, tem como objetivo a modificação da sentença proferida, na qual o apelante foi sucumbente, com efeito substitutivo. A doutrina caracteriza esta espécie de recurso como *amplo*, uma vez que devolve ao juiz que julgará o recurso, o conhecimento de tudo realizado na instância inferior, se requerido pelo juridicamente interessado.

¹⁸ Julgamento do Habeas Corpus 84.495/SP.

Merecem destaque também os embargos de declaração, previsto nos artigos 619 e 620 do CPP. Trata-se de pedido de esclarecimento para deslindar dúvidas ou desmanchar equívocos inerentes à sentença. Podem ser opostos quando se entender que há, na sentença proferida, ambigüidade, existente quando a decisão permite duas ou mais interpretações, obscuridade, perceptível quando não há clareza na redação da decisão, contradição, em que duas ou mais afirmações na decisão são divergentes e não se harmonizam, ou omissão, quando o acórdão ou a sentença deixou de tratar matéria indispensável.

Outras possibilidades processuais são os embargos infringentes e de nulidade, que tem como finalidade, respectivamente a alteração da decisão objeto de discórdia entre os desembargadores que votaram, ou sua anulação, devendo o embargo de nulidade versar sobre questão processual. Ademais, devem os embargos citados atacar a decisão de segunda instância desfavorável ao réu. Estas formas de embargos estão previstos no artigo 609, parágrafo único do CPP.

Os embargos de divergência são possíveis quando existir divergência no julgamento realizado por Turmas, Seções ou Plenários diversos do STF ou do STJ, quando da decisão de casos análogos. Assim, caberá à Seção dirimir a divergência e o embargo, quando alegado a disparidade entre decisões de turmas, e ao Pleno no caso de decisões diferentes entre Seção e Pleno ou Turma e Seção. Estes embargos são regulados pelo regimento interno dos Tribunais.

A revisão criminal, disciplinada nos artigos 621 a 631 do CPP, pressupõe uma condenação e a injustiça de seu decisório. Tem como principal efeito a anulação da condenação anterior. Cabe salientar que apenas se permite a revisão em favor do réu e nunca da *sociedade*.

Mediante recurso extraordinário, nas palavras de Guilherme Nucci, se garante *a harmonia da aplicação da legislação infraconstitucional em face da Constituição Federal, evitando-se que as normas constitucionais sejam desautorizadas por decisões proferidas nos casos concretos pelos tribunais do país*¹⁹. Inspirado no *Judiciary Act* norte-americano de 1878, o recurso extraordinário tem como fundamento principal o conflito entre ato normativo infraconstitucional com a Constituição Federal, ou até

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2007, p. 859.

mesmo o conflito entre dois dispositivos Constitucionais (art. 102 da Constituição Federal e Lei nº 8.038, de 1990).

Quando interposto o recurso extraordinário, o juiz que proferiu a decisão apreciará se foram respeitados os pressupostos normais de cabimento de recurso, ou seja, fará o juízo de admissibilidade tradicional. Além dos requisitos tradicionais dos recursos, deverá haver, nos recursos extraordinários e especiais, o prequestionamento das questões de direito suscitadas, ou seja, haverão de ter sido tais questões ventiladas pelas instâncias inferiores.

Resultando positiva esta análise, este juiz enviará o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que julgará se existe a repercussão geral. Entendendo que há repercussão geral, poderá o STF exercer o controle difuso de constitucionalidade. Saliente-se que a matéria que poderá ser objeto do recurso extraordinário é limitada, vez que deverá se tratar de matéria de direito, não podendo ser questionadas matérias de fato, como, por exemplo, a apreciação de provas.

O habeas corpus será concedido, segundo dispõe o art. 5º, LVIII, da CF, combinado com os art. 647 e 648, ambos do CPP, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação na sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Aponta Guilherme Nucci, que não se trata de recurso, mas sim de um instrumento que visa assegurar direitos fundamentais, como a liberdade e o direito de ir e vir, podendo ser proposto contra decisão já transitada em julgado²⁰.

A carta testemunhável, disciplinado pelo artigo 639 do CPP, é o recurso que visa garantir o conhecimento e o exame de um recurso interposto. Assim, é cabível quando houver decisão que não conheça um recurso ou, ainda que o conheça, obstar sua expedição ou seguimento à instância superior. Para tanto, a carta testemunhável é endereçada e apreciada à instância hierarquicamente superior àquela que proferiu a decisão que ensejou a paralisação ou rejeitou o recurso.

O agravo é o recurso apto a atacar decisões interlocutórias. Poderá ser denominado simplesmente agravo, quando regulado por lei, existente nas formas retido e de instrumento, ou agravo regimental ou interno, quando a decisão desafiada é

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal.

proferida pelo relator, sendo apreciado o agravo interno pelo órgão colegiado na qual atua o relator como delegado, tramitando conforme previsto nos regimentos internos dos tribunais.

