

Revista de  
**Direito Econômico e  
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



# **REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

vol. 8 | n. 2 | maio/agosto 2017 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | [www.pucpr.br/direitoeconomico](http://www.pucpr.br/direitoeconomico)

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



## **Análise econômica da execução provisória da pena no Brasil à luz da celeridade judicial**

*Economic analysis of the provisory execution of the sentence in  
Brazil under of the speed procedural*

**Galtiênio Da Cruz Paulino\***

Universidade Católica de Brasília (Brasil)  
galtienio@yahoo.com.br

**Benjamin Miranda Tabak\*\***

Universidade Católica de Brasília (Brasil)  
benjaminm.tabak@gmail.com

Recebido: 23/08/2017

Aprovado: 02/09/2017

Received: 08/23/2017

Approved: 09/02/2017

Como citar este artigo/*How to cite this article*: PAULINO, Galtiênio da Cruz; TABAK, Benjamin Miranda. Análise econômica da execução provisória da pena no Brasil à luz da celeridade judicial. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 330-357, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.18186

\* Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília (Brasília – DF, Brasil). Pós-graduado pela Escola Superior do Ministério Público da União (2014). Pós-graduado em ciências criminais pela UNIDERP (2011). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (2006). Orientador pedagógico da Escola Superior do Ministério Público da União. Procurador da República. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Analista Processual do Ministério Público da União. Ex-Assistente Jurídico do Tribunal de Contas da Paraíba. E-mail: galtienio@yahoo.com.br.

\*\* Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília (Brasília – DF, Brasil). Doutor pela Universidade de Brasília (2000). Mestre pela Universidade Federal Fluminense (1997). Consultor Legislativo do Senado Federal. Pesquisador 1c do CNPq. Diretor acadêmico da Associação Brasileira de Direito e Economia. O autor agradece o apoio financeiro do CNPq. Os autores agradecem as sugestões feitas por pareceristas anônimos. E-mail: benjaminm.tabak@gmail.com.

## Resumo

Este artigo pretende discutir a eficiência social da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292-SP, que passou a admitir a execução provisória da pena. Para tanto, utilizar-se dos métodos e institutos da análise econômica do direito para a realização da referida análise, combinando-os com dados e informações levantados em outros artigos, e pesquisas. Demonstra-se que uma punição mais célere, almejada pelo referido posicionamento jurisprudencial, contribui para a diminuição da criminalidade, sendo, destarte, eficiente.

**Palavras-chave:** análise econômica do direito; criminalidade; execução provisória; eficiência; celeridade processual.

## Abstract

*This article intends to discuss the social efficiency of the decision of the Federal Supreme Court in HC n. 126,292-SP, which began to admit the provisional execution of the sentence. To do so, use the methods and institutes of the economic analysis of the law to perform the analysis, combining them with data and information raised in other articles, and research. It has been shown that a speedier punishment, aimed at by the aforementioned jurisprudential positioning, contributes to the reduction of crime, and is therefore efficient.*

**Keywords:** *economic analysis of law; crime; provisional execution; efficiency; speed procedural.*

## Sumário

1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre a análise econômica do direito. 3. Análise econômica do crime. 4. Análise econômica da execução provisória da pena no Brasil e a celeridade judicial. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

Com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do HC n. 126.292-SP, reacendeu-se a discussão sobre a extensão do princípio da presunção de inocência<sup>1</sup>, em face da execução provisória da pena. Através

---

<sup>1</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)” (BRASIL, 2016).

do referido acórdão, objetiva-se garantir uma maior efetividade ao processo penal, respeitando-se os direitos fundamentais do acusado e da sociedade, mediante uma relação de equilíbrio entre os direitos envolvidos.

No presente artigo, não se discutirá se o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal fere ou não o ventilado princípio (presunção de inocência), mas quais são seus reflexos sob o ponto de vista da análise econômica do direito.

Desse modo, buscar-se-á responder se o início da execução da pena, antes do trânsito em julgado, após a confirmação da decisão condenatória em segunda instância (novo entendimento do STF) é socialmente eficiente e contribui para a diminuição da criminalidade. Será demonstrado que sim, em razão de possibilitar uma solução mais célere para as demandas criminais e, conseqüentemente, um contexto de efetividade dos direitos penal e processual penal.

O condenado, antes de recorrer da decisão confirmatória em segunda instância, muitas vezes de maneira procrastinatória, através de recursos extraordinários ou de sucessivos embargos de declaração, analisa os custos e os benefícios de sua conduta.

Através do entendimento anteriormente vigente, os benefícios pessoais para o condenado ao recorrer eram muitos maiores do que os custos, justificando a adoção de diversas medidas protelatórias do findar do processo.

Com o novo posicionamento jurisprudencial, evitar-se-á que muitos casos sejam fulminados pela prescrição, em razão dos inúmeros recursos desnecessários apresentados pelo condenado, contribuindo para que os agentes, ao decidirem se ingressarão no mundo do crime, comparem os custos e os benefícios de sua conduta, ante esse novo paradigma jurisprudencial. Vale destacar que no momento em que a incidência dos custos (o principal seria o cumprimento da pena) se dá em um futuro muito distante, a tendência é que o agente decida se enveredar pelo mundo do crime.

Para o desenvolvimento da temática, utilizar-se-á dos conceitos adotados pela análise econômica do direito, em especial os voltados para a análise da criminalidade, comparando-se os custos e benefícios sociais do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal. Além disso, o artigo se sustentará em dados levantados por outros trabalhos acadêmicos que

demonstram que um judiciário célere propicia a diminuição da criminalidade, objetivo maior da execução provisória da pena.

Serão trabalhados ainda os dados levantados pelo Grupo de Pesquisa Supremo em números, que demonstrou numericamente que o entendimento anterior favorecia uma parcela insignificante de condenados.

Em termos estruturais, o desenvolvimento do conteúdo do trabalho se dará em três tópicos. No primeiro serão feitas considerações gerais sobre a análise econômica do direito e seus principais institutos e conceitos, a serem utilizados no artigo.

Em seguida, será trabalhada a questão da análise econômica do crime e, por fim, o tema central do artigo, a execução provisória da pena no Brasil, será demonstrado sob o aspecto econômico.

No último tópico, alguns acórdãos serão referidos no corpo do texto. O primeiro servirá apenas para demonstrar, de maneira exemplificativa, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da pena após a vigência da Constituição Federal de 1988. O segundo acórdão, de 2009, é mencionado em razão de ter sido a decisão que marcou a mudança do entendimento anterior. Mesma situação envolvendo o HC n. 126.292-SP. Já o último acórdão referido, do qual se colocou a ementa na nota de rodapé, faz remissão, de maneira exemplificativa, ao posicionamento relatado.

