

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO

GUSTAVO ANDRÉ OLSSON

CIÊNCIA ECONÔMICA E DIREITO PENAL SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA

São Leopoldo, RS

2013

GUSTAVO ANDRÉ OLSSON

CIÊNCIA ECONÔMICA E DIREITO PENAL SOB A PERSPECTIVA SISTÊMICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo, RS

2013

O52c Olsson, Gustavo André  
Ciência econômica e direito penal sob a perspectiva sistêmica /  
por Gustavo André Olsson. 2013.  
237 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos  
Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São  
Leopoldo, RS, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

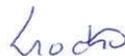
1. Direito penal. 2. Análise econômica. 3. Agente racional. 4.  
Economia comportamental. 5. Teoria - Sistema. I. Título. II.  
Rocha, Leonel Severo.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Ciência Econômica e Direito Penal Sob a Perspectiva Sistêmica**”, elaborada pelo mestrando **Gustavo André Olsson**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 25 de março de 2013.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha

Membro: Dr. Thiago Bottino do Amaral

Membro: Dr. André Luís Callegari



## **AGRADECIMENTOS**

Nunca poderia ser mais grato ao querido Professor Dr. Leonel Severo Rocha, pelas valiosas orientações, pela acolhida em seu grupo de estudos e, sobretudo, pela confiança depositada em mim, cuja amizade é o maior indicador. Sempre honrarei essa amizade, Professor.

Igualmente, agradeço aos Professores do PPG Direito pela convivência desses últimos dois anos, da qual certamente eu fui o lado mais beneficiado, ouvindo suas lições e diariamente aprendendo algo novo. Destaco especialmente a disposição e o carinho do Prof. André Callegari, do Prof. Luciano Timm, da Profa. Sandra Martini, do Prof. Darci, da Profa. Fernanda e da Profa. Taysa. A todos, muito obrigado pelas lições. Aos nominados, também pela amizade e pela irmandade.

Aos colegas e amigos do curso, ao grupo de trabalho e pesquisa e à Secretaria, Vera Loebens e Magdaline Macedo, agradeço muito pelo respeito, pela dedicação e pela amizade de sempre. De coração, obrigado a todos.

Pela maravilhosa acolhida, agradeço também à Unisinos. Parabéns pelo que esta Universidade representa hoje... na sociedade, na comunidade, nas vidas de muitas pessoas (como na minha).

Agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico por todo o indispensável apoio recebido; do contrário, este trabalho certamente não teria sido possível. Espero sempre ter atuado (e continuarei autando) à altura do apoio que me foi concedido.

À minha família de sangue e às minhas famílias de coração um agradecimento especial pela incondicionalidade de sempre... amo vocês. Sei que os tempos não têm sido fáceis para nós... mas também vejo que percebem o significado da “ciência” para mim... quase o mesmo que o ar que respiro.

Agradeço a Deus por tudo.

“Olhe para os seus sonhos e para suas intenções  
O quão egoísta eles são pra você mencioná-los?  
Transformar algumas centenas em milhões  
Casar com uma modelo e ter alguns filhos  
(...)”

Talvez nós precisemos de mais calçados para nossos pés  
Talvez nós precisemos de mais roupas e TV's  
Talvez nós precisemos de mais dinheiro e joias  
Ou talvez nós não saibamos o que precisamos  
Talvez nós precisemos querer consertar tudo isso  
Talvez parar de falar, talvez começar a escutar  
Talvez nós precisemos olhar para esse mundo  
(...)”

(Tradução livre de: “*Everything Chances*” – S.O.J.A)

“Quando enxergou Alice, o gato se limitou a dar um largo sorriso. Ele parecia ter um bom caráter, pensou ela: também tinha garras muito compridas e muitos dentes avantajados; assim, ela sentiu que o gato deveria ser tratado com respeito.

- ‘Gatinho de Cheshire’, começou ela de forma bem tímida, uma vez que não tinha certeza se ele gostaria de receber esse tratamento: no entanto, o gato apenas alargou um pouco mais o seu sorriso. ‘Parece que até agora só ficou mais contente’, pensou Alice, e continuou: ‘Poderia me indicar, por favor, o caminho que devo tomar para sair daqui?’

- ‘Depende muito do lugar para o qual você gostaria de ir’, respondeu o gato.

- ‘Eu não me importo muito para onde...’, disse Alice. – ‘Então não importa muito qual o caminho que você seguir’, disse o gato.

- ‘... desde que eu chegue em algum lugar’, complementou Alice.

- ‘Ah, certamente chegará em algum lugar’, disse o gato, ‘basta você caminhar o suficiente.’”

(Tradução livre de parte do Capítulo VI da obra “*Alice’s Adventures in Wonderland*”, de Lewis Carrol)

## RESUMO

Este trabalho investiga a pretensão da Análise Econômica do Direito Penal em contribuir na maneira pela qual o Direito se relaciona com a sociedade contemporânea. Aquela se sustenta na utilização de instrumentos de análise da Ciência Econômica a respeito do comportamento dos seres humanos em sociedade. Investiga o efeito dos incentivos (em um sentido amplo), mensurando as respostas dos “agentes racionais” (mesmo com racionalidade limitada). Nesse contexto, a intenção das análises econômicas consiste em complexificar a perspectiva jurídica a respeito do comportamento humano, no sentido de encontrar melhor responsividade social em relação ao ordenamento jurídico, sobretudo fazendo uso de pesquisas empíricas. Assim, partindo de uma reconstrução da Análise Econômica do Direito Penal, desde o texto seminal de Gary Becker (1968), a pesquisa discute os avanços internos daquela perspectiva, assim como os aportes provenientes da Economia Comportamental. Esse enfoque é assumido em razão de, por si só, a Economia Comportamental (da mesma maneira que as análises empíricas) ser capaz de auxiliar na construção/evolução da dogmática do Direito. Por fim, investiga-se, com fundamentação da Teoria dos Sistemas, a possibilidade de acomplamentos entre os aportes da Ciência Econômica (como comunicação do Sistema da Ciência ou da Economia) em relação ao Sistema do Direito, especialmente considerando as dificuldades de racionalidades consequencialistas, como as propostas ligadas ao agente racional (que reage aos incentivos - ainda que limitadamente, com vieses e com heurísticas de decisão). O resultado considera a possibilidade de ganhos para o Direito, especialmente na maneira de como as normas jurídicas podem ser planejadas e terem sua eficiência e efetividade mensuradas; de outro lado, sugere-se atenção às pesquisas (e a realização de novas) a respeito da percepção e da responsividade dos destinatários das normas jurídicas. Da mesma forma, verificou-se dificuldades para que o Direito alcance objetivos sociais diante da contingência e dos riscos nas sociedades contemporâneas, segundo a perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais.

**Palavras-chave:** Análise Econômica. Direito Penal. Agente Racional. Economia Comportamental. Teoria dos Sistemas.

## **ABSTRACT**

This research studies the role of the Economic Analysis of Criminal Law in order to verify how it might contribute with the Law in contemporary society. Economic analysis is based on the use of analytical tools of Economic Science with the aim to investigate the way in which humans behave in society. Actually, it investigates the effect of incentives (in a broad sense) in human behavior. In this context, the intention of the Law and Economics analysis is to complexify the legal perspective regarding human behavior to find better social responsiveness, in relation to changes in the legal system. Thus, based on a reconstruction of the Economic Analysis of Criminal Law, from the Gary Becker's seminal text (1968), this research discusses the internal progress of that perspective, and especially the criticism added on it from Behavioral Economics. This approach was chosen because Behavioral Economics, by itself, could be able to assist in the construction of the dogmatic view of Law. Finally, it was investigated, based on System Theory, the theoretical relationship between the contributions of Economic Science (as communications of System Science or Economics) in relation to the System of Law, especially considering the difficulties of "consequentialist rationalities", as related to the "rational agent" (that reacts to incentives, even with bounded rationality, biases and heuristics of decision). The result suggests the possibility of gains for the Law, especially in the way of how legal rules can be planned and might have measured their efficiency and effectiveness, considering the way of how recipients perceive (and react) to rules changing. In the same perspective, it might be difficult to Law reach social goals in a social contingent and risky society, from the perspective of the Theory of Social Systems.

**Key Words:** Law and Economics of Criminal Law. Rational agent. Behavioral Economics. Theory of Social Systems.

## **LISTA DE GRÁFICOS**

Gráfico 1 - Relação Incentivos Pretendidos (a, b, c, ...) e Resultados Alcançados (0-8).....	12
Gráfico 2 - Relação entre comportamento criminoso (0-100) e incentivos (0-30).....	171

## **LISTA DE TABELAS**

Tabela 1 - Relação entre pena e probabilidade da prisão - modelo ideal.....	76
Tabela 2 - Relação entre pena e probabilidade de prisão - modelo com desconto subjetivo....	77

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>2 UMA PERSPECTIVA SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DO DIREITO PENAL</b> .....	18
2.1 ANÁLISE ECONÔMICA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL – DISTINÇÕES.....	20
2.1.1 Abordagens Normativas e Positivas .....	31
2.1.2 Uma Necessidade de Delimitação .....	34
2.1.3 A Genética da Análise Econômica do Direito Penal – O Problema do Consequencialismo (causa-efeito).....	43
2.1.4 Reconstruindo a Análise Econômica do Direito Penal - desde Gary Becker .....	56
2.2 O MODELO DE MERCADO.....	64
2.2.1 Aplicação do Modelo em Políticas Sociais.....	72
2.2.2 Escolha das Penas, as Informações e outras Variáveis .....	90
2.2.3 A Questão da Eficiência Econômica .....	105
<b>3 O HOMEM E A ANÁLISE ECONÔMICA – APORTES DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL E A RELAÇÃO COM O SISTEMA DO DIREITO</b> .....	117
3.1 DISCUTINDO ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO “AGENTE RACIONAL” .	119
3.1.1 Individualismo Metodológico .....	133
3.1.2 Economia Comportamental .....	138
3.1.2.1 Ancoragem e Ajuste .....	144
3.1.2.2 Disponibilidade .....	147
3.1.2.3 Representatividade .....	151
3.1.2.4 Otimismo e Confiança Excessivos.....	153
3.1.2.5 Autocontrole e Adiamento .....	155
3.1.2.6 Normas Sociais e Emoções .....	162
3.1.2.7 Sentimento de Ganhos e Perdas .....	166
3.1.2.8 Enquadramento.....	169
3.2 A RELAÇÃO ENTRE A OBSERVAÇÃO ECONÔMICA, O SISTEMA POLÍTICO E O SISTEMA DO DIREITO .....	179
3.2.1 O Funcionamento do Sistema Jurídico Autopoiético .....	181
3.2.2 Ambiente e Sistemas – O Outro lado da Distinção .....	201
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	214
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	220

## 1. INTRODUÇÃO

A presente dissertação se insere no âmbito das pesquisas sistêmicas das questões jurídicas da sociedade, na linha das investigações desenvolvidas pelo Professor Doutor Leonel Severo Rocha, que a orientou.

A inserção deste tema no rol de pesquisas do orientador e, por consequência, na Linha de Pesquisa 2 do Programa de Pós-Graduação em Direito (Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização) se encontra na investigação de elementos da Ciência Econômica (a noção de “análise econômica”, características e instrumental), e de seus influxos no Sistema do Direito, especialmente sua influência na maneira de como a sociedade compreende e reage à normatização e na criação de novos direitos. De modo mais específico, procura-se construir elementos de base para o desenvolvimento de pesquisas relacionadas com a Ciência Econômica no âmbito da academia jurídica, notadamente em relação à Análise Econômica do Direito Penal.

Parte-se da noção de que a economia possui forte influência na organização e na mecânica de funcionamento das sociedades contemporâneas, atuando na maneira como as pessoas raciocinam e na forma pela qual a normatividade jurídica e as organizações são arquitetadas e estruturadas, trazendo, por consequência, impactos no Direito e na forma pela qual aqueles são autopoieticamente observados por este.

Entretanto, no âmbito jurídico, enquanto em países como os Estados Unidos há muito se pesquisa sobre a utilização de instrumentos econômicos no âmbito jurídico, no cenário brasileiro, especialmente após a virada do século é que esse tipo de doutrina passou a ser considerada (e sobretudo em um sentido econômico, do impacto econômico das decisões jurídicas). Daí, porque, por exemplo, muitas das críticas realizadas às propostas da Análise Econômica ainda estão ligadas ao problema da eficiência como critério de justiça (Escola de Chicago, preponderantemente àquela existente por volta dos anos 1960), desconsiderando-se uma gama muito ampla de teorias e, sobretudo, dos desenvolvimentos já realizados. Um dos autores estrangeiros mais criticados ainda hoje pela doutrina brasileira (explícita ou veladamente), Richard Posner, iniciou modificações significativas no seu pensamento na década de 1980. Esse espaço de tempo, é verdade, transcorre sem grande percepção no Brasil, porque apenas recentemente suas obras passaram a ser traduzidas para o Português (e grande parte delas unicamente após 2010, como “A Problemática da Teoria Moral e Jurídica” e “A Economia da Justiça”).

O trabalho, nesse contexto, possui como delimitação principal o pano de fundo da Análise Econômica do Direito Penal, quer porque é muito mais restrita que as demais propostas de análise econômica, quer porque tem sido a menos explorada pela doutrina jurídica brasileira, concedendo, assim, maior relevância jurídico-científica em ser pesquisada no Brasil.

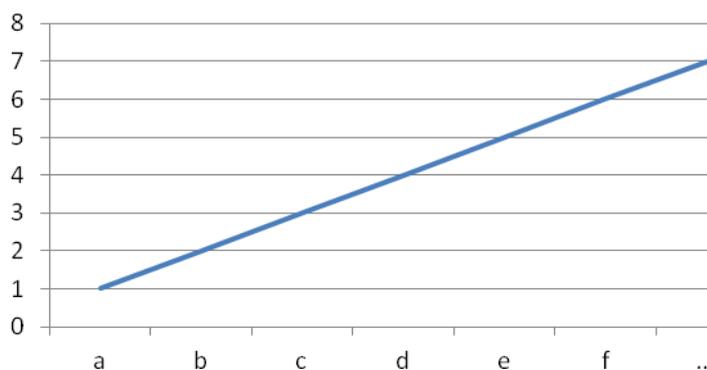
Nesse contexto, o trabalho procura se inserir como uma pesquisa de base a respeito dos influxos dos instrumentos da Ciência Econômica no Direito Penal, visando a reconstruir de uma maneira dialogal os argumentos da Análise Econômica do Direito Criminal propriamente dita, assim como a respeito das principais críticas apresentadas ao modelo de “agente racional”.