O recurso especial, dirigido ao STJ, tem função análoga ao recurso extraordinário e tem por finalidade a uniformização da jurisprudência federal em questões infraconstitucionais e a harmonização da aplicação da legislação infraconstitucional.

Nele também deverá, obrigatoriamente, haver tido apreciação da questão suscitada em instâncias inferiores, o chamado prequestionamento. Também neste recurso, somente poderão ser suscitadas matérias de direito, não se admitindo como fundamento a apreciação de matéria fática. Sobreleva notar que não existe, para a interposição de recurso especial, a exigência de repercussão geral, característica e requisito próprio do extraordinário.

Será concedido mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (inciso LXIX do art. 5º da CF). Mirabete coloca que não figura como recurso, e sim como ação de natureza civil. Entende, ainda, que como garantia constitucional, não se confunde com os meios comuns de ação, uma vez que sua decisão tem execução imediata, sendo desnecessário um processo de execução e com satisfação *in natura* do dever cominado pelo impetrado²¹.

Por fim, há a correção parcial, cuja constitucionalidade e natureza jurídica são, todavia, foco de debate doutrinário. A doutrina e a jurisprudência majoritária entendem constitucional a correção parcial. Quanto à sua natureza jurídica, não existe um acordo harmônico. Entretanto, a hipótese em que caberá a correção parcial já está firmada: quando houver despacho do juiz que cause tumulto no processo, ao invés de garantir seu prosseguimento estável. A lei federal 1533/51 e o decreto lei 253/67 admitem e regulam a correção parcial na esfera federal.

²¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal.

Como se nota, existem várias maneiras de adiar o fim de um processo penal, protelando a possibilidade de se executar a pena. Ao estudar o CPP, percebe-se que, o processo penal é permeado de recursos amparados por garantias constitucionais de presunção de inocência, ampla defesa e contraditório impedindo a execução da pena. Mesmo nos casos dos recursos extraordinário e especial, em que a Lei nº 8.038, de 1990, declara que não possuem efeito suspensivo, é preciso a demonstração de necessidade para a decretação da prisão anterior à condenação definitiva, vez que obstam o trânsito em julgado da sentença em conforme anteriormente elucidado somente é possível a execução da sentença penal após o seu trânsito em julgado

Existem, ainda, na legislação processual penal brasileira, meios de se evitar a prisão. Estes são a liberdade provisória, o relaxamento da prisão em flagrante, o pedido de revogação da prisão preventiva, o já mencionado habeas corpus, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena.

A liberdade provisória se consagra no entendimento de que a prisão deve ser a exceção, enquanto que a liberdade deverá ser a regra. Assim, poderá o indiciado ou réu, preso em decorrência de determinadas espécies de prisão cautelar, responder ao processo em liberdade, em homenagem ao princípio da presunção de inocência.

Poderá ser expedido o alvará de soltura como consequência da concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (arts. 322 e 321 CPP). Foi criada para ser aplicada aos crimes menos graves e é compatível com a prisão decorrente de pronúncia, (art. 408, § 3º CPP) com a prisão em flagrante e com a prisão decorrente de sentença recorrível (art. 594 CPP).

O relaxamento da prisão em flagrante é admitido quando esta não foi produzida com observância de todas as formalidades legais ou quando aquele preso em flagrante estiver amparado por causa excludente de antijuridicidade.

A prisão preventiva será possível quando houver indício de autoria e prova de materialidade do crime. Além disso, para ser decretada, deverá estar fundamentada na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal (art. 312 CPP). Assim, cessada a causa que fundamentou a prisão preventiva, deverá o juiz expedir o alvará de soltura,

podendo um advogado requerê-lo por meio de uma petição em que se pleiteia a revogação da prisão preventiva.

O livramento condicional se fundamenta no argumento de que se deve evitar a prisão daquele que apresenta condições de ser reinserido na sociedade sem representar um perigo. É aplicado ao réu condenado à pena privativa de liberdade, desde que tal pena seja igual ou superior a dois anos (art. 83, *caput* Código Penal). Também deverá o condenado ter cumprido mais de um terço da pena se não for reincidente em crime doloso (art. 83, I CP) ou mais de metade se o for (art. 83, inciso II). Em se tratando de crimes hediondos, deverá o condenado ter cumprido dois terços da pena, sendo vedada a concessão ao reincidente específico em crimes dessa natureza. Destarte, somente não poderá ser concedida a liberdade condicional ao reincidente específico em crime hediondo ou a ele equiparado. Na verdade, é a última etapa na progressão de regime em que, ao condenado que apresenta índice suficiente de regeneração, bons antecedentes na vida pregressa, bom comportamento carcerário, bom desempenho no trabalho e demonstrar capacidade de se sustentar com trabalho honesto, é facultado o cumprimento do restante da sentença em liberdade, embora submetido a certas condições.