O presente artigo possui como principal aprendizado aferir a eficácia social da execução provisória da pena e se, sob o ponto de vista econômico, esse novo posicionamento do STF, repita-se, é eficiente. Além disso, traz uma análise da temática sob um enfoque externo ao direito, mediante a exposição de novos argumentos, bem como a possibilidade de se verificar, sob o ângulo econômico, se esse novo posicionamento poderá, atrelado a um atuar jurisdicional mais célere, contribuir para a diminuição da criminalidade e para a eficácia e a efetividade do processo penal.

Através do presente artigo, objetiva-se contribuir para a discussão sobre a possibilidade de execução provisória da pena, adotando-se um ângulo externo ao direito, através de uma verificação de eficácia social do novo posicionamento do STF, tendo em vista que se trata de uma temática que não se encontra sedimentada em nossa jurisprudência.

## 2. Considerações gerais sobre a análise econômica do direito

Ao longo da história jurídica, o direito foi analisado sob diversas concepções, redundando, em um período mais recente, na análise econômica do direito, a ser melhor explicitada no transcorrer deste artigo.

Uma das primeiras formas de análise do direito foi desenvolvida pelo Jusnaturalismo, que enquadrou o direito como possuidor de uma dúplici natureza, parte decorrente do homem e parte da natureza. As discussões jurídicas se enveredavam pela concepção metafísica (leis da natureza) e pelas leis do homem.

Os jusnaturalistas não diferenciavam o ser (perspectiva positiva) e o dever ser (concepção normativa). Afirmavam que todos os imbrólios jurídicos eram de acordo com os valores, morais e éticos, dos atores sociais e dos intérpretes (GICO JR, 2010).

Outra maneira de se analisar as normas jurídicas foi desenvolvida pelo juspositivismo, que separou o direito, inerente ao jurista, e a moral, bem como separou as discussões jurídicas das questões fáticas. Consagração da separação entre a análise positiva do ser e a normativa do dever ser, atinente ao direito.

O juspositivismo não reconhece o direito natural e separa o direito, a moral e a política. Direito é descrito como “um fato social, existente independentemente de ser justo, correto, completo ou de ter qualquer outro atributo metafísico” (GICO JR, 2010). Conteúdo do direito independente dos outros ramos do conhecimento.

Em contraposição ao juspositivismo, surge o Realismo Jurídico norte-americano, defendendo a interdisciplinaridade do direito com as demais ciências, opondo-se ao formalismo (neutralidade) defendido no direito. Aproxima o direito da realidade social. Nesse contexto surge a Análise Econômica do Direito.

Além da Análise Econômica, surge, na mesma oportunidade, o neoconstitucionalismo, também como movimento reativo ao juspositivismo. Através do neoconstitucionalismo relata-se a incapacidade do juspositivismo de lidar com aspectos valorativos controversos. O direito passa a ser visto sob uma nova perspectiva. Abandona-se o simples trabalho de subsunção do fato a norma, passando-se a adotar uma análise de compatibilidade entre os direitos em discussão, balanceando-se as normas-regras e as normas-princípios (GICO JR, 2010).

Contudo, o neoconstitucionalismo não dá relevância às consequências de uma lei ou mesmo de uma decisão judicial, como acontece, por exemplo, com a temática deste trabalho (a execução provisória da pena), como bem pontua Gico Jr. (2010):

Não que ignorem a realidade social em suas considerações, tão-somente digo que seu foco tem sido elaborar justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, que se esforçam para criar e legitimar como racionais e não voluntaristas.

Nesse diapasão, a análise econômica do direito se apresenta como uma maneira de se aferir as consequências das normas jurídicas em uma sociedade (FRIEDMAN, 2000), concepção não desenvolvido pelas demais formas de análise do direito.

A análise econômica do direito utiliza as diversas ferramentas teóricas e empíricas da economia para melhor compreender a realidade jurídica, contribuindo para o seu desenvolvimento, proporcionando uma visão diversa da tradicionalmente adotada no campo jurídico, tendo como principal enfoque as consequências advindas do instituto / evento jurídico analisado (GICO JR., 2010; SALAMA, 2008; POSNER, 2007).

Através da análise econômica do direito é possível prever as consequências das decisões jurídicas, diferentemente da visão tradicional do direito, que não possui uma teoria sobre o comportamento humano (GICO JR., 2010).

Desse modo, a economia auxilia na avaliação da eficiência das leis, das políticas públicas, bem como é responsável por proporcionar uma teoria comportamental para prever a reação das pessoas às leis / normas jurídicas (COOTER; ULEN, 2010, p. 25).

Nesse diapasão, a análise das normas pela economia ocorrerá em três níveis (FRIEDMAN, 2000; MACKAAY; ROUSSEAU, 2015). No primeiro serão verificados os efeitos que resultarão da mudança de uma norma jurídica. Em seguida, observa-se se a nova norma é eficiente, concluindo-se, portanto, qual seria a regra desejável, a nova ou a em vigor.

A análise econômica do direito sustenta-se nos princípios da microeconomia (COOTER; ULEN, 2010, p. 36). Esta envolve as decisões tomadas por indivíduos e por pequenos grupos, buscando aferir a melhor

maneira de alocar os recursos escassos, ante a existência de situações alternativas.

Para os economistas, todo e qualquer agente econômico busca maximizar alguma coisa. O comportamento de maximização é possível em razão de as pessoas serem racionais, sendo que a racionalidade se volta a maximização. Desse modo, em decorrência da racionalidade, os agentes econômicos tomarão decisões que sejam capazes de proporcioná-los os objetivos que almejam.

Cooter e Ulen (2010, p. 37) afirmam que os fenômenos sociais resultam de uma relação de equilíbrio da interação ocorrida entre os agentes maximizadores. Nessa senda, os agentes, enquanto seres dotados de racionalidade e que olham para o futuro, ao tomarem alguma decisão, levam em consideração os custos e benefícios privados de seus atos, buscando sempre maximizar seus benefícios diante do menor custo possível (TABAK, 2015).

Desse modo, se, em um determinado contexto, os benefícios resultantes da conduta de um agente forem maiores do que os custos, a tendência será o agente substituir seu comportamento anterior pelo novo ato. Mesmo raciocínio para as normas jurídicas a serem adotadas que, em regra, devem se pautar pela eficiência.

No entanto, os agentes, ao avaliarem seus custos e benefícios privados, muitas vezes não levam em consideração os possíveis custos e benefícios sociais, que podem redundar em externalidades negativas para a sociedade (TABAK, 2015).