Portanto, além de pretender reconstruir parcela do conhecimento a respeito do tema, sobretudo em relação aos seus pressupostos, fundamentos, instrumentos e mecânica de raciocínio, intenta-se, igualmente, internalizar/“importar” o estado da arte em relação às críticas realizadas sobre a Análise Econômica. Em especial, ao conjunto de críticas que recaem sobre o pressuposto do agente racional, e que vêm sendo realizadas aproximadamente desde meados do século XX (na Ciência Econômica), grandemente desconsideradas pela teoria jurídica, embora essa adote um pressuposto semelhante. Nesse âmbito, com a finalidade de procurar elementos para uma nova maneira de abordar os problemas sociais, pretende-se incluir uma abordagem sistêmica (e crítica) a respeito das relações entre a Análise Econômica do Direito Penal e o Sistema do Direito, considerando, ainda, alguns impactos daquela sobre o Sistema Político.

Especificamente, intenta-se (a) verificar a mecânica de observação da Análise Econômica do Direito Criminal em relação aos problemas sócio-jurídicos (conceitos, pressupostos, racionalidade, aplicação e instrumentos), assim como de suas possíveis contribuições para o Direito Penal brasileiro (ou subsistema jurídico-penal). Da mesma forma, (b) procura-se investigar e reconstruir as principais críticas (e deficiências) realizadas pela doutrina norte-americana (preponderantemente) em relação ao modelo do “agente racional”, que subjaz àquela forma de abordagem; e (c) compreender as relações entre os modelos de análise econômica (instrumentos da Ciência Econômica) em relação ao Sistema Jurídico brasileiro (inclusive com algumas relações com o Sistema Político), assim como das consequências sistêmicas dessa relação, sempre se perquirindo a respeito de como realizar melhoramentos da forma segundo a qual a sociedade aborda os problemas sociais (os quais tendencialmente têm se transformado em problemas jurídico-penais).

A importância da escolha da análise econômica para o Subsistema Penal se dá pelo interesse de investigar um pressuposto comum (embora não discutido no meio jurídico) entre a Ciência Econômica e o Direito Penal. Trata-se do problema de analisar o comportamento humano. Embora esse elemento não esteja sempre presente na legislação penal, tanto a Ciência Econômica, quanto o Direito Penal tradicional possuem uma tendência consequencialista (causal), ou seja, ambos trabalham com uma noção de incentivos, o que, remete ambos (ainda que indiretamente) ao “agir racional”. Esta fusão realizada, em Análise Econômica do Direito Penal, tende a ser mais pertinente ao estudo do Direito Penal (em relação às demais formas de análise econômica), no sentido de que procura estabelecer relações entre as estruturas, decisões jurídicas (“incentivos” legais para o comportamento) e suas consequências. Em outras palavras, da mesma maneira como a microeconomia investiga relações entre incentivos e ações pessoais, o Direito Penal aparece impregnado com o mesmo tipo de lógica: de resposta a incentivos.

Diuturnamente, leis penais são criadas com a intenção de solucionar problemas encontrados no âmbito social. Criam-se tipos penais, elevam-se penas, modifica-se a dinâmica de benefícios penais e processuais penais, com a intenção de atingir uma determinada finalidade. Em geral, essa finalidade se liga ao não cometimento de crimes, sua redução, ou simplesmente a diminuição do sentimento de impunidade, conforme os discursos existentes na sociedade afirmam. A lógica tende a ser simples e linear: mais incentivos, geram mais resultados esperados (aumentam-se as penas imaginando-se reduzir os crimes). Em um gráfico, a representação seria de uma reta, como o exemplo que segue. Nesse contexto, no imaginário comum dos juristas e legisladores, um incentivo “a” acarreta um resultado “1”, um incentivo “b” acarreta um resultado “2”, e assim por diante, sempre seguindo essa linearidade.



**Gráfico 1 - Relação Incentivos Pretendidos (a, b, c, ...) e Resultados Alcançados (0-8).**

Importante ressaltar, esse pressuposto é muitas vezes adequado, mas o Direito não possui instrumentos para aferir quando pode deixar de sê-lo e tampouco para pensar maneiras de aumentar a efetividade quando o gráfico não segue uma linha reta. Nesse ponto é que ingressam as promessas da Análise Econômica propriamente dita, que há muito realiza esse tipo de estudo, sobretudo considerando aportes de microeconomia. A doutrina alega deter um instrumental capaz de auxiliar na maneira de como se percebe esses problemas, e remediá-los. Questões de efetividade da lei penal, nesse sentido, passam a ser pensadas como problemas de demanda e procura. Por isso mesmo, aquele pressuposto é seguido em parte pela Análise Econômica do Direito Penal, sobretudo pelas concepções tradicionais desse tipo de pensamento. E é nesse contexto que a pesquisa pode gerar contribuições: agregar instrumentos para melhor planejamento da legislação, na sua forma de aplicação, na forma de aferir os resultados da implementação de uma política ou de uma legislação, e assim por diante; enfim, imagina-se a possibilidade de reconstrução no Sistema do Direito de uma nova perspectiva de observação dos problemas jurídico-comportamentais, reunindo novos elementos e variáveis no trabalho diário daqueles que laboram com o Direito Penal.

Não se pode deixar de reconhecer que, em primeiro lugar, no âmbito das sociedades capitalistas (preponderantemente), a economia exerce grande influência na maneira de organização dos Estados, das sociedades civis (inclusive das famílias), da racionalidade e no agir individual diário. As profissões são escolhidas também em razão das perspectivas econômicas; as sociedades capitalistas dependem do consumo, para crescimento e desenvolvimento; decisões administrativas são tomadas em razão das capacidades financeiras, o que influencia a saúde, a segurança e a organização pública, dentre muitos outros exemplos. E, embora essas relações tenham alguns aspectos estudados por outros ramos do conhecimento, como a psicologia e a sociologia, é na Ciência Econômica que se encontra a ênfase sobre esses temas. E, atualmente, a Ciência Econômica (e aqui incluída a doutrina brasileira) possui um instrumental desenvolvido, que pode auxiliar na compreensão da maneira pela qual os indivíduos atuam em sociedade, o que potencialmente pode ser compartilhado com o Sistema do Direito, especificamente com o Subsistema Criminal.

Em segundo lugar, a busca pelo conhecimento de outros ramos de conhecimento pode aprimorar a observação dos fenômenos jurídicos e políticos. Profissionais de áreas de conhecimento diversas possuem compreensões distintas sobre os mesmos fenômenos, de forma que, na hipótese trabalhada pela pesquisa, economistas, políticos e juristas podem, conjuntamente (e também com auxílio de outros ramos do conhecimento), encontrar soluções

diversas daquelas que costumeiramente encontram quando pesquisam em seu próprio âmbito (sem discutir suas ideias com outros ramos de conhecimento). A relevância social disso encontra-se também no fato de, nos discursos apresentados socialmente, a normatividade penal ser inefetiva, haver “impunidade”, etc.

Essas duas frentes são capazes de auxiliar na maneira de como o Direito observa os problemas; no caso deste trabalho, nas questões penais. De qualquer forma, excluiu-se desta pesquisa as aproximações com o Direito Processual Penal, uma vez que o direito processual penal dos países de “origem” (pelo menos naqueles em que mais se desenvolveu) da Análise Econômica do Direito Penal são distintos do brasileiro, acarretando a necessidade de um estudo que tornaria a pesquisa inviável no presente momento. A organização processual, tempo procedimental, benefícios, prisões cautelares, todos possuem diferenças consideráveis em relação ao processo penal brasileiro, de forma que um estudo aprofundado do tema ultrapassaria os limites de extensão deste trabalho.

Evidentemente, por si só, a Ciência Econômica não se apresenta como meio de trazer soluções para todos os problemas jurídicos. Como um ramo de conhecimento, está impregnada de debates entre diversas teorias concorrentes. A própria noção de “eficiência” é uma delas, embora esse fato seja completamente ignorado por grande parte dos juristas. O mesmo vale para o “agente racional”, o qual, a partir de aportes da psicologia, gerou uma compartimentalização da Ciência Econômica, em um subsistema denominado “Economia Comportamental”.

Esses aportes demonstram que, embora a Ciência Econômica (clássica e neoclássica) esteja correta em grande parte das análises (no sentido possuírem efetiva capacidade explicativa e preditiva), há situações nas quais o agente racional não é efetivamente o agente tomador de decisões. Essas percepções são relevantes à Teoria do Direito, porque, se algumas vezes as pessoas não respondem segundo a linearidade que o gráfico demonstrou, é relevante investigar maneiras de como solucionar esse tipo de problema. Uma consequência direta disso pode ser a inocuidade de se propor uma legislação penal nova para regular certo problema (maneira corriqueira pela qual os problemas procuram ser solucionados), acarretando situações paradoxais como leis que “não pegam”, que são “esquecidas”, etc.; em síntese, que não alcançam seus objetivos. Afinal, se os estímulos normais não são aptos a gerar os resultados pretendidos, dever-se-ia tentar investigar os motivos pelos quais isso não ocorre e testar novas soluções.

Essa é a demonstração da importância e da atualidade do tema discutido. A Análise

Econômica sugere a possibilidade de avanços teóricos no sentido de tornar o Direito Penal mais adequado à realidade social; todavia, sem desconsiderar o aparato constitucional de garantias.

O fato é que avanços teóricos importantes a respeito do comportamento humano já foram incorporados na Ciência Econômica, mas muito pouco tem sido pesquisado no âmbito da Teoria Jurídica. O sintomático é que grande parte dos juristas provavelmente nunca sequer ouviu falar sobre esses assuntos, e, quando teve algum contato, normalmente está ligado a críticas de modelos de Economia Política (especialmente de “livre mercado”, “neoliberal”), retirando qualquer interesse a respeito da mecânica de raciocínio que é proposta e discutida, a respeito da análise do comportamento humano.

Assim, o resultado da pesquisa é dividido em dois blocos, os quais, por sua vez, são divididos em duas partes cada um.

Na primeira parte (2.1), procura-se delimitar o que se entende por “análise econômica” e diferenciar as análises econômicas do Direito Penal das posturas tradicionais. Essa diferenciação pretende ser construída a partir das críticas jurídicas (e algumas filosóficas) normalmente empregadas contra essa maneira de observação da realidade. Além disso, sob o pretexto de uma análise da gênese da Análise Econômica do Direito Penal, procura-se demonstrar umas das principais dificuldades na aplicação de diagnósticos futuros, crítica proveniente, sobretudo, da Teoria dos Sistemas Sociais.

A segunda divisão (2.2) procura reconstruir a Análise Econômica do Direito Criminal a partir do texto paradigma do assunto, escrito por Gary Becker em 1968. Essa parte, entretanto, não se preocupa unicamente com o modelo de Becker. Pretende ser uma descrição a respeito do estado da arte sobre o tema, inclusive trazendo desenvolvimentos propostos pelo próprio Gary Becker com o passar do tempo. Em razão do posicionamento do trabalho, intenta-se transcrever e dialogar diversas linhas de pensamento sobre o tema, embora sem uma preocupação de detalhá-las separadamente. O destaque é para aquilo que une a todas (embora muitas especificidades constarão no texto). Pretende-se apresentar a conformação dos pressupostos, dos instrumentos, da racionalidade, das características, ou seja, o padrão e o uniforme dessa forma de abordagem dos problemas sociais.

Por sua vez, a terceira compartimentalização do trabalho (3.1), procura, então, abordar os principais aportes da Economia Comportamental e trazer alguma luz a respeito dessas linhas de pesquisa que a seguem no âmbito das análises econômicas (como análises do comportamento irracional, vieses de julgamento, heurísticas de decisão, etc.). Há uma extensa

gama de críticas e dificuldades, dentre as quais receberão maior ênfase aquelas cujo conteúdo é mais pertinente ao tema de fundo desta pesquisa: Subsistema Penal.

Por fim, o quarto momento (3.2) se destina à verificação teórica de como a Ciência Econômica se relaciona com o Sistema do Direito a partir das observações da Teoria dos Sistemas e dos aportes do Professor Leonel Severo Rocha. Será que o Sistema Econômico (ou Ciência Econômica) domina ou tende a dominar o Sistema Jurídico, sobretudo quando se fala de “análise econômica” no Direito? A legislação tributária, a administrativa e a penal (onde se inclui a de execução penal) possuem correlação com a economia. Em grande parte, o sistema normativo está direcionado ao uso e controle de recursos públicos nas duas primeiras, e públicos e privados na terceira; recursos que são sempre escassos. Há, de um modo geral, uma preocupação em utilizar-se adequadamente recursos limitados, segundo as necessidades (incentivos) existentes. É nesse sentido que a resposta daquele questionamento perpassa pelo estudo de como o Sistema da Economia, o Sistema do Direito e o Sistema Político observam os problemas sociais, desembocando, ao final, em um estudo sobre a inter-relação de desses sistemas.

De fato, há relevantes indicações de que, sendo o Sistema Jurídico autopoietico, este se mantém autônomo em relação aos demais sistemas. Isso, evidentemente, não indica que a análise econômica do Direito Penal seja inútil. Ao contrário, pode se demonstrar em um instrumento muito válido, tanto no que se refere à análise de problemas penais (como no caso de um juiz prestes a prolatar uma sentença), como no planejamento da legislação e de novas tentativas de soluções para os problemas sociais. Na linguagem sistêmica essas interrelações são estudadas como acoplamentos, prestações e evolução do Sistema Jurídico.

Embora esta introdução tenha enfatizado a separação de quatro momentos no trabalho, esses não são estanques, porque sua construção depende da articulação de ideias e exemplos dessas quatro partes. Além disso, considerando a intenção de formulação de um trabalho-base a respeito da Análise Econômica (do Direito Criminal) no grupo de pesquisa da Autopoiese do Direito (coordenado pelo Professor Doutor Leonel Severo Rocha), existe uma forte preocupação didática, de forma que se tentará construir o trabalho com a utilização de diversos exemplos que dialogarão com a teoria da Análise Econômica, sua crítica e com a Teoria Sistêmica.