A suspensão condicional da pena visa evitar a prisão de curta duração. Assim, se ao condenado for aplicada pena privativa de liberdade, que não pode ser substituída por restritiva de direito (art. 77, III CP), não superior a dois anos (art. 77, *caput* CP), poderá ser concedida a suspensão condicional da pena, desde que preenchidos os requisitos subjetivos previstos no inciso II do artigo 77 do Código Penal e não for reincidente em crime doloso.

Essa breve explanação permite concluir que, no Brasil, existem diversos mecanismos que possibilitam o adiamento do cumprimento da sentença, em especial a decretação da prisão. Além disso, existem instrumentos que permitem ao réu responder ao processo em liberdade, além de haver mecanismos para o condenado evitar o cumprimento integral da pena privativa de liberdade. Na seção seguinte, apresenta-se um panorama da questão em outros países para, em seguida, discutir o impacto na sociedade de tal sistema.

2 APLICAÇÃO DAS SENTENÇAS PENAIS EM OUTROS PAÍSES

A Ministra Ellen Gracie esboçou que *em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando o referendo da Corte Suprema.*²²

Esta seção, baseada em Frischeisen, Garcia e Gusman (2008), comprova a afirmação anterior, além de ilustrar a matéria.

Na Inglaterra, berço das idéias iniciais do princípio da presunção de inocência, a regra é aguardar o julgamento dos recursos já cumprindo a pena determinada na primeira instância, a menos que a lei garanta a liberdade pela fiança, que não é automática, pois somente poderá ser concedida na Corte superior, concomitante à análise do recurso.

Nos Estados Unidos, as decisões penais condenatórias são executadas imediatamente. O Código americano prevê algumas formas de se aguardar em liberdade, mas os institutos são limitados e dificultados pelos inúmeros requisitos a serem preenchidos.

Frischeisen, Garcia e Gusman (2008) citam Relatório Oficial da Embaixada dos EUA, onde existe a seguinte informação: *nos Estados Unidos há um grande respeito pelo que se poderia comparar no sistema brasileiro com o 'juízo de primeiro grau', com cumprimento imediato das decisões proferidas pelos juízes.* Prossegue informando que *o sistema legal norte-americano não se ofende com a imediata execução da pena imposta ainda que pendente sua revisão.*

O Canadá, conforme a tradição britânica, reconhece a força da presunção da inocência, mas isso não impede o início do cumprimento da pena logo depois de exarada a sentença. Há como exceção a possibilidade de fiança que deve, contudo, preencher requisitos rígidos previstos em seu código criminal.

A Constituição Francesa, a exemplo da maior parte dos países, também garante a presunção de inocência. Ainda assim, o Código de Processo Penal francês traz hipóteses em que o Tribunal pode expedir mandado de prisão, mesmo havendo a pendência de recursos.

²² Julgamento do HC nº 85,886, de 6/9/2005.

Em Portugal, a Constituição estabelece que *todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa*. A garantia dessa presunção, contudo, não é óbice ao Princípio da *Execução Imediata* que vigora no direito português.

Na Espanha, a situação não é diferente. Frischeisen, Garcia e Gusman (2008) explicam que a

Espanha é outro dos países em que, muito embora seja a presunção de inocência um direito constitucionalmente garantido, vigora o princípio da efetividade das decisões condenatórias. Seguindo este princípio, se o acusado foi condenado em processo em que lhe foi oferecido contraditório e ampla defesa, em que foram cotejadas todas as provas, observado está o princípio da presunção da inocência. A sentença condenatória é, deste modo, plenamente executável, mesmo que outros recursos estejam em trâmite.

Por fim, pode-se citar a Argentina, cujo ordenamento jurídico também contempla o princípio da presunção da inocência, o que não impede que seu Código de Processo Penal disponha que a pena privativa de liberdade seja cumprida de imediato, podendo haver uma postergação apenas no caso de mulher grávida, ou que possua filho menor de seis anos, ou se o condenado estiver gravemente doente e a prisão resultar em risco de morte.

3 LITERATURA RELACIONADA

A economia da criminalidade tem como um de seus expoentes o Professor Gary Becker, ganhador do Nobel de Economia em 1992. Em seu trabalho, Becker (1968), evidencia que a razão principal para se cometer um crime econômico (furto, roubo, extorsão, usurpação, estelionato, receptação, etc.) é o fato de os riscos serem menores que os benefícios provenientes da atividade ilícita.