Segundo a análise econômica do direito, o objetivo do direito deverá ser a análise das normas legais, buscando propiciar eficiência às normas e aos institutos jurídicos, maximizando o bem-estar da sociedade, bem como prevendo as respectivas consequências sociais (MACKAAY e ROUSSEAU, 2015; TABAK, 2015). As leis / normas jurídicas poderão se apresentar como um incentivo ou desincentivo para determinadas condutas.

As normas jurídicas, portanto, devem se pautar pela busca da eficiência. Uma das formas de se aferir a eficiência, de acordo com a análise econômica do direito, foi desenvolvido por Pareto. Haverá eficiência para Pareto quando, em decorrência de um ato, ou mesmo de uma norma jurídica, pelo menos uma pessoa fique em situação melhor, desde que ninguém tenha sua condição piorada (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015; TABAK, 2015; COOTER; ULEN, 2010).



Outro critério bastante propalado é o desenvolvido por Kaldor-Hicks. De acordo com este critério é admissível um contexto de ganhadores e perdedores em razão de um ato, contanto que os ganhos sejam maiores do que as perdas. A eficiência, nesse caso, será analisada a partir do confronto entre os custos e os benefícios de determinadas normas. Se o benefício total superar os custos totais, haverá eficiência. Concepção de eficiência que objetiva maximizar o bem-estar da sociedade. Esse conceito de eficiência redundará em ganho por parte de uma maioria, porém sempre haverá um grupo que perderá (TABAK, 2015).

Para tanto, determinados atos, projetos, condutas só deverão ser implementados se os benefícios superarem os custos. Os custos e benefícios a serem levados em consideração são os privados e os sociais. Neste artigo, utilizar-se-á o critério de Kaldor-Hicks para aferir a eficiência da adoção da execução provisória da pena pelo Supremo Tribunal Federal.

O ideal, em um contexto social, é atingir o equilíbrio geral, que se configura quando houver igualdade entre os benefícios e os custos (COOTER; ULEN, 2010). Esse equilíbrio, em muitos casos, não é alcançado em razão das denominadas falhas de mercado, que podem ser de quatro espécies: a) monopólio e poder de mercado; b) bem público; c) assimetrias funcionais graves; d) externalidades dos custos marginais sociais. Estas (as externalidades) englobam a soma do custo marginal privado e do custo marginal imposto involuntariamente a terceiros.

Neste artigo será trabalhado, com relação à temática central (execução provisória da pena), apenas a falha de mercado inerente às externalidades. Estas, em suma, podem ser definidas como qualquer interferência positiva ou negativa que a atuação de um indivíduo pode ter sobre o bem-estar de outro (PORTO; GOMES, 2010).

Na externalidade positiva o valor/benefício para a sociedade é superior ao do particular, enquanto na negativa ocorre o inverso. Quando a externalidade é positiva, incentiva-se uma maior produção/atuação do particular. As externalidades irão influenciar nos custos sociais, que se apresentam como a soma dos custos dos particulares e dos impactos que a conduta destes gera para terceiros. Na quarta seção serão elencadas as externalidades que redundam do entendimento contrário à execução provisória da pena, bem como o respectivo custo social.

Na próxima seção serão feitas considerações sobre a análise econômica da criminalidade, a ser adotada com relação ao novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, estudado neste artigo.

### 3. Análise econômica do crime

A análise econômica do crime leva em consideração a ponderação entre os custos e os benefícios da prática delitiva por parte do criminoso (BECKER, 1968; TABAK, 2015). Este, em geral, ao agir de maneira racional, analisa os benefícios imediatos obtidos com o crime e os possíveis custos que terá no futuro (FRIEDMAN, 2000, p. 8). O crime compensa quando os benefícios forem superiores aos custos (FRIEDMAN, 2000).

Segundo Becker (1968), a decisão do agente de cometer um crime resulta da maximização da utilidade esperada, ou seja, o agente verifica os ganhos potenciais resultantes do crime, a punição respectiva, a probabilidade de prisão, e o denominado custo de oportunidade redundante da atividade criminosa, traduzido como salário (ganho econômico), no momento da prática delitiva.

Nesse contexto, se a punição demora a ocorrer, como no caso da posição jurídica que defende a necessidade do trânsito em julgado para que ocorra a execução da decisão condenatória, os custos da atividade criminosa serão reduzidos, redundando em um aumento da criminalidade, pois os agentes passam a se preocupar apenas com os benefícios.

Pessoas que decidem de maneira racional, ao resolverem cometer um crime, levam em consideração a probabilidade de serem punidos (COOTER; ULEN, 2010). A análise econômica do crime foca, em suma, na relação entre o delito e a punição. A sociedade, diante da criminalidade, objetiva o aumento do risco e, por conseguinte, do custo da atividade criminosa para o infrator. A solução ótima para a criminalidade, sob o ponto de vista econômico, seria a conclusão de que o crime não compensa (os custos são maiores do que os benefícios).

Para Posner (2007, p. 350), as sanções penais serão ótimas quando se sustentarem em um modelo de comportamento do delinquente que leve em consideração que um crime será praticado quando os benefícios superarem os custos.

Os benefícios podem envolver satisfações tangíveis (dinheiro resultante de um roubo) ou intangíveis (satisfação sexual nos crimes sexuais). Já os custos da criminalidade englobam diversos fatores, como o

trabalho a ser realizado para a prática do delito, os gastos para se preparar para a prática criminosa, as custas de um possível processo e a respectiva punição.

Posner (2007, p. 350) afirma:

Uma crescente produção de literatura empírica sobre o delito tem revelado que os delinquentes respondem às mudanças dos custos de oportunidade, da probabilidade da apreensão, da severidade do castigo e de outras variáveis relevantes como se fossem em razão dos cálculos racionais do modelo econômico, e isto independentemente de o delito ser cometido por ganancia econômica o por impulso passional, ou por pessoas bem-educadas ou pouco educadas, ainda que por menores.<sup>2</sup>

A sanção penal, para ser efetiva, deve se configurar de uma maneira que piore a situação do delinquente, caso realize o ato criminoso. Os crimes, de acordo com a análise econômica, podem ser divididos em econômicos ou lucrativos e não-lucrativos ou não-econômicos (BECKER, 1968; SHIKIDA, 2010).

Nos crimes não-econômicos busca-se outro fim, que não seja econômico. Já nos crimes econômicos o agente objetiva tão somente o lucro. Nessa senda, o criminoso econômico pode ser enquadrado como um empresário, tendo como expectativa atingir o lucro e evitar o prejuízo, que, dentre diversas consequências, engloba, no âmbito penal, a pena.