Por fim, explicitando, sob os aspectos metodológicos, a pesquisa é eminentemente bibliográfica (cuja prevalência se dá pela doutrina da Análise Econômica do Direito Penal estrangeira – jurídica ou econômica), adota um procedimento comparativo, embora em menor

medida também serão manejados os procedimentos funcionalista e estruturalista (comparação entre as diferentes perspectivas de observação dos fenômenos sociais; reconstrução das características principais da Análise Econômica, considerando suas contribuições, alcance, limitações, funções que representam e suas inter-relações com a Teoria dos Sistemas). A abordagem, por sua vez, é preponderantemente sistêmica: a partir da reconstrução das características (e outros elementos) da Análise Econômica, serão verificadas as contribuições e as (inter-)relações recíprocas e os significados daquela forma de pensar em relação ao Subsistema Penal da sociedade contemporânea (e ao Sistema da Política), para o que se fará uso da Teoria dos Sistemas Sociais.

## 2 UMA PERSPECTIVA SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DO DIREITO PENAL

*“O homem real executa ações econômicas, morais, religiosas, estéticas etc. (...) O mesmo homem que considero como homo oeconomicus para um estudo econômico, posso considerá-lo como homo ethicus para um estudo moral, como homo religiosus para um estudo religioso etc.*

*O corpo concreto compreende o corpo químico, o corpo mecânico, o corpo geométrico etc.; o homem real compreende o homo oeconomicus, o homo ethicus, o homo religiosus etc. Em suma, considerar esses diferentes corpos, esses diferentes homens, corresponde a considerar as diferentes propriedades desse corpo real, desse homem real e visa apenas a cortar em fatias a matéria que deve ser estudada. (...)*

*Erra-se, pois, redondamente quando se acusa quem estuda as ações econômicas – ou o homo oeconomicus – de negligenciar ou mesmo de desdenhar as ações morais, religiosas etc. – isto é, o homo ethicus, o homo religiosus etc. –; seria a mesma coisa que dizer que a geometria negligencia, desdenha as propriedades químicas dos corpos, suas propriedades físicas etc.<sup>1</sup>*

(Vilfredo Pareto, aproximadamente em 1906.)

O presente capítulo se dedica a um objetivo duplo e complementar.

Na primeira parte, procura conceituar a Análise Econômica do Direito Penal e diferenciá-la dos modelos de análise econômica ligados a outros ramos do Direito. Está, assim, subdividida em uma parte conceitual inicial, uma parte referente às classificações da análise econômica (em relação aos seus objetivos finalísticos) e, um terceiro momento, ligado à genética das análises econômicas do Direito Criminal.

Todo esse bloco, entretanto, a título de aproximar o leitor do tema, se preocupa criticamente com alguns pressupostos adotados por essas formas de abordagem e discute algumas críticas mais comuns a elas direcionadas. É esse próprio contexto crítico que permite uma adequada diferenciação entre o conteúdo “padrão” econômico-criminal do presente trabalho e das demais posturas. Inclusive, a parte referente à “genética” da análise economicista penal não é propriamente um estudo histórico, mas uma maneira de demonstrar criticamente uma das principais dificuldades dessa forma consequencialista de pensar (causa-

---

<sup>1</sup> PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 20-1. Em contraposição: “A aplicação da lógica do *homo oeconomicus* ao comportamento humano tende, portanto, a produzir um bom número de incongruências. O fato é que esse tipo de homem é o retrato falado perfeito do idiota social: um sujeito tão completamente absorto na busca racional daquilo que lhe é útil que não se dá conta de que, para alcançar esse fim, precisa manipular, sistemática e explicitamente, os comportamentos e as escolhas dos outros sujeitos, e, no final, contrariar a própria possibilidade de satisfazer seus interesses – como as mil variantes do ‘dilema do prisioneiro’ dizem hoje, com os problemas relativos ao meio ambiente, ao trânsito e às novas formas de dependência”. In: BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. **Economia Civil**: eficiência, equidade, felicidade pública. São Paulo: Cidade Nova, 2010. p. 138.

consequência; incentivo-resposta); uma crítica formulada pela Teoria dos Sistemas e normalmente inexistente na doutrina especializada.

Mencionou-se “conteúdo padrão” porque a preocupação central do trabalho é reconstruir aquilo que os modelos de análise econômica criminal possuem em comum; evidentemente, não se despreocupando com diferenças importantes, quando relevantes para a apresentação do tema. Ademais, o leitor encontrará, além dos conceitos e das características mais importantes dessa forma de pensar os problemas sócio-criminais (considerados os problemas sociais ligados à violência e a condutas indesejadas, assim como condutas criminosas propriamente ditas), a análise de algumas críticas realizadas no âmbito doutrinário.

A segunda parte, de outro lado, procura efetivamente reconstruir a doutrina referente à análise econômico-criminal, notadamente a partir de um texto inaugural de Gary Becker. Evidentemente, para além desse único autor, a pesquisa apresentará desenvolvimentos que ocorreram após o artigo inicial, dialogando a doutrina de Becker com diversas outras linhas de pensamento a respeito do mesmo assunto, inclusive do próprio Gary Becker. Embora apresente elementos críticos e exemplos, trata-se de uma construção com intenção descritiva, motivo porque grande parte das dificuldades e das críticas são deixadas para a segunda parte do trabalho. Foram incluídas, entretanto, as observações produzidas pelos próprios pesquisadores sobre a análise econômica (críticas “internas” à dogmática). Isso, porque, em grande parte, decorrem dos desenvolvimentos teóricos realizados ao longo do tempo, demonstrados por intermédio de pesquisas empíricas, o que é relevante para o conjunto de demonstração do estado da arte.

É nesse contexto que a reflexão de Pareto, realizada aproximadamente no início do Século XX, é representativa desta primeira grande divisão do resultado da pesquisa. Em razão de seu cunho crítico-descritivo, o trabalho também é de certa maneira desmistificador. A citação fora escolhida porque grande parte da doutrina que pretende ser crítica a respeito da análise econômica ainda hoje labora com críticas à perspectiva de “homem econômico”.

Inobstante, há mais de cem anos já se conhecia que essa abordagem se tratava de uma simplificação da realidade, como forma de estudo dos fenômenos sociais unicamente na perspectiva que se considerava mais relevante. No caso da Ciência Econômica, a perspectiva econômica que cada pessoa<sup>2</sup> possui a respeito da vida e de seus atos. Isso não significa que o

---

<sup>2</sup> Embora existam diferenças no sentido jurídico e filosófico, para fins do trabalho, utiliza-se “pessoa” como sinônimo de “indivíduo” e de “agente”.

homem econômico não pague o dízimo (e talvez não pague unicamente para atingir a utilidade de ir para o paraíso, como alguém poderia sugerir). Significa unicamente uma redução da realidade; o estabelecimento de um modelo “padrão”, cuja aplicação pressupõe-se a todas as pessoas – ainda que hoje se compreenda ser essa metodologia insuficiente em alguns casos (como o caso do “homem delinquente”). Durante muito tempo – e, em certos aspectos ainda hoje – fala-se em “homem médio” no âmbito do Sistema do Direito.

Assim, por maior que seja o número de caricaturas que se estabeleça sobre o “homem médio” (inclusive a respeito do seu parentesco com a “mulher honesta”, etc.), ainda assim, de fato, quando se planeja uma lei penal, se estabelece um “padrão” de comportamento. Uma espécie de modelo de comportamento a ser seguido. E, como se verá, a Análise Econômica do Direito Penal está preocupada com “modelos” de comportamento e com mecanismos de incentivos e aferição da capacidade legal de modificá-los.

## 2.1 ANÁLISE ECONÔMICA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL – DISTINÇÕES

*“Era uma vez, um homem que estava apaixonado pela filha de um religioso e planejava pedir ao pai da moça a mão dela em casamento. Um dia ele foi convidado para jantar na casa dela: ele passou, de maneira séria, a noite inteira conversando com o ministro sobre temas religiosos, dando seu melhor na tentativa de impressioná-lo a respeito de sua erudição teológica e de sua grande espiritualidade. Depois que ele foi embora, o religioso disse para a sua filha, “Querida, eu acho que você deve se casar com alguém um pouco mais prático [pragmático]”<sup>3</sup>.*

A Análise Econômica do Direito (“*Law and Economics*”) pode ser classificada como uma proposta de funcionalismo social de matriz econômica.

O funcionalismo se liga, ainda que remotamente, à Idade das Luzes, onde o papel da razão humana fora enaltecido a ponto de considerar-se que inventaria, construiria e alcançaria todas as coisas, assim como poderia explicar todos os fenômenos. Evidentemente, esses seriam fatores dinâmicos, porque dependem do grau de desenvolvimento tecnológico-

---

<sup>3</sup> Tradução livre de: “Once there was a man who was in love with a minister’s daughter and planned to ask the minister for her hand in marriage. Once evening he got to the house for dinner. He spent the entire evening earnestly conversing with the minister about religious topics; he tried his best to impress him with his own theological erudition and great spirituality. After he left, the minister said to his daughter, ‘Dear, I think you should marry someone a little more practical’”. In: SMULLYAN, Raymond. *This Book Needs No Title: a budget of living paradoxes*. New York: Simon & Schuster, [1986?]. p. 10-1.

científico.

No âmbito deste trabalho, ou seja, na perspectiva do Sistema do Direito, o funcionalismo transforma as normas jurídicas em um instrumento finalístico: o sistema jurídico transmuda-se “em um meio para alcançar determinados e específicos objetivos”<sup>4</sup>. Assim, o Direito passa a ser concebido a partir de fins que não estariam inicialmente dentro do próprio sistema (em um sentido normativo, de conjunto de normas jurídicas), mas que passam a, de certa maneira, condicioná-lo e em relação aos quais deve se submeter: “o mundo jurídico é compreendido como uma estratégia político-social, teleologicamente programada”<sup>5</sup>. O sistema normativo como “*ingeniería social*”, nos termos de Roscoe Pound<sup>6</sup>. De qualquer modo, após jogos políticos, esses fins ingressariam no sistema jurídico, sobretudo nas Constituições dos países, direcionando a observação dos juristas. Esse processo não é estático, porque sempre existem discussões sendo travadas no sistema político (assim como no jurídico), podendo gerar outras modificações no Direito ao longo do tempo<sup>7</sup>.

A partir disso, reconhece-se a necessidade, então, de gerenciar a mecânica de funcionamento do sistema jurídico de forma a garantir ou facilitar que os objetivos sejam alcançados<sup>8</sup>: uma noção, portanto, de causalidade. Um direcionamento para fazer com que o Sistema do Direito realize os objetivos sociais buscados, como a efetividade dos direitos e das garantias contidos na Constituição Federal de 1988<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> MELGARÉ, Plínio Saraiva. A Autonomia do Direito: apontamentos acerca do funcionalismo jurídico. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 27, n. 85, p. 337-49, mar./2002. p. 338.

<sup>5</sup> MELGARÉ, Plínio Saraiva. A Autonomia do Direito: apontamentos acerca do funcionalismo jurídico. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 27, n. 85, p. 337-49, mar./2002. p. 338.

<sup>6</sup> POUND, Roscoe. **Las Grandes Tendencias Del Pensamiento Jurídico**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950. p. 187 e seguintes. No mesmo sentido: CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad y Eficiencia del Derecho**. Colonia del Carmen: Fontamara, 1997. p. 60.

<sup>7</sup> “*El poder político se subordina al derecho, pero también tiene el derecho – otorgado por el derecho – de modificar al derecho: el Congreso nacional puede, de acordó a la Constitución, legislar y, también, estudiar y aprobar cambios constitucionales*”. In: MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRATE, Javier Torres. **Introducción a la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. México: Herder, 2008. p. 246.

<sup>8</sup> Por isso a importância de se pensar o Direito a partir de sua adaptabilidade ou eficiência social. Por exemplo: “as normas e as leis costumam ser eficazes quando encontram na realidade por elas regulada as condições sociais, econômicas, políticas, culturais, ideológicas e até mesmo antropológicas para seu *enforcement*, para seu reconhecimento, para sua aceitação e para seu cumprimento por parte de seus destinatários”. In: FARIA, José E. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 124. E esse tipo de perspectiva fora trabalhada, inclusive, por Norberto Bobbio. Por exemplo, ver: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Baccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. Ver, também: BOBBIO, Norberto. **Contribución a la Teoría del Derecho**. Madrid: Editorial Debate, 1990.

<sup>9</sup> “No que concerne à racionalidade instrumental do Direito Penal, é importante destacar a necessidade de que os conhecimentos que pretendem um rigor cumpram um fim social, resolvam problemas, sejam efetivos, posto que a orientação de seus fins e o cumprimento dos mesmos é que lhe conferem legitimidade”. In: CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel A. D. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do

Em tal contexto, as normas jurídicas são frutos da atuação do Poder Legislativo, as quais, por sua vez, constituem-se em resultados de embates políticos realizados por representantes eleitos para a função. A atuação do Poder Legislativo (e isso também é extensível à do Poder Executivo e à do Poder Judiciário) se dá igualmente em razão da necessidade de administrar os meios existentes para atingir-se os objetivos sociais<sup>10</sup>. Os representantes dos interesses da maioria, o que é fundamental para garantir a legitimidade das decisões políticas, tomam as decisões e o Direito é o instrumento que garante a efetividade<sup>11</sup>. Entretanto, em todas essas esferas o problema da escassez de recursos em relação às demandas sociais tem sido evidente. Afinal, não se deixa de oferecer serviços de saúde, segurança, educação, desenvolvimento porque simplesmente há ausência de interesse político. Isso também pode influenciar, mas o certo é que não é materialmente possível a concessão de todos esses elementos ao mesmo tempo. Faltam recursos, materiais, humanos e financeiros.