Alguns crimes, como o de colarinho branco, são tipicamente cometidos após um planejamento minucioso do infrator dos ganhos potenciais e do risco de ser pego e punido.

Vários trabalhos foram escritos de forma a tentar demonstrar quais variáveis promovem alterações nos índices de criminalidade. Ormerod (2005) ressalta um grupo de estudos que aborda a interferência do ambiente macroeconômico, como desemprego

e desigualdade, conjugado com características individuais como estrutura familiar e escolaridade das pessoas. Outro grupo de artigos foca a influência do sistema judiciário e da probabilidade de punição.

Ehrlich (1996) desenha um modelo para o mercado do crime. Criminosos ou consumidores de bens e serviços ilegais, tanto quanto as autoridades públicas que devem garantir o cumprimento das leis, agem maximizando suas utilidades. Todos os agentes formam suas expectativas sobre as oportunidades legítimas e ilegítimas, incluindo o rigor das penas bem como a certeza de punição.

De fato, conforme explica Shikida (2010), 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.

Evidências sugerem que o risco de punição no Brasil não é alto. O Núcleo de Direitos Humanos da Universidade Federal de Ouro Preto²³ divulgou levantamento realizado pela Associação dos Magistrados do Brasil, apresentando o seguinte resultado:

entre 1988 e 2007, isto é, desde a promulgação da Constituição da República até hoje, o Supremo Tribunal Federal não condenou nenhum agente político acusado da prática de crimes contra a administração pública. Mais ainda. Em todo esse tempo, dos 130 processos distribuídos no STF, apenas 6 foram julgados, e absolvidos. Quanto aos demais, 13 já prescreveram, 46 foram remetidos à instância inferior e 52 continuam tramitando na Corte.

Não existem dados que estimem a probabilidade de detenção de um indivíduo no Brasil, mas supõe-se ser menor que a verificada nos Estados Unidos, que é de apenas 5%. Isto implicaria dizer que, no Brasil, a probabilidade de sucesso no setor do crime pode ser maior que 95% (Fernandez, 1998).

Após as breves considerações jurídicas sobre o tema, a ilustração de como o assunto é disciplinado na comunidade internacional e essa contextualização de como o tema vem sendo tratado academicamente, apresentam-se alguns dados relativos à Justiça Estadual que demonstram o baixo percentual de reforma das decisões de

²³ Oliveira (2007)

primeira instância e passa-se ao modelo que estudará os benefícios e custos da execução da pena, considerando seu cumprimento imediatamente após a primeira sentença.

4 EVIDÊNCIA QUANTITATIVA

As informações detalhadas abaixo são relativas à Justiça Estadual, isso porque a grande maioria dos crimes é julgada no âmbito dos Estados. Somente são encaminhados à Justiça Federal processos que envolvam a União ou seus servidores.

Segundo o relatório Justiça em Números²⁴, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, ingressaram na Justiça Estadual, durante o ano de 2009, 18,7 milhões de processos, sendo que o grupo dos maiores tribunais, composto por São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Bahia, contou com 69% dos casos novos.

Tramitaram, em 2009, no 2º grau da Justiça Estadual, 3,1 milhões de processos, sendo que 1,3 milhão já estava pendente de julgamento desde o final do ano anterior (42%) e 1,8 milhão ingressou durante o ano (58%).

Relativamente à litigiosidade de 2º grau no ano de 2009, foi apresentada informação consolidada que segrega os processos de competência criminal e os demais, denominados não-criminais. Do total de casos novos, verifica-se que 343 mil foram da área criminal (19%) e 1,4 milhão, não-criminais (81%). Analisando esse mesmo percentual sobre os dados de decisões, casos pendentes e baixados, há certa manutenção dessa relação, o que demonstra equivalência no fluxo de entrada e de saída dos processos de 2º grau, independentemente de ser a área de atuação criminal ou não.

Informação importante para o presente estudo é a quantidade de decisões que são reformadas. A intuição nos faz crer que, se não há alteração significativa do julgamento, deve-se ficar com a execução imediata da pena.

A tabela a seguir retrata a taxa de reforma da Justiça Estadual na primeira e segunda instância, relativamente a 2008.