Diante dessas características, Shikida (2010) afirma:

A hipótese de que os criminosos econômicos são, per se, doentes mentais, coitados excluídos pela família e/ou sociedade, sem condições de competir pelas alternativas legais do mercado de trabalho, não encontram sustentação na teoria econômica do crime. Estes indivíduos são comumente racionais e impetuosos, oportunistas diante de um ambiente propício e factível.

---

<sup>2</sup> No original: “Una creciente producción de literatura empírica sobre el delito ha revelado que los delincuentes responden a los cambios de los costos de oportunidad, de la probabilidad de la aprehensión, de la severidad del castigo y de otras variables relevantes como si fueran en efecto los calculadores racionales del modelo económico, y esto independientemente de que el delito se cometa por la ganancia pecuniaria o por impulso pasional, o por personas bien educadas o poco educadas, o aun por menores”.

Segundo Cooter e Ulen (2010), a teoria econômica do crime busca ainda distinguir o dano ocasionado pelo crime e o custo para preveni-lo. Ou seja, na análise do crime, deve-se levar em conta o custo social de sua prática.

Por conseguinte, segundo os referidos autores, a teoria econômica do delito é utilitarista, e não retributivista, como acontece nas teorias criminais tradicionais (COOTER; ULEN, 2010). No retributivismo, deve-se fazer o que é moralmente correto, independente dos custos sociais. Pune-se todo aquele que comete um crime. A punição é proporcional à gravidade do crime.

No utilitarismo, as sanções penais buscam dissuadir os danos intencionais e não os compensar (COOTER; ULEN, 2010). Ninguém pergunta, por exemplo, se alguém quer receber um soco de outrem. Busca-se com o direito penal apenas evitar que uma pessoa dê um soco em outra, sob pena de ser punida. É uma meta dissuasória.

Cooter e Ulen (2010) afirmam ainda que dois fatores impedem que a punição (sanção), no âmbito penal, seja substituída pela compensação. Primeiramente, a compensação perfeita seria impossível e, mesmo que fosse possível, o direito penal deve buscar proteger os interesses das vítimas em potencial (direito penal busca proteger não apenas as vítimas, mas principalmente a sociedade). Além disso, afirmam que o castigo é necessário para a dissuasão.

Ademais, segundo Posner (2007), o Estado, por intermédio da teoria da sanção penal (ou teoria da dissuasão), objetiva reduzir a prática de crimes pelo pagamento de um “preço” (custo) pelo infrator.

Através do direito penal busca-se evitar (não apenas punir) a prática de novos delitos, através da prevenção. Daí se justifica um maior “preço” em situações como a reincidência. A prevenção sempre deve ser enquadrada como a meta social principal do direito penal. Já a punição, antes de ser aplicada, deve ser analisada de acordo com o benefício social que resultará. Só assim poderá ser aferida sua necessidade.

Outro problema no âmbito criminal é estabelecer a mesma sanção para delitos de gravidade diversa (POSNER, 2007). Nessa situação será eliminado o poder dissuasório da pena de, por exemplo, fazer com que o delinquente deixe de praticar crimes mais graves, em razão da forte punição, passando a realizar crimes menos graves, já que ambos possuem a mesma punição.

Segundo Posner (2007, p. 354), haverá a eliminação da dissuasão marginal da pena, o poder que a pena possui de dissuadir o agente a praticar crimes menos graves, em razão da pena aplicada.

Na próxima seção será demonstrado o poder que os recursos e a demora no início da execução da condenação possuem sobre o poder dissuasório. Ademais, serão feitas considerações sobre a temática da execução provisória da pena, bem como serão aplicados os conceitos e institutos econômicos para analisar o novo posicionamento do Supremo Tribunal, buscando aferir se o novo entendimento é socialmente eficiente e, por conseguinte, poderá contribuir para a efetividade do processo penal, redundando na diminuição da criminalidade.

#### **4. Análise econômica da execução provisória da pena no Brasil e a celeridade judicial**

Mesmo com a vigência da Constituição Federal de 1988, que consagrou pela primeira vez de maneira expressa o princípio da presunção de inocência, a ser afastado apenas com a decisão condenatória transitada em julgado, o Supremo Tribunal Federal continuou adotando o posicionamento de que seria admissível a execução provisória da pena, não havendo violação, portanto, ao referido princípio. Nesse sentido o acórdão proferido em razão do HC 68.726.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Ementa: habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5, inciso lvii, da constituição. Código de processo penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5, inciso lvii, da constituição. De acordo com o par. 2 do art. 27. Da lei n 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeca contra o réu. Habeas corpus indeferido. (BRASIL, 1991).

Esse posicionamento restou incólume até 2009, quando a Suprema Corte, no julgamento do HC n. 84.0784, passou a defender que a execução provisória da pena fere o princípio da presunção de inocência, sendo necessário, portanto, o trânsito em julgado da condenação para o início da execução.

Essa discussão voltou à tona no dia 17 de fevereiro de 2016, quando o Supremo Tribunal Federal passou novamente a admitir a execução provisória da pena<sup>4</sup>. Nesta decisão, ressaltou-se a necessidade de se mensurar a extensão do princípio da presunção de inocência em face da efetividade da jurisdição penal<sup>5</sup>.

Na oportunidade, destacou-se que a consagração do princípio da presunção de inocência no ordenamento nacional redundou em um “modelo de justiça criminal racional, democrático e de cunho garantista” (BRASIL, 2016).

A presunção de inocência deveria ser assegurada apenas até a decisão condenatória, especialmente com a confirmação da decisão pelo Tribunal de Apelação. Destacou-se que os recursos extraordinários não discutem os fatos e as provas, não possuem efeito suspensivo e que em nenhum país do mundo as execuções ficam suspensas no aguardo da decisão da Corte Suprema.

Enfatizou-se também que os recursos extraordinários não discutem a justiça da decisão e, para serem admitidos, necessitam da demonstração da repercussão geral. A necessidade de se aguardar o julgamento dos recursos extraordinários estaria incentivando a interposição de recursos protelatórios, comprometendo a efetividade da jurisdição penal, daí a necessidade de se manter uma relação de equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência com a efetividade do processo, sob a perspectiva de uma ponderação de direitos e interesses, sem resultar em um contexto de incertezas jurídicas (CRISTÓVAM, 2017). Tal equilíbrio é atingido pela execução provisória da pena.

Em termos jurídicos, a discussão sobre o cabimento ou não da execução provisória da pena no Brasil gira em torno da extensão do princípio da presunção de inocência. Neste artigo, porém, será realizada uma análise da ventilada decisão sob o ângulo da análise econômico do crime. Ou seja, será verificado se a execução provisória da pena, nos termos propostos pela Suprema Corte, é socialmente eficiente e, por conseguinte, contribui para a diminuição da criminalidade.