Assim, ainda que seja possível enxergar um direcionamento finalístico no sistema jurídico, o qual, nas sociedades complexas<sup>12</sup> tende a ser difícil, o cumprimento de metas

---

Advogado, 2010. p. 131. No mesmo sentido: Ibidem, p. 55. Ainda: “*Ahora bien, podemos partir de la base que una pena inútil no puede legitimarse de ningún modo en un Estado secularizado; la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden social – sin esta necesidad, sería a su vez un mal inútil -. Esta utilidad de la pena se llama en la terminología de la teoría jurídico-penal – que utilizaremos aquí – habitualmente ‘fines de la pena’*”. In: JAKOBS, Günther. *El Principio de Culpabilidad. Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, Ciudad Real* (Espanha), tomo XLV, fascículo III, p. 1.051-1.083, 1992. Disponível em: <[http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/guntherjakobs.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/guntherjakobs.pdf)>. Acesso em: 24 jan. 2013. p. 1.052. Igualmente: “*Un sistema jurídico incapaz de otorgar las certezas mínimas para la vida en sociedad es un sistema inútil y un sistema que aplica sanciones sin ninguna utilidad social es un sistema ilegítimo*”. In: ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. *Algunas Consideraciones acerca de la (auto)Legitimación del Derecho Penal: ¿Es el Problema de la Legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?*. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: COMARES, 2005. p. 292. Ressalta-se, contudo, a posição de Meliá, para quem, “deve-se subtrair a idéia que ronda o senso comum dos cidadãos, e também dos juristas, de que o Direito penal ‘serve’ para algo, é dizer, que qualquer que seja a teoria da pena que se utilizar, parte-se do princípio que com a existência do direito penal se satisfaz um fim, que se obtém um resultado, ainda que seja somente – no saco das teorias retributivas – a realização da justiça.” In: MELIÁ, Manuel Cancio. O Estado da Política Criminal e a Ciência do Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 93. Discorda-se dessa opinião, porque, embora considerando as críticas que serão apresentadas posteriormente, ainda assim, as constituições e a legislação em geral apresentam, muitas vezes, expressamente algo que pretende ver cumprido na realidade social (talvez não seja atingido, mas ainda assim contém expressamente algumas finalidades).

<sup>10</sup> “O poder político, a meu sentir, é conseqüência da escassez dos bens disponíveis para satisfação das necessidades experimentadas pelos homens, somada à interdependência que a apropriação e produção dos bens necessários à satisfação dessas necessidades acarreta.” In: CALMON DE PASSOS, Joaquim José. Democracia, Participação e Processo. **Revista Ciência Jurídica**, Salvador, ano I, n. 6, p. 13-24, jun./1987. p.14

<sup>11</sup> CALMON DE PASSOS, Joaquim José. Democracia, Participação e Processo. **Revista Ciência Jurídica**, Salvador, ano I, n. 6, p. 13-24, jun./1987. p. 15.

<sup>12</sup> “O que é complexidade? A cada vez que se decide, só se decide porque se poderia decidir de várias maneiras diferentes. Então, quando se decide algo, só se decide porque se poderia ter decidido de outra maneira. A

(sejam quais forem) é sempre influenciado por situações de escassez<sup>13</sup>.

Em um sentido prático, a perspectiva funcionalista passa a se importar com os resultados alcançados e com a maneira de otimizá-los. E o raciocínio custo-benefício<sup>14</sup> e a eficiência (e outros critérios de aferição), se tornam parametrizadores relevantes. Essas ferramentas, advindas da Ciência Econômica (e das modernas teorias de Administração), servem como mecanismos de aferição (de eficiência, de efetividade, de eficácia<sup>15</sup>) e de

---

complexidade está no fato de que aquilo que é decidido e colocado como um problema tem, no mínimo, duas versões. Isso é básico no Direito inclusive. É preciso haver, no mínimo, duas versões. Assim, aquela versão que, de fato, é realizada, é apenas uma possibilidade, a possibilidade concreta, mas ela só é possível, a contrario sensu, porque poderia não ter sido possível.” In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 188.

<sup>13</sup> Note-se, por exemplo, a dificuldade político-social de estabelecer-se fins e meios (aptos a atingir aqueles) em uma sociedade culturalmente plural e complexa. Veja-se, por exemplo: “Quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema sócio-econômico, menos o Estado intervencionista parece ser capaz de mobilizar coerentemente os instrumentos normativos de que formalmente dispõe; quanto mais normas edita para dirimir conflitos, mais os multiplica, na medida em que a linguagem pretensamente unívoca e unitária de seus textos legais se torna prolixa, ambígua, declamatória e programática; quanto mais expande a legislação, mais a liberdade jurídica acaba acarretando menos liberdade (concebida esta como o âmbito do que não é limitado pelo direito, ou seja, do permitido); quanto mais seus dirigentes e seus legisladores ampliam o número de leis, códigos, decretos, portarias, resoluções, instruções e textos legais, mais, em suma, acabam acelerando o esvaziamento da própria funcionalidade do direito. A ponto de o sistema jurídico, assim desfigurado, já não conseguir diferenciar-se do próprio sistema político.” In: FARIA, José E. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 128.

<sup>14</sup> O trabalho considera nesta categoria todas as análises que realizam uma comparação entre os possíveis ganhos em relação às possíveis perdas (ambos em um sentido amplo). Assim, embora sejam distintas no âmbito da Ciência Econômica, enquadram-se nesse conceito, as análises de custo-benefício propriamente dita, custo-eficácia, custo-utilidade, etc. Informações sobre a diferença entre essas categorias são encontradas em: AGUILAR, Maria José; ANDER-EGG, Ezequiel. **Avaliação de Serviços e Programas Sociais**. Tradução de Jaime A. Clasen e Lúcia Mathilde E. Orth. Petrópolis: Vozes, 1995. Ver, também: CERQUEIRA, Daniel R. C.; CARVALHO, Alexandre X. Y.; LOBÃO, Waldir J. A.; RODRIGUES, Rute I. **Análise dos Custos e Consequências da Violência**. Texto para discussão n. 1.284. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2007. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/082/08201\\_008.jsp?ttCD\\_CHAVE=2817](http://www.ipea.gov.br/082/08201_008.jsp?ttCD_CHAVE=2817)>. Acesso em: 19 jan. 2013.

<sup>15</sup> Eficiência está ligada com a gestão dos recursos disponíveis para atingir-se algum objetivo (trabalha com uma noção de gerenciamento de meios, e por isso, se preocupa com a otimização dos recursos em relação aos resultados). Em outras palavras: “a eficiência é alcançada – e, por consequência, pode ser avaliada ou aferida - através de procedimentos adotados no desenvolvimento de uma ação ou na resolução de um problema, tendo em perspectiva o objeto focalizado e os objetivos e finalidades a serem atingidos. (...) traduz-se por respostas dadas a questionamentos ou indicadores relativos a necessidades atendidas, recursos utilizados e gestão desenvolvida”. In: BELLONI, Isaura; MAGALHÃES, Heitor de; SOUSA, Luzia Costa de. **Metodologia de Avaliação em Políticas Públicas: uma experiência em educação profissional**. São Paulo: Cortez, 2000. p. 63-4. A eficácia está relacionada ao alcance de uma meta, de um objetivo estipulado: “‘Eficiência significa fazer as coisas direito, e eficácia significa fazer a coisa certa’. Fazer as coisas direito significa minimizar os custos dos recursos necessários para alcançar as metas. Fazer a coisa certa significa selecionar metas adequadas e, depois, alcançá-las”. In: ROBBINS, Stephen Paul. **Administração**. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 40. “Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira (*the best way*) pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos) a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas) sejam aplicados da forma mais racional possível. A eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos e procedimentos mais indicados que precisam ser devidamente planejados e organizados a fim de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis. A eficiência não se preocupa com os fins, mas simplesmente com os meios. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da eficiência; é um assunto ligado à eficácia. Na

verificação de possibilidades.

A grande preocupação dos economistas está ligada a alocação dos recursos, ou seja, como administrar recursos escassos em um mundo de desejos ilimitados. De como utilizar os recursos da forma mais eficiente possível, de forma que mais desejos possam ser alcançados: uma avaliação relativa de eficiência a vários estados de mundo. O problema central dos juristas, por outro lado, em um sentido também genérico, está ligado com a distribuição dos bens, com a justiça das coisas<sup>16</sup>. O questionamento que surge diante dessa “diferença”, e ressaltado por Mercurio e Medena<sup>17</sup>, é como a Economia pode ter encontrado tanta proeminência no Direito. A resposta está ligada especialmente ao ferramental da Ciência Econômica, que é capaz de auxiliar no lado empírico que o Direito deve possuir, sobretudo em relação à capacidade explicativa e preditiva do comportamento humano<sup>18</sup>.

---

medida que o administrador se preocupa em fazer corretamente as coisas, ele estará se voltando para a eficiência (melhor utilização dos recursos disponíveis). Porém, quando ele utiliza esses instrumentos fornecidos por aqueles que executam para avaliar o alcance dos resultados, isto é, para verificar se as coisas bem-feitas são realmente as que deveriam ser feitas, então ele está se voltando para a eficácia (alcance dos objetivos por meio dos recursos disponíveis).” In: CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 155. Em outro autor: “a efetividade diz respeito à capacidade de se promover resultados pretendidos; a eficiência denotaria competência para se produzir resultados com dispêndio mínimo de recursos e esforços; e a eficácia, por sua vez, remete a *condições controladas* e a resultados desejados de experimentos”. In: MARINHO, Alexandre; FAÇANHA, Luís Otávio. **Programas Sociais**: Efetividade, Eficiência e Eficácia como Dimensões Operacionais da Avaliação. Texto Para Discussão Nº 787. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2001. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/upload/com\\_arquivo/1349872137.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349872137.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2013. p. 02. Exemplificando, imagine-se um objetivo social (reduzir a criminalidade, por exemplo). Há diversos meios pelos quais se pode buscar alcançar tal objetivo. A escolha poderia recair sobre aquele que potencialmente seja eficaz para atingir a meta (dentre outros que certamente não o seriam). Além dessa aptidão, todavia, não serviria qualquer meio, porque a relação entre meios e fins (custos) também é relevante, motivo pelo qual se fala em eficiência. Supondo que tenha sido escolhido o meio menos dispendioso mas, independentemente disso, seja bom o suficiente para alcançar esse objetivo, pode-se questionar, finalmente, se tudo isso fora efetivo em relação à redução da criminalidade.

<sup>16</sup> Interessante a seguinte observação de Bobbio: “Talvez se possa afirmar que, além do ponto de vista do sociólogo e do antropólogo, é preciso levar em consideração também o ponto de vista do filósofo. Prestemos atenção à função que foi denominada distributiva, isto é, a série de operações por meio das quais o direito persegue o objetivo de distribuir os recursos. Nada impede que, diante da apresentação dessa função, façamos outra pergunta: ‘Qual é a função da repartição dos recursos?’ É provável que a resposta tenha o seguinte teor: ‘A realização da justiça social’. Como se percebe, ver o direito em função da justiça não exclui, em absoluto, vê-lo em função das operações que podem ser consideradas os instrumentos mais idôneos para atingir o resultado final. Talvez o filósofo, em busca da função última, corra o risco de trocar o ser pelo dever-ser e de saltar, sem se dar conta, do problema de qual seja a função do direito em uma dada situação para o problema de qual deva ser”. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 107.

<sup>17</sup> MEDENA, Steven G.; MERCURIO, Nicholas. **Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 51.

<sup>18</sup> COOTER, Robert D. *The Confluence of Justice and Efficiency in the Economic Analysis of Law*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). **The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. cap. 8, p. 222. No Brasil, por exemplo, Ivo Gico critica as posturas tradicionais que tendem a não se preocupar com a relação empírica do Direito. Ver: GICO JÚNIOR,

E aqui propriamente se enquadram praticamente todas as propostas tradicionais de análise econômica do Direito, inclusive as de cunho criminal. Propostas, no plural, porque há uma gama de possibilidades de análises econômicas; e a existência de um grande número de teorias (ou modelos) que reivindicam espaços na academia já demonstra esse fato<sup>19</sup>.

De um modo geral,

“Direito e Economia” pode ser definido como a aplicação da teoria econômica – principalmente microeconomia e os conceitos básicos da economia de bem-estar – para examinar a formação, a estrutura, os processos e os impactos econômicos do Direito e das instituições legais.<sup>20</sup>

No intuito de tornar mais didático o trabalho, pode-se explicitar o alcance desse conceito a partir de um exemplo.

Imagine-se o caso de alguém necessitar fazer uso de um banheiro e, para fins da argumentação, ao procurá-lo, se depara com uma porta na qual está inscrita a letra “M”. A cobaia hipotética sabe que se trata de um banheiro.

Independentemente do sexo da cobaia, ela entraria pela porta, porque acredita que se enquadra na hipótese do “M”: masculino ou mulher. Nesse contexto, provavelmente encontraria pessoas do sexo oposto na parte interior. Isso, porque alguns interpretam o “M” como masculino e, outros, como mulher.

---

Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 6.

<sup>19</sup> Por exemplo, no âmbito da Análise Econômica do Direito Criminal encontram-se basicamente quatro grandes divisões: o modelo originalmente pensado por Gary Becker, que considera a alocação ótima do tempo (que recebeu modificações ao longo do tempo); os modelos de portfólio, os quais consideram as escolhas individuais segundo a disposição de alocar riqueza na atividade ilegal em comparação com as legais, do risco, etc. (Carrera-Fernandez); modelos comportamentais, trabalhados por Glaeser, Sacerdote e Scheinkman (dentre outros), que consideram as relações interpessoais e de grupos, que transmitem informações (incentivando ou não o cometimento dos crimes); e modelos de migração, os quais contemplam os juízos e incentivos que direcionam as pessoas a realizar uma atividade legal ou ilegal (e a migração entre essas possibilidades). Atualmente, além do desenvolvimento de outras correntes, a especialização tem tornado essas divisões cada vez mais compartimentadas. Sobre o assunto ver: BORILLI, Salete Poloni; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Economia e Crime: um estudo exploratório na Penitenciária Industrial de Guarapuava e Cadeia Pública de Foz de Iguaçu (PR). **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 328-346, abr./jun. 2003. O tema também é enfrentado em: CARRERA-FERNANDEZ, José; PEREIRA, Rogério. A Criminalidade na Região Policial da Grande São Paulo sob a Ótica da Economia do Crime. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 31, n. especial, o, 898-918, nov./ 2000. p. 899. Entretanto, este trabalho não as considera como divisões estanques, porque, além de algumas dessas divisões já estarem indicadas no trabalho original de Becker (em 1968), para a presente dissertação, o relevante está naquilo que é comum a todas; e não especialmente em suas diferenças. Assim, quando a diferença for relevante, será indicada ao longo do texto.