²⁴ Justiça em Números – 2009 /CNJ

http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=245&id=206&layout=blog&option=com_content&view=category

Tabela I
Reforma das Decisões de Primeiro e Segundo Grau na Justiça Estadual
2008

Estado	1º Grau			2º Grau		
	Recursos Providos	Recursos Julgados	Taxa de Reforma	Recursos Providos	Recursos Julgados	Taxa de Reforma
AC	Indisponível	Indisponível		60	424	14,15%
AL	385	1807	21,31%	55	328	16,77%
AM	140	3012	4,65%	253	1465	17,27%
AP	641	2092	30,64%	16	84	19,05%
BA	5708	25743	22,17%	237	1339	17,70%
CE	3811	12805	29,76%	Indisponível	Indisponível	
DF	38.552	124.827	30,88%	471	4.954	9,51%
ES	1623	5725	28,35%	Indisponível	1218	
GO	10173	26210	38,81%	820	2234	36,71%
MA	1732	7418	23,35%	116	748	15,51%
MG	42201	130633	32,31%	3596	12488	28,80%
MS	10759	34625	31,07%	1255	3859	32,52%
MT	3167	13026	24,31%	186	916	20,31%
PA	677	2341	28,92%	52	303	17,16%
PB	4184	11781	35,51%	838	1757	47,69%
PE	4810	22709	21,18%	Indisponível	1171	
PI	552	762	72,44%	Indisponível	Indisponível	
PR	28870	79059	36,52%	Indisponível	Indisponível	
RJ	18370	48175	38,13%	3704	24394	15,18%
RN	1432	6869	20,85%	160	3237	4,94%
RO	2091	12045	17,36%	151	736	20,52%
RR	317	838	37,83%	Indisponível	Indisponível	
RS	106074	281879	37,63%	Indisponível	Indisponível	
SC	23987	107503	22,31%	1381	7241	19,07%
SE	3463	10012	34,59%	Indisponível	3671	
SP	162346	434589	37,36%	5913	Indisponível	
TO	761	2969	25,63%	18	156	11,54%

Fonte: CNJ- Departamento de Pesquisas Judiciárias - Dados da Justiça em Números

http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=artide&id=8016&Itemid=988&numtab=3

Note que os recursos providos são um subconjunto dos recursos julgados, de forma que o primeiro tem que ser menor que o segundo. Em termos de primeira instância, o local em que as decisões são mais alteradas é o Piauí (72,44%). Já o estado com a menor taxa de reforma é o Amazonas (4,65%).

Há também que se comentar que, além dessa taxa de reforma que acontece no primeiro grau, o simples fato de o processo ter seguido para a segunda instância ressalta que houve algum recurso impetrado. O provimento dos recursos em segundo grau acontece na taxa de 20% (considerando a média ponderada dos Estados em que há informações disponíveis).

Essas informações são úteis para se compreender melhor o modelo desenhado na seção seguinte.

5 MODELAGEM ECONÔMICA

Considere uma sociedade formada por N cidadãos, um dos quais foi condenado em primeira instância e recorreu da sentença. Queremos avaliar, do ponto de vista do bem estar social, se o acusado deve ou não ter sua sentença imediatamente executada. Para tanto, suponha que a probabilidade de o acusado ser realmente culpado é descrita pelo parâmetro π , $\pi \in (0,1)$. Esse parâmetro π é a probabilidade de a justiça ter de fato condenado um culpado em primeira instância. Portanto, π pode ser interpretado como uma medida da qualidade da justiça em primeira instância. Se a qualidade é elevada, existe alta probabilidade de um cidadão julgado culpado ser, de fato, culpado; portanto, quanto maior a qualidade da justiça em primeira instância, maior (mais próximo de 1) o valor de π . Por outro lado, quanto pior a qualidade da justiça, mais próximo de $\frac{1}{2}$ será o valor de π , sugerindo que a condenação é essencialmente arbitrária. Note que um valor de π menor que $\frac{1}{2}$ sugere um viés condenatório da justiça no sentido de condenar um réu mesmo com baixa probabilidade de ser, de fato, culpado.

Adotamos o critério de Bentham para avaliar o bem-estar social. Portanto, nossa função de bem-estar social consiste da soma das utilidades individuais dos cidadãos que formam a sociedade. A utilidade de um cidadão que não é vítima do crime pelo qual o réu está sendo julgado é u_F . Já a utilidade de um cidadão vítima do crime é u_V . Naturalmente, $u_F > u_V$ e $\Delta u = u_F - u_V > 0$ mede a perda de utilidade de um indivíduo que é vitimizado.

Existem N indivíduos na sociedade e o crime que está sendo analisado afeta negativamente $n \leq N$ cidadãos. Se $n=1$, então o crime afeta uma única pessoa. No entanto, alguns crimes afetam muitos cidadãos de uma vez, como um assalto a um banco ou um crime contra o sistema financeiro ou contra a ordem econômica, como o conluio de empresas oligopolistas para cobrar preços de cartel. A presente modelagem é suficientemente rica para abordar esse efeito do crime sobre mais de um indivíduo.