<sup>4</sup> EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que

Desse modo, não interessará neste artigo a discussão sobre a compatibilidade da referida decisão com o princípio da presunção de inocência. Pois bem, conforme exposto nas duas seções anteriores, através da análise econômica do direito objetiva-se verificar quais são os efeitos das normas jurídicas sobre as atitudes dos agentes sociais, se esses efeitos são desejados pela sociedade, quais os custos e os benefícios de uma determinada norma jurídica etc. Por conseguinte, diante dessa análise, é possível aferir se uma norma jurídica é eficiente. Nesta seção, a execução provisória da pena, redundante do posicionamento jurisprudencial adrede exposto, será analisada quanto aos referidos aspectos.

Uma decisão, ato ou norma jurídica será considerado eficiente quando os benefícios superarem os custos. Em uma sociedade, a eficiência volta-se para a diminuição dos custos sociais (MENEGUIN; BUGARIN, 2012).

De acordo com o modelo de eficiência de Kaldor-Hicks, adotado neste trabalho, haverá eficiência quando os benefícios superarem os custos, mesmo que parcela de um grupo (ou da sociedade) saia perdendo, desde que o número de ganhadores supere o de perdedores ou, ainda, que os ganhos totais (soma dos ganhos dos agentes individuais) superem os custos totais (soma dos custos dos agentes individuais).

No que diz respeito ao cumprimento de uma condenação criminal, pode-se elencar alguns custos e alguns benefícios para o condenado e para sociedade ao se postergar o início da execução da pena.

Em termos de benefícios (custo para a sociedade), o condenado, caso só possa, por exemplo, ser preso com o trânsito em julgado da decisão condenatória (posição jurisprudencial anteriormente adotada pelo Supremo Tribunal Federal), poderá: a) continuar se beneficiando dos “lucros” (ganhos) advindos da prática delitiva; b) continuará em liberdade (principal benefício); c) possibilidade de ter a pena extinta (em razão, por exemplo, da prescrição); d) não ressarcimento, em geral, de possíveis danos advindos da prática delitiva; e) pode praticar novos crimes; f) fortalecimento na sociedade do

---

somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida (BRASIL, 2009).

<sup>5</sup> A mudança de entendimento se deu por 7 votos a 4. Porém, a matéria foi rediscutida em sede de liminar das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, em 05 de outubro de 2016, tendo sido mantido o novo entendimento por 6x5. Contudo, ainda resta a análise do mérito das referidas demandas, sendo que um dos Ministros que votou a favor da nova tese, Teori Zavascki, faleceu recentemente.



sentimento de injustiça e de descrença no direito penal e no direito processual penal.

Em contrapartida, o condenado terá os seguintes custos: a) maiores custas processuais (caso não seja beneficiário da justiça gratuita); b) maior gasto com advogado (caso não se valha da defensoria pública).

Desse modo, observa-se claramente que é mais vantajoso para o autor de um crime que o início da execução da pena demore o máximo possível. Com o entendimento anteriormente adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, ser necessário se aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória, incentivava-se o condenado a interpor sucessivos recursos, muitas vezes procrastinatórios, visando exclusivamente evitar que o processo chegasse ao seu final e, por conseguinte, tivesse início o cumprimento da pena.

Um claro exemplo de que a posição anterior do Supremo Tribunal Federal era socialmente ineficiente, estimulando o condenado a interpor inúmeros recursos meramente protelatórios, é a situação do ex-senador Luiz Estevão.

Com o novo entendimento do STF, permitindo o início da execução desde que exista uma sentença condenatória confirmada em segunda instância, decretou-se, no dia 07 de março de 2016, a prisão do referido ex-senador, oportunidade em que foi divulgado na imprensa que Luiz Estevão já havia interposto, até então, 34 recursos, muitos procrastinatórios, visando evitar o trânsito em julgado e, conseqüentemente o início da execução (LUCHETE, 2017).

Outra grave consequência de se aguardar o trânsito em julgado das instâncias extraordinárias para o início da execução da pena, se não houver recurso do Ministério Público, é a configuração da prescrição da pretensão executória.

A jurisprudência, em especial o Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>, preceitua que, transitada em julgada a decisão para a acusação, ter-se-á o início do prazo prescricional, mesmo que a pena não possa ser executada. A depender dos inúmeros recursos interpostos pelo réu (recurso especial, recurso extraordinário, embargos de declaração etc.), buscando impedir o trânsito em julgado, ocorrerá a configuração da prescrição sem que o cumprimento da pena tenha sido iniciado.

A demora no início do cumprimento da pena gera na sociedade um sentimento de injustiça e de descrença no poder do Estado de manter a ordem, através do direito penal, contribuindo para o aumento da criminalidade.

Outrossim, a partir de estudo realizado na República Tcheca, divulgado no artigo “Time to punishment: The effects of a shorter criminal procedure on crime rates”, Dusek (2014) observou a diminuição da criminalidade no país após a adoção de um procedimento processual penal mais célere.

Em 2002, a República Tcheca sofreu uma reforma processual criminal que redundou em um processo mais rápido para a solução de determinados crimes, considerados menos graves. Analisando os dados criminais dos anos após a reforma, constatou-se que um processo penal mais rápido aumenta os custos do crime para o infrator, reduz os custos da persecução criminal para o aparato estatal, tendo contribuído para a diminuição da criminalidade no referido país (DUSEK, 2014).

A facilitação dos procedimentos redundou em uma melhor alocação dos recursos, propiciou mais celeridade processual e uma maior efetividade

---

<sup>6</sup> Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial 2012/0180959-3. Agravo regimental em embargos de declaração no agravo em recurso especial. 1. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. 2. Prescrição da pretensão executória. Termo inicial. Data do trânsito em julgado para a acusação. Art. 112, I, do Código Penal. 3. Expedição de carta de sentença. Reconhecimento como marco interruptivo da prescrição. Impossibilidade. Evento que não caracteriza efetivo início do cumprimento de pena. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. 1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. O termo inicial da contagem da prescrição da pretensão executória é a data em que a sentença condenatória transitou em julgado para a acusação. Inteligência do art. 112, inciso I, do Código Penal. 3. A jurisprudência desta Corte já consolidou o entendimento de que apenas o efetivo início do cumprimento da condenação é evento apto a caracterizar marco interruptivo do prazo prescricional, razão pela qual a simples expedição de carta de sentença não obsta o implemento da prescrição da pretensão executória. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2014).

da seara criminal. Possibilitou também sobrar mais tempo e recurso para a averiguação dos casos mais graves (DUSEK, 2014).