<sup>20</sup> Tradução livre de: “‘*Law and Economics*’ can be defined as the application of economic theory – primarily microeconomics and the basic concepts of welfare economics – to examine the formation, structure, processes, and economic impact of law and legal institutions”. In: MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. **Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 01.

Alguém que estivesse parado do lado de fora poderia passar horas computando quantas pessoas do sexo masculino e quantas do sexo feminino entram pela porta, assim como suas reações. Poderia realizar uma estatística que demonstrasse, por exemplo, que 80% dos homens pesquisados ingressaram pela porta (os quais poderiam representar 50% do número total de pesquisados, ou outra proporção), em contrapartida dos 50% das mulheres. Poderia verificar o motivo que levou cada um a ingressar pela porta, mediante entrevistas individuais. Inclusive, se fizesse o experimento em outro local, talvez os percentuais se modificassem, em razão, por exemplo, de na nova localidade costumeiramente se utilizar o “M” para representar mulher (ou para masculino). Assim, tendencialmente seriam as mulheres que ingressariam mais pela porta (ficando a interpretação de masculino apenas para os homens que não eram originariamente da localidade). Evidentemente, há outras possibilidades além dessas.

De qualquer modo, o relevante para o trabalho é o fato de que 80% dos homens ingressaram, porque reconheceram no “M” a palavra “masculino”. Essa pesquisa hipotética inequivocamente não afirma que o “M” significa masculino. E nem que significaria mulher. E, isso, independentemente dos percentuais encontrados. Essa precisão a respeito de quem deveria entrar pela porta não está ligada necessariamente ao resultado da pesquisa: ela se dá por um contexto social. No caso tratado, um contexto social imaginário. A verificação das pessoas cujo sexo deveriam ingressar na porta depende de uma informação de contexto, que é encontrada pela informação existente na outra porta. Em outras palavras, havendo um “F” na outra porta, sabe-se que esta se refere a masculino; havendo um “H”, esta se refere à mulher. Poderia haver outro “M”, seguido de um símbolo azul ou rosa (ou uma figura, etc.).

A pesquisa realizada, contudo, não informa qual o sexo que deveria ingressar pela porta: essa é uma decisão que depende de outros elementos.

Não se desconsidera a possibilidade de a pesquisa indicar que, considerando tal ou qual situação fática existente naquela localidade pesquisada, a melhor possibilidade existente, considerando algum critério especificado e as variáveis reconhecidas (situação que poderia ser modificada), seria mais adequado interpretar o “M” como mulher ou como masculino (ou como “misto” eventualmente). Se na localidade existissem mais homens (ou mulheres), em razão de certa característica, poderia se sugerido que “M” fosse destinado a masculino (ou mulher); ou o oposto.

Essa situação pesquisada, quando se migra o raciocínio para o âmbito de interesse do Sistema Jurídico, seria capaz de demonstrar que o resultado da pesquisa não modifica o significado da letra colocada na porta do banheiro, mas é capaz de realizar investigações em

diferentes âmbitos a respeito da colocação do banheiro, da interpretação da letra ou de eventuais modificações que poderiam tornar o banheiro mais adaptado às necessidades locais. A pesquisa não diz quem deve entrar pela porta (embora isso seja possível, após estabelecer-se alguns critérios - que necessariamente devem ser estabelecidos por alguém); mas concede informações para decidir-se ou repensar-se sobre a situação social do banheiro (necessariamente dependentes de informações provenientes de um âmbito exterior e muito mais amplo que o daquela pesquisa<sup>21</sup>), ou vislumbrar-se a melhor estrutura para o caso de ser construído futuramente.

Em um contexto prático-jurídico, pode-se utilizar a mesma forma de pensar em relação um problema comumente conhecido<sup>22</sup>: o problema da qualidade das prisões. Por uma aplicação da lei da demanda (que, no caso, uma “elevação de preço” representaria um “freio ao consumo”), poder-se-ia dizer que prisões piores seriam desestímulos para o cometimento de crimes (prisões desagradáveis ou insuportáveis poderiam ajudar a impedir infrações potenciais), porque os indivíduos não gostariam de ficar em tal situação. Alguns poderiam, a partir disso, sugerir que as prisões se mantenham ruins (ou que fiquem piores).

Entretanto, pela aplicação da mesma lei instrumental da demanda, seria perceptível que, quanto mais severas as condições, mais difíceis serão as possibilidades de ressocialização (ou socialização) do condenado. Assim, o uso desse instrumento não significa tomar a decisão a respeito da condição das prisões; ao contrário, ele pode agregar elementos informacionais novos a respeito da decisão que deverá ser tomada (ou que já está tomada no âmbito da legislação criminal, pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei de Execuções Penais, no caso das prisões). Nesse contexto, a possibilidade do uso do instrumental passa a ser viável em outros momentos da análise, como, para exemplificar, tornar as prisões mais aptas a gerar a ressocialização do condenado (dentre outras funções possíveis)<sup>23</sup>. Como já existe uma diretriz jurídica a respeito do assunto, a análise seria realizada considerando o padrão jurídico já estabelecido, e não uma análise unicamente a respeito dos custos monetários para atingir-se

---

<sup>21</sup> Se for um banheiro em um centro de compras. Se for um banheiro de uso individual ou coletivo, etc.

<sup>22</sup> Esse problema aparece explicitamente em: GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed., Porto Alegre: Penso, 2012. p. 694.

<sup>23</sup> Note-se, mesmo Foucault reconhecera que “o sucesso do poder disciplinar se deve sem dúvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame”. In: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 153. Apenas por intermédio dessa perspectiva clássica já é perceptível que a estrutura do presídio é relevante para os objetivos buscados. E, assim, uma prisão fora dos parâmetros jurídicos atuais nada mais significa que um depósito humano.

os objetivos (há, nesse raciocínio, “custos jurídicos” a serem considerados).

Assim, uma das grandes dificuldades reside no fato de imaginar-se na análise econômica a transformação de tudo que compõe a sociedade em valor de moeda (como direitos, vidas, desejos)<sup>24</sup>. De fato, é impossível transformar tudo em valores cardinais. Em outras palavras, calcular algo economicamente pressupõe a possibilidade de compra e venda com dinheiro. Por óbvio, “existem coisas que não estão à venda e para cuja aquisição são necessários outros sacrifícios além do dispêndio de dinheiro”<sup>25</sup>. Pessoas, por exemplo, em razão de não terem um equivalente (porque em si mesmas são um fim, não podendo serem utilizadas como meio, portanto), não possuem preços; detêm dignidade. E desde a “Metafísica dos Costumes”, de Kant, isso é conhecido<sup>26</sup>.

Além do mais, um dos cerne da Teoria Econômica, que se refere ao valor interpessoal das utilidades, não pode ser medido. Considera-se que a vontade das pessoas em realizar uma modificação no mundo gera um movimento na direção de atingir uma situação melhor que a anterior, segundo a perspectiva do sujeito atuante. Subjetivamente, a ação é realizada no sentido de preferência: “o agente homem tem de escolher entre quantidades contáveis; prefere, por exemplo, 15r a 7p; mas se tivesse de escolher entre 15r e 8p, poderia preferir 8p. (...) isso equivale à constatação de que prefere  $a$  a  $b$  e  $b$  a  $c$ ”<sup>27</sup>. Como a escolha se dá na perspectiva de preferências (que são subjetivas) “isto certamente não torna possível o cálculo com utilização de números cardinais”<sup>28</sup>. Mises exemplifica com a afirmação de que as pessoas realizam negócios exatamente porque atribuem um valor maior àquilo que compram em relação àquilo que vendem (ou seja, preferem, por exemplo, a coisa ao dinheiro ou o dinheiro à aquisição da coisa): por isso mesmo, “a noção de uma medição do valor é inútil”<sup>29</sup>.

<sup>24</sup> Trata-se de um argumento crítico muito comum: “O movimento *law and economics*, ao menos em suas manifestações mais ortodoxas, aparece como uma versão limitada do utilitarismo, na medida em que a planilha adotada é o do *wealth maximization principle*, entendido por condução a valores, a dólares”. In: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004. p. 07.

<sup>25</sup> MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: um tratado de economia. Tradução de Donald Stewart Júnior. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 214. Assim segue o parágrafo: “Aquele que pretende preparar-se para grandes realizações terá que empregar muitos meios, alguns dos quais implicam em dispêndio de dinheiro. Mas as coisas essenciais necessárias à realização deste intento não são compráveis. A honra, a virtude, a glória, assim como o vigor físico, a saúde e a própria vida representam na ação um papel tanto de meios como de fins, sem que possam ser considerados no cálculo econômico”. In: *Ibidem*, p. 213-4.

<sup>26</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, Ediouro, 1991.

<sup>27</sup> MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: um tratado de economia. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 199.

<sup>28</sup> MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: um tratado de economia. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 199.

<sup>29</sup> MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: um tratado de economia. Tradução de Donald Stewart Júnior. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 202. Seguindo: “Um indivíduo pode atribuir o mesmo valor a duas coisas; neste caso, nenhuma troca ocorrerá. Mas se há uma diferença de valor, tudo o que se pode afirmar é que  $a$  tem

Evidentemente, em um ambiente de mercado, as preferências também são medidas em termos monetários pelos indivíduos; ou seja, a pessoa raciocina suas preferências em relação ao preço: decide tomar uma vacina com preço menor porque tem a informação de que possui efeito semelhante àquela de preço superior. Entretanto, se o efeito não for o mesmo, não há como predizer se tomará a vacina mais cara, porque a preferência é medida entre menor preço e qualidade da vacina. Isso acontece quando, por exemplo, se adquire um produto de preço mais elevado em razão da confiança depositada na marca do fabricante.

De qualquer maneira, e esse é o ponto relevante, a análise econômica não decide pela sociedade (ou pelos sujeitos); auxilia na construção de elementos capazes de compreender uma tendência nas preferências (ou angariar informações para sua decisão). A Análise Econômica no Direito se propõe como instrumento de auxílio em todos os estágios nos quais o Direito é relevante: na construção da legislação (para, por exemplo, auxiliar na construção de normas jurídicas mais aptas a alcançar os objetivos sociais), no momento da aplicação do Direito (por advogados, membros do Ministério Público, da Magistratura) ou após, na verificação de sua efetividade (informação que pode realimentar o processo de construção de novas normas jurídicas). Em outras palavras, na pesquisa a respeito do “M”.

Assim, em termos de alcance científico, a proposta das análises econômicas é ampla:

a) a análise, a explicação e a crítica das funções do sistema jurídico e de suas instituições. (...) diz respeito às funções sociais atribuídas a cada sistema jurídico e a cada um de seus elementos. (...); b) o problema das conseqüências sociais das normas jurídicas, (...) o impacto das normas jurídicas sobre os comportamentos de seus destinatários, (...). c) o problema da tomada de decisão nas diferentes instâncias, d) a análise do processo de implementação das normas jurídicas, (...).<sup>30</sup>

Na perspectiva do Direito Penal propriamente dita, de maneira prevalente, essa

---

mais valor do que *b*. Valores e valorações são quantidades intensivas e não extensivas. Não são susceptíveis de serem compreendidos pela aplicação de números cardinais. (...) Ora, é preciso que se compreenda que valorar significa preferir *a* a *b*. Só existe – do ponto de vista do lógico, epistemológico e praxeológico – uma maneira de preferir. Não há diferença entre essa situação e o fato de um enamorado preferir uma mulher às demais; ou de um homem preferir um amigo a outras pessoas; ou de um colecionador preferir um quando entre muitos; ou de um consumidor preferir um pão a um pedaço de bolo. Preferir significa sempre querer ou desejar *a* mais que *b*. Da mesma maneira que não existe padrão de medida para a atração sexual, ou para a amizade e simpatia, ou para o prazer estético, também não existe medida de valor das mercadorias. Se alguém troca um quilo de manteiga por uma camisa, o que podemos dizer desta transação é que – no instante da transação e nas circunstâncias específicas daquele instante – esse alguém prefere uma camisa a um quilo de manteiga. É claro que cada ato de escolha se caracteriza por um certa intensidade psíquica de sentimento. Existem gradações de intensidade no desejo de atingir um determinado objetivo e esta intensidade é que determina o ganho psíquico que a ação bem-sucedida traz no indivíduo que age. Mas as quantidades psíquicas só podem ser sentidas.” In: *Ibidem*, p. 202-3.

<sup>30</sup> ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 33-4.

concepção se mostra no sentido de administração dos recursos públicos e no planejamento, bem como na verificação do alcance dos objetivos legais. Assim, além da necessidade de administrar-se socialmente (e isso pode ser estendido para perspectivas organizacionais e individuais) recursos escassos diante de necessidades infinitas<sup>31</sup>, pode-se utilizar o instrumental da Ciência Econômica para um melhor planejamento da legislação penal e para a aferição de sua capacidade de alcançar-se os objetivos sociais programados (e de uma maneira mais eficiente, segundo os recursos disponíveis).

Destacadamente, no seu âmbito de especificidade, a Análise Econômica do Direito Penal envolve a relação entre certeza e severidade da punição; a comparação entre as propriedades das penas de multa e de encarceramento, assim como de outras medidas alternativas; análise do processo criminal; relação entre prevenção e os efeitos das condenações criminais e, especialmente, na verificação empírica das hipóteses.

Em tal contexto, quatro características estão ligadas normalmente às abordagens que pretendem ser consideradas econômicas do Direito Penal. Em primeiro lugar, deve existir uma ênfase no papel dos incentivos em relação ao comportamento de criminosos, vítimas e daqueles que colaboram para o funcionamento da lei. Em segundo, deve considerar o uso de abordagens econométricas que procurem diferenciar correlações de causalidade em configurações não experimentais. Terceiro, deve ser considerada a prevalência para contextos amplos, no sentido de implicações de políticas públicas, ao invés de avaliações de especificidades, como intervenções em microescalas. E, por fim, tem-se o uso de análises custo-benefício como medida para avaliar as políticas públicas<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Embora tratando de Coase, Douglas North, Stigler e Akerlof, este é um paradigma da Análise Econômica do Crime, como se verá adiante: “Em comum entre estes autores, pelo que se pode construir daí um paradigma científico, está o princípio de que as regras jurídicas estabelecem um sistema de incentivos para o comportamento dos agentes econômicos no mercado, tendo um papel relevante na definição de estratégias de ação de cada um.” In: TIMM, Luciano B. A matriz da análise econômica do direito para além do “eficientismo”. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 205. Na perspectiva de Posner, a Economia como ciência da escolha racional em um mundo no qual os recursos são limitados em relação aos desejos humanos. In: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 3. No mesmo sentido: SALAMA, Bruno Meyerhof. *O Que é “Direito e Economia”?*. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/salama-artigo.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2011. p. 6.