Esta análise centra-se no que ocorre no período imediatamente posterior à formulação da sentença em primeira instância. Portanto, o crime já perpetrado, bem como seus efeitos sobre a sociedade, ambos fazem parte do passado e não serão incluídos no cálculo da função de bem-estar social do período em foco. Em particular, o presente modelo não incorpora qualquer questão que envolva o motivo punição por algo

já realizado. De fato, ao analisar o bem-estar social no período subsequente à formulação da sentença, preocupamo-nos exclusivamente com a possibilidade de o crime ser repetido caso o verdadeiro autor não seja preso.

O verdadeiro autor do crime deriva um benefício em termos de utilidade modelado pelo parâmetro $b > 0$. Caso não seja preso, ele poderá reincidir no crime, o que ocorre com probabilidade r , $r \in (0, 1)$. O parâmetro r reflete a periculosidade do crime, ou seja o fato de que cada tipo de crime tem características particulares, podendo levar a maior ou menor probabilidade de reincidência. Por exemplo, crimes passionais tendem a se repetir com probabilidade muito baixa, enquanto furtos tendem a ser repetidos com alta probabilidade.

Finalmente, um criminoso mantido preso incorre em perda de utilidade devido à punição caracterizada pelo parâmetro $p > 0$, enquanto um cidadão inocente mantido preso incorre em perda de utilidade $P \geq p$. De fato, espera-se que um inocente indevidamente punido sofra mais com a punição que um criminoso devidamente punido.

Estabelecidos os parâmetros básicos do modelo, pode-se derivar a função de bem-estar social no período imediatamente posterior ao julgamento em primeira instância, nas duas possíveis situações: com ou sem execução imediata da sentença.

Caso a sentença seja imediatamente executada, o réu, se realmente culpado, estará impossibilitado de reincidir no crime. Portanto, haverá possibilidade de reincidência apenas caso em que o réu é inocente. Destarte, a função de bem-estar social nesse caso é dada pela expressão abaixo.

$$\pi[(N-1)u_F + (u_F - p)] + (1-\pi)[r(nu_V + (N-n)u_F + b) + (1-r)Nu_F - P] \quad (1)$$

O primeiro somando na expressão acima reflete a utilidade social quando o réu é de fato culpado (o que ocorre com probabilidade π); nesse caso, o crime não será repetido no período seguinte, de forma que todos os cidadãos recebem a utilidade u_F ; no entanto, o réu tem sua utilidade reduzida pela punição imediata p . Já o segundo termo reflete a utilidade social quando o réu é inocente (o que ocorre com a probabilidade $1-\pi$)²⁵; nesse caso o criminoso continua solto e reincidirá no crime com a probabilidade

²⁵ Cabe lembrar que se partiu do fato de que o réu já foi julgado culpado em primeira instância. Portanto π é a probabilidade do julgamento ter sido correto e $1-\pi$ de terem errado, ou seja, de o réu ser inocente.

r , reduzindo o bem-estar de n indivíduos e recebendo o benefício pessoal b ; além disso, há a perda de utilidade do réu indevidamente punido, P .

É importante observar que, sendo o criminoso também um membro da sociedade, sua utilidade também deve ser considerada no cálculo da função de bem-estar social. Em particular, o custo da punição para o indivíduo que a sofre, bem como o benefício que o criminoso obtém do ato ilícito também devem ser contabilizados como um ganho social, neste caso usufruído por esse único indivíduo.

A expressão acima pode ser reescrita mais simplesmente no formato seguinte.

$$Nu_F - (1 - \pi)rn(u_F - u_V) - (\pi p + (1 - \pi)P) + (1 - \pi)rb \quad (2)$$

O primeiro somando na expressão (2) é a utilidade social caso não seja perpetrado qualquer crime no período. O segundo somando é a perda de utilidade esperada devido à possibilidade de reincidência no crime. O terceiro somando corresponde à perda de utilidade esperada pela punição e, finalmente, o último somando reflete o benefício que o criminoso obtém ao reincidir no crime, caso o réu seja inocente.

Caso a sentença não seja imediatamente executada, então o criminoso, qualquer que seja ele, estará livre para executar novos atos ilícitos, o que ocorre com probabilidade r . Observe que nesse caso não importa para o cálculo da função de bem-estar social quem é o verdadeiro criminoso, se o réu ou outro cidadão, uma vez que ambos encontram-se soltos e, portanto, o criminoso perpetra a ação com a mesma probabilidade, provocando o mesmo prejuízo social e obtendo dela o mesmo benefício. Portanto, a função de bem-estar social nesse caso é dada pela expressão abaixo, que independe de π .