Conclui-se, portanto, que uma punição mais rápida resulta em uma política criminal eficiente, que contribui para a diminuição da criminalidade, mediante a incidência do efeito dissuasório do direito penal. Quanto mais demorar a incidência da punição, menor dissuasão terá sobre aqueles que pretendem cometer algum crime.

Conclusão parecida foi atingida por Shikida (2010), a partir de pesquisa realizada no sistema carcerário paranaense, que redundou no artigo “Considerações sobre a economia do crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa”. Na oportunidade, foi possível constatar, dentre outras causas, que fatores como a lentidão e a demora na revisão dos processos são apontados pelos presos como causas do descrédito no sistema de justiça, em especial do judiciário, ante sua ineficácia, o que incentiva a prática de crimes.

Apenas um sistema de justiça eficaz, aplicado de maneira efetiva e célere, pode contribuir para a redução da criminalidade. O contrário gera uma sensação de impunidade, contribuindo para o aumento da criminalidade (SHIKIDA, 2010). No mesmo sentido, Gomes e Guimarães (2013) afirmam ser praticamente um consenso de que o excesso de procedimentos legais e administrativos afeta a o desempenho (eficiência) do judiciário.

Vale destacar que o comportamento criminoso em uma sociedade costuma variar de acordo com possibilidade de efetiva punição (BECKER, 1968). Um claro exemplo dessa influência ocorreu no Estado do Espírito Santo recentemente com a greve da Polícia Militar. Este evento propiciou uma enorme escalada de violência, ante a ausência do poder coercitivo estatal e, por conseguinte, da menor possibilidade de punição pela prática de crimes. Foram, por exemplo, 127 homicídios nos primeiros dias do movimento paredista, superior ao quantitativo do mês anterior inteiro (DO CARMO, 2017).

É importante ressaltar que pessoas que agem e decidem de maneira racional, ao resolverem cometer um crime, levam em consideração, dentre outros fatores, a probabilidade de serem punidos (COOTER; ULEN, 2010).

No Brasil, segundo Shikida (2010), baseado em estudo divulgado em artigo publicado por Fernandez<sup>7</sup>, “não existem dados que estimem a

---

<sup>7</sup> Ver: FERNANDEZ,1998.

probabilidade de detenção de um indivíduo no Brasil, mas supõe-se ser menor que 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 do que 95%”.

Nesse contexto, Adorno (2002) ressalta que a crise vivenciada pelo sistema de justiça criminal no Brasil está relacionada com a impunidade penal, que contribui para o crescimento do sentimento de injustiça no seio da sociedade, ante a não punição dos delitos ou, quando acontece, punições sem o devido rigor, redundando no adágio popular de que o crime compensa. O autor afirma ainda que a taxa de impunidade no Brasil é maior do que em outros países.

Corroborando essa afirmação os dados divulgados pela Estratégia Nacional de Segurança Pública (2011), no trabalho “Meta 2: A impunidade como alvo. Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil”, quando se deixou consignado que em “Estudo Global sobre Homicídios, produzido pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes - UNODC, o País tem o maior número absoluto de homicídios do mundo (43.909 em 2009), mais do que a Índia (40.752 em 2009)” (ESTRATÉGIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2011).

Mesmo diante da grande criminalidade no país, o esclarecimento de tais crimes (homicídios) é muito baixa. “Estima-se, em pesquisas realizadas, inclusive a realizada pela Associação Brasileira de Criminalística, 2011, que varie. Este percentual é de 65% nos Estados Unidos, no Reino Unido é de 90% e na França é de 80%.” (ESTRATÉGIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2011).

Reforça o contexto de impunidade narrado, os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (2010) sobre o julgamento das ações penais, nos casos de competência originária, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, de 15 de dezembro de 1988 a 15 de junho de 2007, foram distribuídas 130 ações penais, das quais 40% se encontravam em tramitação, 10% duraram mais de quatro anos, não tendo ocorrido nenhuma condenação em todo o período da pesquisa.

No Superior Tribunal de Justiça, de 23 de maio de 1989 a 06 de junho de 2007, foram distribuídas 483 ações penais, das quais apenas 5 (cinco) resultaram em condenação no período, o que corresponde a 1,04% do total de tais ações.

Com números tão inexpressivos nos processos de competência originária, como esperar celeridade dos tribunais superiores no julgamento dos recursos extraordinários, para só assim se autorizar a execução da decisão condenatória, sendo que ainda é possível a interposição de outros recursos, como os embargos de declaração, muitas vezes com objetivos meramente protelatórios.

A demora na condenação e na incidência dos efeitos da decisão condenatória é prejudicial à sociedade, contribuindo para o desenvolvimento do sentimento de impunidade e aumento da criminalidade (MENEQUIN; BUGARIN; BUGARIN, 2011). A tutela jurisdicional só será efetivada com a execução da sentença, quando se configurará a certeza da justiça (MENEQUIN; BUGARIN; BUGARIN, 2011).

Ademais, a execução da pena apenas após o trânsito em julgado pode gerar uma série de desigualdades no âmbito processual penal. Os condenados que possuem boas condições financeiras podem contratar bons advogados e, por conseguinte, protelar o trânsito em julgado do processo mediante a interposição de diversos recursos, resultando em um contexto em que apenas as pessoas mais humildes acabam efetivamente cumprindo a condenação. Gera-se na sociedade uma “sensação de seletividade punitiva” (MENEQUIN; BUGARIN; BUGARIN, 2011).

Outro aspecto econômico importante da não adoção da execução provisória da pena diz respeito às externalidades negativas do aguardo do trânsito em julgado que a sociedade e o Estado, representado pelo aparato jurídico, sofrerá.

O entendimento anterior redundava em um aumento considerável do número de recursos. Este aumento propicia uma ampliação no trâmite da máquina judiciária, diminuição da celeridade dos demais processos e aumento do gasto público para manter todos os órgãos públicos responsáveis pela discussão processual penal.

Outra externalidade negativa, em razão da contribuição que o entendimento anterior ocasiona nos números da criminalidade, diz respeito aos investimentos econômicos. Segundo Shikida (2010), o aumento da criminalidade em um determinado local diminui o estímulo por novos investimentos, ocasionando aumento no preço dos produtos, que irão absorver os gastos com o combate à criminalidade.

Mesmo diante desses dados / informações, o aguardo do trânsito em julgado da sentença condenatória pode ser considerado socialmente

eficiente? Quais os comportamentos a serem adotados por aqueles que se enveredaram ou pensam em se enveredar pela criminalidade diante do novo posicionamento jurisprudencial, nesse momento em discussão?