<sup>32</sup> LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. *Economic Contributions to the Understanding of Crime*. *The Annual Review of Law and Social Science*, n. 2, p. 147-164, 2006. Disponível em: <<http://lawsocsci.annualreviews.org>>. Acesso em: 25 jul./2012. p. 147-8.

### 2.1.1 Abordagens Normativas e Positivas

Importante destacar que a divisão entre normativa e descritiva (embora existam outras, ou, mesmo, essas com subdivisões) nasce a partir da compreensão do papel que a Ciência Econômica possui no paradigma atual. Embora exista controvérsia a respeito disso (porque seria o mesmo que questionar o papel do Direito na sociedade), pode-se, genericamente, considerar-se a seguinte, que é basicamente o que fora adotado nos exemplos discutidos:

Não lhe cabe dizer que fins as pessoas deveriam almejar. É uma ciência dos meios a serem aplicados para atingir os fins escolhidos e não, certamente, uma ciência para escolha dos fins. Decisões finais, a avaliação e a escolha dos fins, não pertencem ao escopo de nenhuma ciência. A ciência nunca diz a alguém como deveria agir; meramente mostra como alguém deve agir se quiser alcançar determinados fins.<sup>33</sup>

A Ciência Econômica, por conseguinte, se apresentaria como uma ciência ligada à análise de possibilidades; de meios para o alcance dos fins. Estes, por sua vez, deveriam ser escolhidos por outras instâncias, quer organizacionais, quer pessoais. A partir daí, a economia poderia realizar o seu trabalho de duas formas prevalentes: positivas e normativas; sendo que “as questões positivas relacionam-se com explicações e previsões, e as normativas, com aquilo que se supõe que seja adequado”<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: um tratado de economia. Tradução de Donald Stewart Júnior. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 09.

<sup>34</sup> RUBINFELD, Daniel L; PINDYCK, Robert S. **Microeconomia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010. p. 09. Assim, seguem com a explicação: “Suponhamos que o governo imponha uma quota na importação de automóveis. O que ocorreria com o preço, a produção e as vendas dos automóveis? Que impacto esse fato teria sobre os consumidores? E sobre os trabalhadores? Essas questões fazem parte do âmbito de **análise positiva**, que consiste em proposições que descrevem relações de causa e efeito. A análise positiva é fundamental para a microeconomia. (...) A utilização da teoria econômica para fazer previsões é importante tanto para os administradores de empresas quanto para a política pública. Suponhamos que o governo federal esteja considerando a possibilidade de elevar o imposto sobre a gasolina. Isso afetaria o preço desse combustível, a preferência de compra dos consumidores por automóveis grandes ou pequenos, a frequência no uso de automóveis e assim por diante. Para poder planejar adequadamente, as empresas petrolíferas e automobilísticas, os fabricantes de autopeças e as empresas do setor de turismo precisam saber qual o impacto provocado por esse aumento de imposto. Os encarregados de formular políticas governamentais também necessitariam dispor de estimativas quantitativas sobre os efeitos de tal medida. Eles provavelmente procurariam determinar o custo que ela implicaria para os consumidores (talvez obtendo estimativas por faixas de renda); os efeitos sobre os lucros e a mão de obra dos setores de petróleo, de automóveis e de turismo; e a arrecadação estimada que esse imposto traria a cada ano. Por vezes queremos ir além da explicação e da previsão, fazendo perguntas do tipo ‘o que seria melhor?’ Isso envolve a **análise normativa**, que também é importante para administradores de empresas e para planejadores de novas políticas públicas. Mais uma vez, consideremos a imposição de um novo imposto sobre a gasolina. As empresas automobilísticas desejariam, então, determinar a melhor composição de produto (para maximização de lucros), entre automóveis grandes e pequenos, após tal imposto entrar em vigor. Especialmente, quanto deveria ser investido para produzir automóveis mais econômicos em termos de consumo de combustível? Para aqueles que formulam políticas governamentais, a questão básica provavelmente será saber se tal imposto seria de interesse público. Os mesmos objetivos governamentais (digamos, um aumento na arrecadação de

A perspectiva positiva está preocupada em analisar e descrever o estado atual das coisas e prever o impacto de determinadas decisões; uma teoria que pretende ser descritiva da realidade. Esta, segundo Mercurio e Medena, pode ainda ser subdividida em duas abordagens: uma que pretende descrever os fatores determinantes do bem-estar econômico da sociedade; outra, preocupada com a aplicação da teoria econômica e das ferramentas econométricas com a função de estimar os impactos diretos e indiretos de modificações no Direito (doutrina, leis, jurisprudência)<sup>35</sup>. Esta última, portanto, procura explicar o impacto que uma modificação no Direito gera na realidade, considerando a gama de incentivos ou a ausência deles em relação aos objetivos pretendidos. Assim, busca-se a “aplicação de conceitos e métodos não-jurídicos no sentido de entender a função do Direito e das instituições jurídicas, tais como: a aplicação da teoria dos jogos ou da teoria das escolhas públicas (*public choice*)”<sup>36</sup>.

Por outro lado, Richard Posner<sup>37</sup> explica que a Análise Econômica pode ser normativa porque, embora os economistas não possam dizer se a sociedade deve ou não fazer algo (porque, no fundo, trata-se de uma decisão do sistema da política e socialmente vinculante), podem dizer se a ação é eficiente ou não. Em outras palavras, estão aptos a sustentar, a partir da utilização do ferramental da Economia, se determinada solução social foi eficiente ou se poderia ser adotada alguma alternativa mais ou menos eficiente, mas que sacrificaria menos alguns outros valores sociais. Consideram-se aptos a oferecer linhas de atuação, fundadas em cálculos, em relação às possíveis alternativas a serem tomadas<sup>38</sup>.

---

impostos e um decréscimo na dependência do petróleo importado) poderiam ser satisfeitos de modo menos dispendioso por meio de um tipo diferente de imposto, tal como um imposto sobre a importação do petróleo. A análise normativa não está relacionada apenas com opções políticas alternativas; ela envolve também o planejamento das escolhas dentro de um plano de ação específico. Por exemplo, suponhamos que tenha sido decidido que o imposto sobre a gasolina é desejável. Equilibrando custos e benefícios, deveremos perguntar qual seria a alíquota ideal do imposto. A análise normativa é frequentemente influenciada por juízos de valor. (...) Nesse ponto é necessário que a sociedade faça um juízo de valor, confrontando a equidade e a eficiência econômica. Quando juízos de valor estão envolvidos, a microeconomia não pode nos dizer qual será a melhor política a ser adotada. Entretanto, ela pode esclarecer as escolhas e, dessa maneira, contribuir para elucidar as questões a estimular o debate”. In: *Ibidem*, p. 06-7.

<sup>35</sup> MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 45-6.

<sup>36</sup> CALIENDO, Paulo. Direito internacional privado e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 202.

<sup>37</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 24-6. Ver, também: SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio (org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 77.

<sup>38</sup> Essa concepção, em Sunstein recebe o nome de “prescritiva”, no sentido de apresentar as maneiras pelas quais a sociedade pode alcançar seus objetivos. Esse autor, diferentemente dos demais consultados, elabora uma divisão tripartite: positiva, prescritiva e normativa. Sobre o assunto, ver: SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008. p. 02.

Em outra perspectiva, a visão normativa pretende “encontrar elementos econômicos que participam da regra de formação da teoria jurídica”<sup>39</sup>. Assim, “os fundamentos da eficácia jurídica e mesmo da validade do sistema jurídico deveriam ser analisados tomando em consideração valores econômicos, tais como a eficiência, entre outros”<sup>40</sup>, ou seja, criar normas que tragam os incentivos necessários para a adoção pelas pessoas do comportamento buscado pelo legislador. Aliás, para Steven Shavell, ao agregar-se a essas duas facetas uma terceira, que é a utilização de modelos teóricos e testes empíricos, encontram-se os três requisitos caracterizadores de uma análise econômica<sup>41</sup>.

Embora se esteja genericamente de acordo com o conteúdo do papel da Ciência Econômica, assim como as divisões de análise propostas, quando essas formas de abordagem da Economia são transpostas para a análise do Sistema do Direito, a artificialidade delas fica evidente<sup>42</sup>.

Em primeiro lugar, quando se procura pensar uma mudança no Sistema do Direito a partir de uma perspectiva de seus objetivos (efetividade), inequivocamente se estaria trabalhando com ambas as perspectivas. É positiva no sentido da percepção de que a normatividade não é adequada à realidade; e normativa por apontar possíveis soluções ou arranjos que tornariam potencialmente a normatividade mais adequada.

Qualquer avaliação a respeito do impacto de uma modificação legislativa necessariamente importa uma comparação entre dois estados e, essa comparação, ainda que indiretamente, aponta ao final para a questão do atingimento ou não dos objetivos da mudança. Mas mais que isso: aponta também para uma solução a respeito de nova eventual alteração para que tais objetivos sejam alcançados de uma melhor forma ou de uma forma mais eficiente. Trata-se, sempre, de um raciocínio recursivo (especialmente porque a solução de um problema na atualidade tende a gerar outras demandas e problemas).

Paulo Caliendo, na tentativa de ultrapassar esse problema, encontra um ponto intermediário ao afirmar que a Análise Econômica do Direito encontra, por vezes, uma

---

<sup>39</sup> CALIENDO, Paulo. Direito internacional privado e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 202.

<sup>40</sup> CALIENDO, Paulo. Direito internacional privado e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 202.

<sup>41</sup> SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. New York: Foundation Press, 2004. p. 3.

<sup>42</sup> Ver, também: SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 77.

abordagem normativa e, em outros momentos, descritiva<sup>43</sup>. De fato, talvez sempre tenha ambas as características (podendo ter maior ênfase em um ou outra).

### 2.1.2 Uma Necessidade de Delimitação

O presente trabalho está focado sobre a tradição da análise econômica iniciada por Gary Becker (Chicago), embora procure realizar diálogos com pensadores vinculados a outras linhas de pensamento, favoráveis e críticas àquela.

Nesse sentido, passa longe de seu contexto, as análises econômicas que não estão ligadas ao Direito Penal<sup>44</sup>, com toda a complexa divisão que comporta hoje, assim como de suas críticas<sup>45</sup>. Isso não significa, entretanto, que não se esteja de acordo com muitas das críticas que são realizadas a respeito da Análise Econômica, e aplicáveis igualmente à perspectiva do Direito Penal. Efetivamente, há uma concordância, sobretudo com aquelas que se referem aos elementos fundantes da análise econômica não-criminal em todos os seus campos (como, por exemplo, sua vinculação com modelos político-econômicos de livre mercado). Inobstante, mesmo nesse âmbito, o alcance efetivo das críticas é limitado e, em alguns momentos, com evidente equivocidade.

As ideias basais da análise econômica estão ligadas à Economia Clássica (reformulada posteriormente pela Teoria Neoclássica), trabalhada inicialmente pela doutrina de Adam Smith (1723-1790). Esse pressupunha a atuação livre e racional dos indivíduos em um ambiente, os quais estariam interessados na busca de seus objetivos. Em razão dessa maneira de atuação, os agentes, guiados por uma “mão invisível”, acabariam, indiretamente e sem intenção, alcançando uma elevação nos benefícios sociais<sup>46</sup>. Essa concepção assume as

---

<sup>43</sup> CALIENDO, Paulo. Direito internacional privado e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 201-2.

<sup>44</sup> Excluindo-se também as pesquisas a respeito do Direito Processual Penal, sobretudo em razão das evidentes diferenças processuais entre as teorizações originais, provenientes dos Estados Unidos da América, e o Direito Processual Penal Brasileiro.

<sup>45</sup> Sobre esses temas, ver: MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. Interessante também as páginas 152-165 de: LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Morais da. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>46</sup> “Portanto, já que cada indivíduo procura, na medida do possível, empregar seu capital em fomentar a atividade nacional e dirigir de tal maneira essa atividade que seu produto tenha o máximo valor possível, cada indivíduo necessariamente se esforça por aumentar ao máximo possível a renda anual da sociedade. Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo. Ao preferir

peças como racionais, individualistas e egoístas; peças que, atuando em conjunto (embora individualmente procurando seus interesses) elevariam o bem-estar total. Sendo os próprios agentes aqueles que melhor conhecem seus interesses e detêm liberdade para atuar, o papel econômico do Estado acabaria reduzido (em comparação, sobretudo às posturas mercantilistas, que acreditavam especialmente na acumulação de metais preciosos) e direcionado a garantir a manutenção da sociedade e da liberdade, de outras formas de comércio e desenvolvimento<sup>47</sup>.

Isso não significa, entretanto, uma correspondência desse âmbito geral com as doutrinas de “livre mercado”, que sustentam a desejabilidade (ou exortação) de um mercado sem intervenções<sup>48</sup>. Essa ligação, muitas vezes pressuposta pela crítica, nem sempre ocorre.

A Ciência Econômica não é estática, tem vivenciado diversos e complexos desenvolvimentos ao longo do tempo. Inclusive, muitos autores da análise econômica são filiados a diferentes correntes teóricas, de forma que não é possível traçar uma linha precisa de qual corrente prepondera (nem mesmo afirmar se algum autor, como Gary Becker, é estritamente fiel ao modelo específico da tradição econômica de Chicago, ligada ao livre mercado). Há dois motivos para se questionar isso e Becker é um exemplo paradigmático: em primeiro lugar, a característica do trabalho de Becker (e grande parte dos autores citados) está na aplicação da racionalidade e dos instrumentos de aferição econômicos em relação a temas não econômicos, como o caso do casamento, ou da escolha da escola dos filhos (portanto, não

---

fomentar a atividade do país e não de outros países ele tem em vista apenas sua própria segurança; e orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo”. In: SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Volume I. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Economistas). p. 438.