$$(1 - r)Nu_F + r[nu_V + (N - n)u_F + b] \quad (3)$$

O primeiro termo na expressão (3) traduz o bem-estar social na situação em que não há reincidência. Já o segundo termo engloba a redução de utilidade dos n cidadãos afetados no caso de reincidência, bem como o benefício que o criminoso auferi na reincidência. A expressão acima pode ser reescrita mais simplesmente na forma a seguir.

$$Nu_F - rn(u_F - u_V) + rb \quad (4)$$

Comparando as expressões (2) e (4) pode-se concluir que é melhor para a sociedade executar imediatamente a sentença se a condição abaixo for satisfeita.

$$\pi r n(u_F - u_V) > [\pi p + (1 - \pi)P] + \pi r b \quad (5)$$

O termo à esquerda reflete a perda social esperada caso o réu seja culpado, mas não seja punido imediatamente. Esse termo se decompõe, da direita para a esquerda, em primeiro lugar na perda de utilidade individual de um cidadão que é vítima do comportamento ilícito reincidente, $\Delta u = u_F - u_V$; em segundo lugar, no número de cidadãos afetados pela reincidência, n ; em terceiro lugar, na probabilidade de reincidência, r , e finalmente, na probabilidade do réu ser, de fato, culpado, pois essa é a situação em que a aplicação imediata da sentença é benéfica.

O termo à direita corresponde aos custos sociais da punição. O primeiro somando, $\bar{p} = \pi p + (1 - \pi)P$, é o custo esperado da punição, que depende do réu ser ou não de fato o criminoso; o segundo somando, $\pi r b$, corresponde ao custo de oportunidade para o réu criminoso em permanecer preso: ele não pode reincidir no crime e, portanto, não pode obter o benefício b .

Outra forma de expressar a mesma condição encontra-se em (6).

$$\pi r [n(u_F - u_V) - b] > \pi p + (1 - \pi)P \quad (6)$$

Nessa expressão acumula-se à esquerda o custo social líquido²⁶ esperado do crime reincidente perpetrado pelo réu em liberdade, enquanto acumula-se à direita o custo individual da punição imediatamente aplicada, que leva em consideração a possibilidade do custo ser maior para o réu punido indevidamente.

A análise da expressão (6) nos permite tecer algumas considerações a respeito de que postura a sociedade deveria adotar quanto à execução do mandado, dependendo dos parâmetros que caracterizam cada sociedade bem como cada tipo específico de crime.

Em primeiro lugar, nota-se que quanto maior for o π , maior será o termo à esquerda comparado com o termo à direita²⁷. Como π representa a qualidade do julgamento em primeira instância, conclui-se que quanto maior a qualidade das

²⁶ Descontado do benefício individual b obtido por meio do ato ilícito.

²⁷ Note que a expressão (6) também pode ser reescrita como: $r [n(u_F - u_V) - b] > p + \frac{1 - \pi}{\pi} P$.

instituições, melhor será a execução imediata da sentença. Este resultado talvez explique porque se observa execução imediata de sentença em países mais avançados em que as investigações tendem a ser de melhor qualidade que em países em desenvolvimento, como é o caso da Inglaterra e dos Estados Unidos citados na seção 2.

Em segundo lugar, quanto maior for o parâmetro r , maior será o termo à esquerda. Como esse parâmetro mede a periculosidade desse tipo de crime, ou seja, a probabilidade de reincidência do criminoso, quanto maior for essa probabilidade, maior será o benefício da execução imediata da sentença. Esta 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 os furtos, a sentença deve ser imediata, enquanto aqueles em que há baixa probabilidade de reincidência, como os crimes passionais, a execução deve ser postergada. Note que no caso dos crimes passionais esta conclusão vai de encontro ao anseio popular de punição rápida e efetiva. Essa diferença de orientação se explica pela diferença de objetivos entre a população e o bem-estar social. De fato, quando a população exige execução pronta da sentença no caso de crimes passionais, sua preocupação maior é a punição a um indivíduo que praticou ato considerado hediondo. Já aqui se toma uma postura mais fria e considera-se essencialmente os malefícios que tal pessoa pode trazer se for mantida em liberdade, em comparação com o custo de punir imediatamente um cidadão inocente.

Em terceiro lugar, quanto maior a perda individual de utilidade $\Delta u = u_F - u_V$, maior será o termo à esquerda. Portanto, quanto maior for o dano causado a uma vítima, maior deve ser o benefício social em se executar imediatamente a sentença. Em particular, crimes que envolvem tirar a vida de uma pessoa requerem execução imediata. Esta última observação reaproxima o modelo deste estudo com a demanda popular de rápida punição aos crimes hediondos.