Através da análise econômica do direito, conforme trabalhado nas seções anteriores, observa-se o direito como um agrupamento de regras que estabelece custos e benefícios para o agente, os quais se comportarão de acordo com os incentivos advindos das regras. Além disso, possibilita a verificação das causas e das consequências de uma regra jurídica, além de aferir como os cidadãos se portarão diante das regras. Nesse cenário, muitas vezes a normatividade do direito é negada.

O método econômico possui como pressupostos: a) escassez dos recursos na sociedade (nem todos os desejos individuais são atendidos; se os recursos não fossem escassos, não se necessitaria do direito, pois não haveria conflito); b) escolha possui custo (custo de oportunidade – ao se realizar uma coisa, abre-se mão de outra); c) pessoas respondem a incentivos.

No aspecto criminal, no que diz respeito aos incentivos, os “criminosos cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores” (GICO JR, 2010).

Desse modo, a pena, de acordo com a análise econômica do direito, enquadra-se como o preço a ser pago em decorrência da realização de uma atividade ilícita. Nesse diapasão, o sistema criminal deve criar mecanismos que desestimulem as atividades ineficientes, no caso a prática delitiva, visto que “a pena tem o poder de reduzir o benefício esperado da atividade ilegal” (MENEQUIN; BUGARIN; BUGARIN, 2011).

Para tanto, uma punição célere é essencial para desestimular a prática de crimes. Ora, “todos os agentes formam suas expectativas sobre as oportunidades legítimas e ilegítimas, incluindo o rigor das penas bem como a certeza de punição” (MENEQUIN; BUGARIN; BUGARIN, 2011).

A sanção penal, conforme detalhado na seção anterior, busca, segundo a corrente utilitarista, dissuadir os potenciais criminosos a não cometerem delitos. Não objetiva compensar a vítima do crime. É a denominada prevenção criminal.

Sanções que demorem a ser cumpridas ou de possível não incidência (em razão, por exemplo, da grande possibilidade de ocorrência da prescrição), como resulta da execução da pena após o trânsito em julgado,

põem fim ao poder dissuasório do direito penal, sendo, por conseguinte, economicamente ineficientes e injustas.

A adoção do parâmetro eficiência é um critério objetivo para se aferir se uma decisão ou norma é justa, pois “não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta” (GICO JR, 2010).

A necessidade de se consolidar o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à execução da pena é premente, visto que, conforme destacou o ex-Ministro da referida corte, Cezar Peluso, em entrevista ao jornal Estadão, “o Brasil é o único país do mundo que tem na verdade quatro instâncias recursais” (RECONDO; GALLUCI, 2010). Em seguida conclui “isso acaba com o uso dos tribunais superiores (STJ e STF) como fator de dilação (demora) do processo. O STF não consegue julgar isso rapidamente” (RECONDO; GALLUCI, 2010).

Aplicando-se o modelo de eficiência de Kaldor-Hicks à execução da pena com base nos dados levantados no trabalho “O Impacto no Sistema Prisional 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” (HARTMANN; KELLER; VASCONCELOS; NUNES; CARNEIRO; CHAVES; BARRETO; CHADA; ARAÚJO; CORREIA JR, 2016), pode se concluir que o novo posicionamento jurisprudencial é socialmente eficiente. No referido trabalho realizou-se um levantamento sobre a situação atual de todos os réus que respondem a algum processo nos tribunais superiores. Utilizou-se uma metodologia quantitativa amostral.

Os dados levantados pelo ventilado trabalho são resultantes do projeto Supremo em Números<sup>8</sup>. No trabalho foram utilizadas as bases de dados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, foram selecionados, de maneira aleatória, 5% dos processos das duas referidas bases de dados que potencialmente podem sofrer os reflexos do novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal. O levantamento engloba processos dos anos de 2014 e 2015.

Primeiro dado importante constatado foi que o trâmite médio dos recursos penais no Supremo Tribunal Federal, no ano de 2015, foi de 279 dias, enquanto no Superior Tribunal de Justiça durou 323 dias. Além disso, estima-se, de acordo com a metodologia utilizada, que atualmente existem

---

<sup>8</sup> Projeto de pesquisa do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), do Rio de Janeiro. Trabalha com dados dos processos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça após 1988.

60920 réus soltos com processo em trâmite nas referidas cortes superiores, dos quais apenas 3.460 (6%) podem ser impactados pelo novo posicionamento jurisprudencial.

Em termos carcerários, o impacto no sistema prisional seria pequeno. De acordo com os dados divulgados pelo Ministério da Justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016), no Brasil existem atualmente mais de 600 mil presos. Em caso de prisão dos réus desfavorecidos como o novo entendimento, haveria um aumento da população carcerária na ordem de 0,6%.

Diante desses números, observa-se que o quantitativo de pessoas desfavorecidas com a execução provisória da pena é muito pequeno diante de todos os benefícios sociais que uma punição célere pode redundar, contribuindo, inclusive, para a diminuição do número de recursos, propiciando que os demais processos (grande maioria) sejam analisados de maneira mais célere.

Observa-se, portanto, que o discutido entendimento jurisprudencial é eficiente de acordo com o modelo desenvolvido por Kaldor-Hicks. Além disso, o impacto sobre o sistema carcerário, que inclui maior dispêndio por parte do Estado, mostra-se insignificante, não se contrapondo aos benefícios que a execução provisória da pena resultará.

Do ponto de vista racional pode-se assumir que o criminoso busca maximizar o benefício que advém da atividade criminal, mas observa os custos em que poderá incorrer no caso em que venha a ser descoberto, e caso isso ocorra da chance de efetivamente cumprir pena. Se a pena pode vir em período futuro e os ganhos são imediatos – agentes criminais poderão dar peso apenas para os benefícios e sequer levar em consideração os potenciais custos – uma vez que se a pena for aplicada está em um futuro longínquo.

A literatura de fato encontra que os agentes possuem o que se denomina taxa de desconto hiperbólica – dando muito peso ao presente e pouco ao futuro no processo de tomada de decisão (TABAK, 2015; WEITZMAN, 1998; LAIBSON, 1997; RUBINSTEIN, 2003; MURAMATSO; FONSECA, 2008). Agentes com esse tipo de característica serão mais propensos a cometerem crimes cuja possibilidade de recursos seja maior – incentivando crimes como os de colarinho branco. A execução da pena a partir da decisão de segunda instância aumenta o custo da pena – uma vez



que traz a mesma para o presente e reduz os incentivos dos agentes criminais.

## 5. Conclusão

Ao longo deste artigo realizou-se uma breve explanação sobre a análise econômica do direito e sua importância no estudo da eficiência social das normas, institutos e decisões jurídicas, dando-se maior enfoque ao aspecto criminal do estudo.