<sup>47</sup> “Segundo o sistema da liberdade natural, ao soberano cabem apenas três deveres; três deveres, por certo, de grande relevância, mas simples e inteligíveis ao entendimento comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e, terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou um pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade”. In: SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Volume II. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Economistas). p. 170.

<sup>48</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho*. *Doxa*, n. 04, p. 267-287, 1987. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4\\_17.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2013. p. 268.

se trata de Economia Política propriamente dita<sup>49</sup>); além disso, o próprio Becker narra que seu trabalho sempre fora marginalizado no âmbito acadêmico<sup>50</sup>, exatamente porque procurava expandir o uso da economia para assuntos não-econômicos.

Na mesma linha de ideias, Albert Calsamiglia observa que muitas vezes procura-se estender os limites da Teoria Econômica de Bem-Estar, incluindo-se nela elementos que acabam por confundi-la com propostas específicas, como a defesa estrita do livre mercado, por exemplo<sup>51</sup> (e essa vinculação tem sido o foco de grande parte das críticas). Exemplifica que há situações evidentes nas quais o livre mercado é insuficiente, como demonstram exemplos do dilema do prisioneiro (no qual o racional-individualismo leva a uma situação pior em relação à cooperação), as diferenças de informação (porque um mercado em equilíbrio pressupõe o alcance da informação de forma menos custosa – o que não acontece em todas as situações), o problema das externalidades (dificuldades que acabam sendo impostas a terceiros, e não computadas pelos próprios agentes), assim como o pressuposto de que a teoria seria aplicada para bens privados (de forma que há problemas em relação aos bens públicos, em termos de responsabilidade pelos cuidados ou por sua manutenção, “*free riders*” [“caroneiros”] nas políticas públicas, por exemplo)<sup>52</sup>. Todas essas situações são trabalhadas pela análise econômica do Direito, para as quais, como se verá ao longo do trabalho, grande parte dos autores sugerem regulamentações (algumas buscando, ao fim, alcançar o livre mercado; outras, buscando retirar os inconvenientes do livre mercado).

Teoricamente, um mercado econômico ideal deveria contemplar um grau de informação completa/absoluta por parte dos indivíduos, a estabilidade nos direitos de propriedade, agentes egoístas e racionais (cujas preferências são coerentes e sejam

---

<sup>49</sup> Ver por exemplo: SINGER, Peter. **Curso de Introdução à Economia Política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. Igualmente, a respeito dos desenvolvimentos históricos, consultar os três volumes de: GUITTON, Henri. **Economia Política**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1971.

<sup>50</sup> No original: “*For a long time my type of work was either ignored or strongly disliked by most of the leading economists. I was considered way out and perhaps not really an economist. But younger economists were more sympathetic. They may disagree with my analysis, but accept the kind of problems, studied as perfectly legitimate*”. In: BECKER, Gary. **Autobiografia**. Disponível em <[http://home.uchicago.edu/~gbecker/biography/biography\\_2.html](http://home.uchicago.edu/~gbecker/biography/biography_2.html)>. Acesso em: 10 fev. 2013.

<sup>51</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho*. **Doxa**, n. 04, p. 267-287, 1987. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4\\_17.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2013. p. 268.

<sup>52</sup> “*Los cuatro ejemplos citados especifican algunas condiciones bajo las cuales la mano invisible no funciona. De ello se sigue que para la producción de bienes públicos - como por ejemplo la construcción de carreteras, educación, etc.- lo mejor es no confiar las decisiones al mercado. En estos casos el teorema no funciona. Por tanto toda aquella doctrina económica que pase por alto los límites de la teoría económica y pretenda fundamentarse en ella es incorrecta*”. In: CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho*. **Doxa**, n. 04, p. 267-287, 1987. p. 278.

representadas no seu agir), inexistir custos de transação e externalidades (tudo ocorre dentro do mercado, e nada de seu exterior o influencia), igualdade de condições de acesso aos produtos e que os agentes considerem os preços como algo dado (os quais não possam influenciar em decorrência de suas decisões)<sup>53</sup>. Esses, como se verá, não são necessariamente os elementos existentes e buscados quando se procura empregar instrumentos da Ciência Econômica no âmbito do Direito Penal.

Isso significa, portanto, que não se trata da aplicação da teoria de Adam Smith no Século XXI tal qual como planejada (sobretudo no Direito Penal), mas de compreender os desenvolvimentos atuais e, sobretudo, investigar as ferramentas de análise desenvolvidas pela Ciência Econômica. Não há qualquer tipo de pretensão de exaltar o “livre mercado”; grande parte da análise econômica não se preocupa com maximização da riqueza social; praticamente todos os autores não desejam a maximização da ganância; não pregam o individualismo<sup>54</sup>, o egoísmo<sup>55</sup> e outras formas caricaturais encontradas na doutrina. Parte da pesquisa, embora indiretamente, aborda esses temas, demonstrando que, sobretudo no âmbito da Análise Econômica do Direito Criminal, há teorias completamente dissociadas dessa realidade doutrinário-crítica.

---

<sup>53</sup> CALSAMIGLIA, A. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Colonia del Carmen: Fontamara, 1997. p. 43-4.

<sup>54</sup> Neste caso, até porque “*hay sociedades con filosofías no individualistas, como, por ejemplo, la japonesa, que han alcanzado cotas de eficiencia muy elevadas*”. In: CALSAMIGLIA, Albert. *Racionalidad y Eficiencia del Derecho*. Colonia del Carmen: Fontamara, 1997. p. 39. Por outro lado, pode-se observar, também: “O individualismo – que, muito ao contrário de identificar-se com o egoísmo e de centrar o universo em cada mortal e encastelar este em si mesmo, postula sua abertura efusiva aos demais e sua solidariedade com todos – e o liberalismo – que já Montesquieu tivera muito cuidado em distinguir da liberdade do mercado – são os credores do apanchamento punitivo e sempre se orientaram, por sua própria natureza, àquilo que se chama Direito penal mínimo.” In: RIVACOBÁ, Manuel de Rivacoba y. Proêmio à Segunda Edição. In: CERVINI, Raúl. *Os Processos de Descriminalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13.

<sup>55</sup> Esse é um tema de discussão atualmente, e que será tratado ao longo do trabalho. Como exemplo: “É igualmente importante entender-se o que não está incluído neste conceito de comportamento racional. Ser racional não significa que os jogadores são egoístas; um jogador pode ter uma elevada consideração pelo bem-estar de outras pessoas e incorporar esta consideração em suas decisões. Isso não significa que os jogadores são pensadores estritamente de curto prazo; na verdade, o cálculo das consequências futuras é uma parte importante do pensamento estratégico e ações que parecem irracionais do ponto de vista imediato pode ter um valioso papel estratégico a longo prazo. O mais importante, ser racional não significa ter o mesmo sistema de valores que os outros jogadores, ou que pessoas sensíveis, ou que pessoas éticas ou morais usariam. Significa apenas um sistema de busca consistente a partir dos próprios valores. No original: “*It is equally important to understand what is not included in this concept of rational behavior. It does not mean that players are selfish; a player may rate highly the well-being of some other and incorporate this high rating into his payoffs. It does not mean that players are short-run thinker; in fact, calculation of future consequences is an important part of strategic thinking, and actions that seem irrational from the immediate perspective may have valuable long-term strategic roles. Most important, being rational does not mean having the same value system as other players, or sensible people, or ethical or moral people would use. It means merely pursuing one's own value system consistently*”. In: DIXIT, Avinash; SKEATH, Susan; REILEY, David. *Games of Strategy. International Edition. New York: W. W. Norton & Company, 2009. p. 30.*

Por outro lado, é possível que uma proposta de análise econômica venha sustentada por ideias ligadas a um modelo econômico específico, como, por exemplo, o caso de Richard Posner (mas não exclusivamente ele, por óbvio). Posner, ao iniciar a escrever sobre o tema, realizou uma migração dos fins desejáveis no paradigma científico-econômico no qual se integrava, adotando-o como a finalidade do Direito: maximizar a riqueza. Naquela perspectiva, a eficiência econômica ganhava um papel central no âmbito jurídico<sup>56</sup>. Esse, inclusive, é motivo pelo qual aquele autor sofreu (e ainda sofre) críticas veementes por parte de teóricos do Direito<sup>57</sup> e pela doutrina especializada no tema<sup>58</sup>. Afinal, “justiça”, pelo menos no Brasil, não está vinculada à maximização da riqueza, especialmente porque não se encontra alguém que sustente isso (ao menos publicamente) – nem mesmo na Análise Econômica do Direito (e, sobretudo, no Direito Penal). Por conseguinte, deve-se considerar duas circunstâncias: a) o público para qual Posner (e muitos outros) escreve, o qual explicitamente é para juristas e economistas dos Estados Unidos da América, cujo sistema jurídico difere daquele existente no Brasil; e b) os desenvolvimentos teóricos que ocorreram ao longo do tempo desde a primeira obra de Posner.

Inicialmente, conforme já anunciado, um dos grandes pontos de controvérsia da Escola de Chicago (especialmente no caso de Posner) consiste na prevalência de aplicação de critérios de eficiência como parâmetros de julgamento. Isso se dá porque de forma subjacente adota-se eficiência (especialmente no sentido de maximização da riqueza) como critério de justiça. Em outras palavras, o critério final de decisão dos problemas jurídicos (ainda que aplicados por pessoas com formação jurídica) seria a maximização da riqueza social (justiça, portanto, como eficiência econômica<sup>59</sup>).

---

<sup>56</sup> Por exemplo: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 11. Ver, também, POSNER, Richard. *A Economia da Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 10.

<sup>57</sup> A exemplo de Ronald Dworkin, que dialoga com Posner em diversas obras. Ver, por exemplo: DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>58</sup> Como um apanhado geral das críticas (que são extensas no âmbito jurídico-filosófico), ver: LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Morais da. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Ver, também: ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul.-dez./2006. E, PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho: Una Reconstrucción Teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

<sup>59</sup> Em uma obra: “Como esse exemplo mostra, o termo ‘eficiência’, quando usado, como neste livro, para denotar que a alocação de recursos em que o valor é maximizado, tem limitações como um critério ético para tomada de decisões sociais”. Tradução Livre de: “As this example shows, the term ‘efficiency’, when used as in this book to denote that allocation of resources in which value is maximized, has limitations as an ethical criterion of social decisionmaking”. In: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 11. Em outra, “a eficiência, como a defino, caracteriza-se como um conceito de justiça adequado e

Dentre outras funções, por exemplo, a eficiência serviria para auxiliar nos momentos em que o jurista não encontra uma solução clara no Sistema Jurídico. Daí, porque, por exemplo, na obra “A Economia da Justiça” (originalmente de 1981), Posner reconhece como inexorável a discricionariedade judicial (a qual entende como fonte de incertezas<sup>60</sup>) e, por isso mesmo, sugere a utilização de critérios de eficiência como meio de orientar as decisões judiciais nesses casos<sup>61</sup>. Esse seria o critério de medida da maximização da riqueza social. Eis os pressupostos reconhecidos por Posner

a abordagem do mercado hipotético desempenha um importante papel na análise econômica do *common law*. Em grande medida, esse sistema de direito parece projetado, conscientemente ou não, para alocar recursos da forma como um mercado real o faria, mas em circunstâncias nas quais os custos das transações são tão altos que o mercado deixa de ser um método viável de alocação.<sup>62</sup>

De qualquer forma, a atuação do juiz em prol da maximização da riqueza deveria ficar reservada aos momentos nos quais as normas jurídicas da *common law* não oferecessem respostas (porque, quando existentes, provavelmente a maximização já está incorporada na legislação – embora admitisse que poderia não estar). Corroborando o argumento de Posner está o fato de que as estipulações feitas por qualquer juiz (em um mercado hipotético) não são tão perfeitas como a realidade de um mercado<sup>63</sup>. Na verdade, quando o Sistema Jurídico não alcançaria uma determinada situação fática, o juiz deveria atuar a partir da mesma lógica supostamente atuante por todo o Direito (e que também é perseguida pelo Poder Legislativo e Executivo<sup>64</sup>): a maximização da riqueza.

---

imputável aos juízes, ao menos ao que se refere à prestação de tutela jurisdicional no âmbito do sistema da *common law*.” In: POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 10.

<sup>60</sup> POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 380.

<sup>61</sup> Textualmente: “A novidade do movimento ‘direito e economia’ está simplesmente em insistir que os juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que produzam resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social”. In: POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. XIV (Prefácio à edição brasileira).

<sup>62</sup> POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 75. Segundo o autor, “O common law assumiu sua forma moderna no século XIX, período em que os valores econômicos eram parte importante da ideologia dominante. (...) o common law tende a regulamentar o comportamento em áreas em que a redistribuição é de difícil alcance; e nas quais, portanto, o único meio de que um grupo dispõe para aumentar sua riqueza é o apoio a políticas que conduzam ao aumento da riqueza da sociedade como um todo, da qual o grupo compartilhará. (...) Mas a regularidade empírica verificada pelos teóricos da economia não é arbitrária e improvável a ponto de dever ser desconsiderada até que tenhamos uma teoria amplamente aceita que a vincule aos desígnios ou ao comportamento dos juízes, ligantes e legisladores.” In: *Ibidem*, p. 138.

<sup>63</sup> POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 75. No mesmo sentido, ver também, página 123 da mesma obra.

<sup>64</sup> POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 126-7.

Entretanto, isso obviamente não significaria que todas as decisões deveriam ser eficientes, ou que toda a legislação também devesse sê-lo<sup>65</sup>. Ambas as hipóteses poderiam ocorrer em um contexto amplo de análise, embora em perspectivas reduzidas, poderiam não se confirmar. É uma “intenção”, para manter uma lógica que “aparentemente existe” de fato.

Além disso, muitas das críticas empregadas até o momento, desconsideram o desenvolvimento das ideias dos autores da análise econômica, presumindo que a doutrina seja estática. Posner também pode ser empregado como exemplo dessa afirmativa.

Inobstante aquelas obras, em momentos subsequentes, Posner mantém seus pressupostos<sup>66</sup>, porém complexifica a solução, não mais limitada à maximização da riqueza; mas aos estudos empíricos e à Sociologia (incluindo-se a dedicação à “economia, à estatística, à teoria dos jogos, à psicologia cognitiva, à ciência política, à sociologia, à teoria das decisões e às disciplinas correlatas”<sup>67</sup>).