Em quarto lugar, quanto maior o número n , maior o termo à esquerda. Portanto, quanto mais cidadãos forem prejudicados com o comportamento criminoso, maior será o benefício da aplicação imediata de sentença. Este resultado sugere que crimes do tipo de colarinho branco, em que muitas pessoas são afetadas, por exemplo, pelo desvio de recursos públicos, devem ser imediatamente punidos, ainda que o prejuízo individual não seja tão claramente determinado.

Reciprocamente, gostaríamos de enfatizar novamente o papel das instituições. Quanto menor for π , menor será a segurança no resultado do julgamento em primeira instância, o que sugere a espera na aplicação da sentença. Esta observação talvez possa explicar a decisão recente do Supremo, que proibiu a execução provisória de pena.

Note também que quanto menor a probabilidade de reincidência, menor o interesse na execução imediata, reforçando de forma simétrica o argumento segundo o qual a decisão sobre a aplicação da sentença deve depender das características específicas do crime em análise.

Adicionalmente, quanto maior o parâmetro P , maior o lado direito da desigualdade. Em consequência, quanto maior o custo para a sociedade em se punir um inocente, menor o benefício da execução imediata da sentença.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um importante problema de incentivos com o qual se defronta a sociedade é o *trade-off* entre a segurança dos cidadãos e injustiças praticadas por meio do aparato estatal.

A preocupação com a segurança sugere que penas mais rígidas com certeza de punição têm o efeito de reduzir o nível de delitos (Becker, 1968). Reciprocamente, a baixa probabilidade de a pena ser aplicada reduz o custo do crime para o criminoso e o induz a cometer delitos. Portanto, nesse ponto de vista, quanto mais rápida e garantida for a punição, maior será a segurança da sociedade.

No entanto, o julgamento, por mais cuidadoso que seja, é um mecanismo imperfeito de revelação. Portanto, existe certa probabilidade de que a sentença em primeira instância seja incorreta, sendo o julgamento nas instâncias superiores uma forma de se chegar mais próximo da verdade.

Portanto, 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 *trade-off* entre essas duas preocupações determinará a escolha ótima da sociedade.

Em decorrência do modelo apresentado neste artigo, pode-se inferir que a execução imediata da sentença é mais aconselhável à medida que as instituições funcionem melhor, ou seja, julgamentos com baixo índice de erro.

Também é preferível executar imediatamente a sentença se a probabilidade de reincidência for alta ou se o dano da vítima é considerável. Por fim, a execução imediata da sentença é preferível se o crime gerar malefícios para uma quantidade grande de pessoas.

Observe que todas essas condições estão atreladas ao tipo de crime, 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.

A principal contribuição deste estudo é explicitar as qualidades requeridas para uma legislação penal e processual que possibilite um ponto ótimo ao *trade-off* entre segurança pública e a aplicação das penas criminais. Tais condições devem ser consideradas na implantação de políticas públicas de combate ao crime.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 1941. Código de Processo Penal. Disponível no site <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>, em 8/9/2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2009. Disponível no site http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12188, em 17/11/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas-corpus* nº 85.886; Segunda Turma; Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, 6/9/2005.

CAPEZ, F. Curso de Processo Penal, Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

CAVALIERI FILHO, S. Programa de Responsabilidade Civil. Malheiros Editores, São Paulo, 2002.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. Teoria Geral do Processo. Malheiros Editores, São Paulo, 2008.

EHRlich, I. Crime, Punishment, and the Market for Offenses. **Journal of Economic Perspectives**, v. 10, n. 1, 1996.

FERNANDEZ, J. C. A economia do crime revisitada. **Economia & Tecnologia**. Campinas, v. 1, n. 03, 1998.

FRISCHEISEN, L. C. F.; GARCIA, M. N.; GUSMAN, F. Execução Provisória da Pena – Panorama nos ordenamentos nacional e estrangeiro. **Revista ANPR Online**, nº 7, jul-dez/2008. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores da República, 2008.

LIST, C.; GOODIN, R. Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem. **The Journal of Political Philosophy**, 9: 277-306, 2001

MIRABETE, J. F. Manual de Direito Penal – Volume I – Parte Geral, Arts. 1º a 120 do CP, Editora Atlas, São Paulo, 2009.

MIRABETE, J. F. Processo Penal, Editora Atlas, São Paulo, 2006.

NUCCI, G. S. Manual de Processo Penal e Execução Penal, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

OLIVEIRA, J. A. Impunidade e Justiça. Núcleo de Direitos Humanos/Universidade Federal de Ouro Preto. Disponível no site <http://www.ufop.br/ndh/textos/impunidade.htm>, em 22/9/2010.

ORMEROD, P. Crime: Economic Incentives and Social Networks. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2005.

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

THEODORO JÚNIOR, H. Curso de Direito Processual Civil – Volume I – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Editora Forense, São Paulo, 2009.