Em seguida, aplicou-se os institutos e métodos da análise econômica do direito para verificar se o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a execução da pena, consagrada no HC n. 126.292-SP, é eficiente e contribui para a diminuição da criminalidade.

Nesse diapasão, foi possível aferir que o ventilado entendimento é mais eficiente do que o anteriormente adotado, pois gera mais custos ao condenado do que benefícios, contribuindo para a celeridade processual, a efetividade dos direitos penal e processual penal e, por conseguinte, para a diminuição da criminalidade.

Punições que incidem de maneira mais célere reforçam o poder dissuasório da punição penal, evitando-se um contexto de impunidade, a estimular o sentimento de injustiça que em muitos casos brota no seio da sociedade.

A execução provisória da pena, nos termos atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal e em vigor na maioria esmagadora dos países democráticos do mundo, apresenta-se, portanto, como um fator essencial no combate ao aumento da criminalidade e de retomada da credibilidade no sistema penal brasileiro, bastante abalado em razão de sua atuação ineficiente no combate ao aumento da violência.

Os sistemas jurídicos de proteção devem se pautar sempre pela proteção dos indivíduos e da sociedade, pois os seres humanos são sociáveis por natureza, visto que a concepção que se deve ter de direitos humanos, centrada na dignidade da pessoa humana, só será concebida sob uma perspectiva plena se focada em um contexto social, pois a natureza existencial de todos os direitos passa por uma perspectiva comunitária (DA SILVA, 2015, p. 134-136).

Desse modo, as interpretações jurídicas de proteção devem se sustentar em uma perspectiva individual e social, preocupação que o novo entendimento do STF busca atingir.

## 6. Referências

ADORNO, S. Crise no sistema de justiça criminal. **Ciência e Cultura**, Campinas, ano 54, n. 1, p. 50-51, jul./ago./set. 2002.

BECKER, G. S. **Crime and punishment: An economic approach**. *Journal of Political Economics* n. 76, p. 169-217, 1968.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 06 maio 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC n. 68.726, Relator Ministro Néri da Silveira, decisão de 28 de junho de 1991, publicada no DJ de 20 de novem de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 84078 / MG, Relator Min. EROS GRAU, Julgamento em 05/02/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-035 DIVULG 25-02-2010 Publicação 26/02/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+84078.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+84078.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a8wq84j>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 126292 / SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Julgamento: 17/02/2016, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJe-100 DIVULG 16-05-2016, PUBLIC 17-05-2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28126292%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gv7ou72>>. Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg nos EDcl no AREsp 222566 / DF, data do julgamento: 07 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25237354/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-aresp-222566-df-2012-0180959-3-stj/inteiro-teor-25237355>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

COOTER, R. D.; ULEN, T. S. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DUSEK, L. Time to punishment: The effects of a shorter criminal procedure on crime rates. **International Review of Law and Economics**, 2014.

DA SILVA, André Luiz Olivie. Os Direitos Humanos e o Estado “natural” de Fundamentação dos Direitos. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 71, p. 133-154, dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2009**. In Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel\\_sintetico\\_jn2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel_sintetico_jn2009.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Quais são os números da justiça criminal no Brasil?**. In: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A Teoria da Ponderação de Princípios na Encruzilhada do Decisionismo Judicial: limita-me ou te devoro. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 75, p. 219-242, abr. 2017.

DO CARMO, Sidney Gonçalves. **Com PM em greve, ES tem aumento de violência e pede ajuda do Exército**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/02/1856179-com-pm-em-greve-es-tem-aumento-de-violencia-e-pede-ajuda-do-exercito.shtml>. Acesso em: 18 abr. 2017.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Meta 2: A impunidade como alvo. Diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil (2011)**. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf). Acesso em: 02 maio 2017.

FRIEDMAN, David D. **What economics has to do with law and why it matters**. Princeton University Press, 2000.

GICO JR., Ivo T. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. *Revista Economic Analysis of Law Review*, v 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun., 2010.

GOMES, Adalmir de Oliveira; GUIMARAES, Tomás de Aquino. Desempenho no Judiciário: conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 2, abr. 2013.

HARTMANN, Ivar Alberto; KELLER, Clara Iglesias; VASCONCELOS, Guilherme Guimarães; NUNES, José Luiz; CARNEIRO, Leticia; CHAVES, Luciano; BARRETO, Matheus; CHADA, Daniel Magalhães; ARAÚJO, Felipe; CORREIA JR, 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 (August 29, 2016). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2831802> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2831802>. Acesso em: 21 abr. 2017.

LAIBSON, David. **Golden Eggs and Hyperbolic Discounting**. Harvard University. Q J Econ (1997) 112 (2): 443-478. 01 May 1997.

LUCHETE, Felipe. **Juiz manda prender ex-senador Luiz Estêvão, condenado em segunda instância**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-07/juiz-manda-prender-ex-senador-condenado-segunda-instancia>. Acesso em: 22 de abril de 2017.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Tradução Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Maurício S. Um modelo econômico para a responsabilidade civil na defesa do consumidor. **Revista Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n. 2, p. 189-205, jul./ dez. 2012.

MENEGUIN, Fernando B.; BUGARIN, Maurício S.; BUGARIN, Tomás T. S. Execução provisória da sentença: uma análise econômica do processo penal. **Revista Economic Analysis of Law Review**, v. 2, n.2, p. 204-229, jul./dez. 2011.

MURAMATSO, Roberta; FONSECA, Patrícia. Economia e psicologia na explicação da escolha intertemporal. **Revista de Economia Mackenzie**, v. 6, n. 1, p. 87-112, 2008.

PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Análise econômica da função social dos contratos: Críticas e aprofundamentos. **Revista Economic Analysis of Law Review**, v 1, n.2, p. 196-212, jul./dez. 2010.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**. Trad. De Eduardo L. Soares, 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

RUBINSTEIN, Ariel. "Economics and Psychology"? The Case of Hyperbolic Discounting. **International Economic Review**, v. 44, p. 1207- 1216, nov. 2003.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é "Direito e Economia"? In: TIMN, Luciano Benetti. **Direito e Economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RECONDO, F.; GALLUCCI, M. **Cezar Peluso**: 'Somos o único País que tem quatro instâncias recursais'. In Estadão, 2010. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional%2ccezar-peluso-somos-o-unico-pais-que-tem-quatro-instancias-recursais%2c658805%2c0.htm?p=2>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. **Revista Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 2, p. 318-336, jul./dez. 2010.

TABAK, Benjamin Miranda. Análise Econômica do Direito – proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 52, n. 205. 2015.

WEITZMAN, Martin L. **Why the Far-Distant Future Should Be Discounted at Its Lowest Possible Rate**. Journal of Environmental Economics and Management. v. 36, Issue 3, p. 201-208. 1998.