Trata-se, segundo o próprio autor, de uma visão “pragmática”<sup>68</sup>, na medida em que se preocupa, não unicamente com a teoria jurídica (sobretudo com as teorias de conteúdo “morais”), mas com os motivos subjacentes dos conflitos sociais e com as consequências das decisões jurídicas (motivo pelo qual sugere a realização de pesquisas empíricas, tanto por aqueles que refletem a partir da Economia, como daqueles que refletem a partir da Sociologia). Em verdade, Posner não abandonou totalmente sua postura anterior em relação à

---

<sup>65</sup> Nas palavras do autor: “Aquilo que podemos denominar eficiência da ‘common law’ não significa dizer que cada doutrina da ‘common law’ e que cada decisão seja eficiente. Isso seria altamente improvável, considerando a dificuldade das questões com as quais a lei luta e o caráter da experiência dos juízes e dos incentivos. A teoria é que a ‘common law’ é melhor (não perfeitamente) explicada como um sistema para maximizar a riqueza da sociedade”. Tradução livre de: “*what we may call the efficiency of common law is not that every common law doctrine and decisions is efficient. That would be highly unlikely, given the difficulty of the questions that the law wrestles with and the character of judges' experience and incentives. The theory is that the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society*”. In: POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 25.

<sup>66</sup> “Os pragmatistas (...) Acreditam que o juiz ou outro tomador de decisões em matéria de direito, quando se vê jogado naquele espaço aberto em que se esgotam as fontes usuais de orientação (como os precedentes judiciais e os textos claros da legislação ou da constituição), nada pode fazer além de recorrer a noções derivadas da condução dos negócios públicos, do senso comum, dos valores profissionais e pessoais, da intuição e da opinião, incluindo-se aí a opinião pública bem informada ou cristalizada. Porém, os pragmatistas também creem que a intuição, a opinião e tudo o mais podem, às vezes, ser instruídas pela imersão nos ‘fatos’.” In: POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. VIII-IX.

<sup>67</sup> POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 333. Duas páginas adiante, o autor menciona que a sua sugestão tem encontrado aplicação na Análise Econômica do Direito Criminal, a qual “tem prestado muita atenção aos fatores sociais”.

<sup>68</sup> “Interesso-me pelo pragmatismo entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações”. In POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 358.

utilização do ferramental da Ciência Econômica<sup>69</sup>; agregou outros elementos de análise, enriquecendo seu pensamento, no sentido de abarcar maior complexidade ao estudar os fatos sociais.

A análise dos textos de Posner deixa evidente que o jurista pragmático não está alheio às constituições, à lei, à doutrina e à jurisprudência, dentre outros elementos: esses são fontes de informação que não podem ser ignorados, uma vez que “as pessoas os tomam como pontos de referência”, e ignorá-los, significaria desestabilizar o Direito, podendo gerar “consequências ruins”<sup>70</sup> (a insegurança jurídica seria um exemplo).

Independentemente disso, um leitor de temas da análise econômica percebe que muitas das críticas ainda existentes investem contra uma doutrina que deixou de existir (pelo menos em textos mais radicais), desde a década de 1980 (aproximadamente).

Além disso, costuma-se desconsiderar uma das grandes vantagens dos pensadores da Análise Econômica do Direito: trabalham o fenômeno jurídico considerando o juiz, o legislador, cidadãos e o próprio narrador como iguais aos outros seres humanos, com as mesmas capacidades e as mesmas características (um “modelo”). Todos respondem a incentivos, com a diferença de que alguns são especializados em pontos que os demais não o são: o juiz é especialista em julgar e conhece o Direito; o economista realiza análises a partir da Ciência Econômica, assim como outros estudiosos olham os fenômenos a partir de seu lugar de estudo. Em outras palavras, cada um realiza uma observação distinta a respeito dos mesmos fenômenos (embora possuam características comuns quando são objeto de estudo), e essa é a espinha dorsal deste trabalho.

A outra possibilidade de análises econômicas, que constitui efetivamente o objetivo desta pesquisa, consiste na aplicação dos instrumentos de análise econômica (como a noção de demanda, de oferta, de mecanismos de aferição do atingimento dos objetivos pretendidos pela lei, raciocínio custo-benefício, estatística, etc.<sup>71</sup>) como meios de auxílio na análise

---

<sup>69</sup> Percebe-se, dentre outros trechos, nitidamente essa postura no seguinte parágrafo: “A única utilidade da história para o direito está em desmascarar as doutrinas obsoletas, demonstrando que não passam de vestígios. Os juízes têm de compreender que o único fundamento sólido de qualquer norma jurídica são as vantagens que ela traz para a sociedade, e a determinação dessas vantagens depende de um juízo econômico, da ponderação de custos e benefícios.” In: POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 328.

<sup>70</sup> Ambas as citações diretas se encontram na mesma página desta obra: In: POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 382.

<sup>71</sup> “A Economia tem matematicamente teorias precisas (teoria do preço e teoria dos jogos) e métodos empiricamente fundamentados [“*empirically sound*”] (estatísticas e econometria) para analisar os efeitos dos preços sobre o comportamento”. Tradução livre de: “*Economics has mathematically precise theories (price*

daquilo que ocorre socialmente (em relação a todas as pessoas), assim como no planejamento e na verificação da maneira pela qual a lei é aplicada (e sugerir novas possibilidades, por exemplo).

A noção básica, portanto, considera uma postura consequencialista: “os juseconomistas estão preocupados em tentar responder a duas perguntas: (a) quais são as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra; e (b) que regra jurídica deveria ser adotada?”<sup>72</sup>. Em outras palavras: “investiga[r] as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso esta regras seja alterada”<sup>73</sup>. Nesse contexto, verifica-se a possibilidade de se fazer análise econômica sem exortar a eficiência econômica<sup>74</sup>, pelo menos em um sentido monetário ou determinante. Na realidade, se procura alcançar os objetivos constitucionais e legais, os quais, obviamente, pressupõem o respeito aos direitos e às garantias constitucionais.

Esses modelos se propõem a serem utilizados como instrumentos de apoio para o Direito Penal, da mesma maneira como cotidianamente as pessoas realizam análises mentais de custo-benefício (como mecanismos de verificação de alternativas)<sup>75</sup>. De qualquer modo, essa é uma questão de diferentes formas de observação, que será trabalhada adiante.

Por isso, inclusive para evitar o grande número de críticas direcionadas a Posner, o

---

*theory and game theory) and empirically sound methods (statistics and econometrics) of analysing the effects of prices on behavior.” In: COOTER, Robert D. *The Confluence of Justice and Efficiency in the Economic Analysis of Law*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. cap. 8, p. 223.*

<sup>72</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

<sup>73</sup> GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

<sup>74</sup> Sobretudo a noção denominada de “eficientismo” pela crítica penal, as quais “não estão preocupadas com a efetividade da lei penal, mas em passar uma falsa mensagem (simbólica) de segurança e controle sobre a criminalidade, fato este que não se verifica na prática”. In: CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel A. D. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 132. No mesmo sentido: CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La Seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007. p. 37. Sobre o tema, com a advertência de que o Direito Penal sempre teve uma característica simbólica, ver também: MELIÁ, Manuel Cancio. O Estado da Política Criminal e a Ciência do Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 93-9.

<sup>75</sup> Luhmann ressalta que, embora a simplicidade e a “fácil manipulação” desses modelos sejam suas grandes vantagens, acabam ficando com um âmbito de atuação muito restrito; portanto, sofrendo perdas teóricas sensíveis. In: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: HERDER, 2005. p. 75 e 77.

trabalho se preocupa com um passo anterior. Preocupa-se, sobretudo, com o momento inicial da análise econômica em relação ao Direito Penal: Gary Becker. Além da questão de precessão de Becker, a grande diferença em relação a Posner é que seu modelo de análise não se preocupa necessariamente com o Sistema Jurídico, mas com a aplicação das ferramentas econômicas de análise a assuntos não tradicionalmente econômicos. Posner, de forma proeminente, levou a ideia original de Becker, de utilização dos instrumentos econômicos, especificamente para o Direito: “se Becker abriu as comportas para uma análise econômica que alcança todas as áreas da vida, foi Posner que tomou esta abordagem e expandiu para todos os cantos da arena jurídica”<sup>76</sup>.

Por outro lado, isso não significa que Posner não é estudado nesta pesquisa; ao contrário, aparece como mais um pensador (dentre muitos) que intenta a aplicação dos instrumentos econômicos ao Direito Penal (e, nesse aspecto, seguramente não é o principal).

### **2.1.3 A Genética da Análise Econômica do Direito Penal – O Problema do Consequencialismo (causa-efeito)**

A noção de “genética” da Análise Econômica do Direito tem sofrido controvérsias, as quais, sobretudo, recaem sobre o grau de determinação/perpetuação que as ideias possuem ao longo do tempo.

Como regra geral, e isso vale especialmente nos Estados Unidos da América, a relação entre a Ciência Econômica, sociedade (e o indivíduos) e o Direito Penal vem sendo estudada desde meados do século XX<sup>77</sup>. Esse é o marco normalmente apontado pela doutrina.

---

<sup>76</sup> Tradução livre de: “*If Becker opened the floodgates to an economic analysis that touches on all areas of life, it was Posner who took this approach and ran with it to the far corners of the legal arena*”. In: MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 102.

<sup>77</sup> “A história do desenvolvimento da Análise Econômica do Direito é usualmente contada sob a perspectiva de uma sensível separação entre um primeiro período de pesquisas, compreendido entre 1940 e 1950, e a fase instaurada a partir de 1960, que veio hoje a refletir o núcleo central de trabalho da Escola da *Law and Economics*. Ressalta-se que a ‘velha’ Escola centrava seus estudos em campos do Direito eminentemente ligados à economia, tais como o Direito Antitruste, o Direito Comercial, o Direito da Regulação e o Direito Tributário, mas que em 1960, uma ‘nova’ Escola rompe com essa tradição, ao utilizar a análise econômica para explicar e criticar regras legais que não tão obviamente comportavam uma dimensão econômica, como, por exemplo, as regras contratuais, regras de responsabilidade civil, e, até mesmo, regras de Direito Penal e Processual. Essa separação entre a ‘velha’ e a ‘nova’ Escola, entretanto, não deve ser entendida como uma ruptura, mas sim como um desencadeamento lógico da primeira em direção à segunda, como se demonstrará”. In: COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva

Isso, porque, embora os textos de Gary Becker<sup>78</sup> e de Richard Posner<sup>79</sup> (seguidos de muitos outros) costumem citar como precursores das análises econômicas do Direito Penal Cesare Beccaria (1738-1794) e Jeremy Bentham (1748-1832)<sup>80</sup>, estudos sistemáticos e empíricos, correlacionando hipóteses sociais, só ocorrem muito tempo após os escritos daqueles.

No âmbito geral da análise econômica (não estritamente criminal), costuma-se citar os trabalhos de Ronald H. Coase, denominados “*The Nature of the Firm*” (1937) e “*The Problem of Social Cost*” (1960), e de Guido Calabresi, “*Some Thoughts on Risk Distribution and Law of Torts*” (1961). No âmbito penal, por outro lado, a verificação da maneira de como os indivíduos reagem a mudanças legislativas, se desenvolveu a partir de um trabalho Gary Becker, de 1968 (“*Crime and Punishment: na economic approach*”).

Ao contrário desses trabalhos (situados em meados do Século XX), Beccaria e Bentham trabalhavam sobre direito penal de uma maneira consequencialista (porém, genérica), e não vinculada propriamente com os instrumentos de análise econômica como se realiza atualmente (mesmo tendo Bentham elaborado trabalhos a respeito da probabilidade e correlações entre a maneira de pensar de um economista nos assuntos jurídico-penais). De fato, alguma influência de Beccaria e Bentham existe na análise econômica do Direito Penal, mas essa influência se dá preponderantemente porque ambos foram determinantes para a

---

da História do Pensamento Econômico. *Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (paper 050107-10)*. Disponível em: <<http://repositorios.cdlib.org/bple/alacde/050107-10/>>. Acesso: 13 out. 2007.

<sup>78</sup> Becker sugere que seu trabalho procura ressuscitar, modernizar e aprimorar aqueles trabalhos iniciais. No original: “*Lest the reader be repelled by the apparent novelty of an ‘economic’ framework for illegal behavior, let him recall that two important contributors to criminology during the eighteenth and nineteenth centuries, Beccaria and Bentham, explicitly applied an economic calculus. Unfortunately, such an approach has lost favor during the last hundred years, and my efforts can be viewed as a resurrection, modernization, and thereby I hope improvement, of these much earlier pioneering studies*”. In: BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach. The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 209.

<sup>79</sup> Por exemplo, em: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 23, nota 02. De qualquer forma, em outras obras, Posner reconhece explicitamente que o nascimento do movimento da Análise Econômica do Direito nasceu “em algum momento entre 1958 e 1973”, sendo a primeira data a da publicação do primeiro *Journal of Law and Economics* e a segunda a data a da publicação do seu livro (*Economic Analysis of Law*). In: POSNER, Richard A. *Bentham’s Influence on The Law and Economics Movement. Current Legal Problems*, Londres, v. 51, n. 1, p. 425-439, 1998. p. 425. No mesmo sentido: POSNER, Richard A. *The Law and Economics Movement: from Bentham to Becker*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. cap. 13, p. 328.

<sup>80</sup> Alguns autores citam também Adam Smith (por ter considerado que a quantidade de crimes e a demanda por proteção são relacionados com a acumulação da propriedade), William Paley (por análises a respeito dos fatores responsáveis por diferenças na probabilidade e na magnitude da pena para diferentes crimes). In: EHRLICH, Isaac. *Crime, Punishment, and the Market for Offenses. Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n. 1, p. 43-67, 1996. p. 43.

construção do Direito Penal moderno (e Bentham também para a Economia). Encontravam-se em um momento histórico relevante para o desenvolvimento da Economia, do Direito, e das ciências em geral (por isso, muitos outros, como David Hume, Adam Ferguson, Adam Smith também são apontados como importantes para o desenvolvimento da Análise Econômica<sup>81</sup>). Influenciados pelas ideias do Iluminismo, ambos contribuíram fortemente para o Direito existente até hoje, notadamente naquilo que concerne à proporcionalidade das penas em relação aos atos realizados e em relação aos objetivos legais<sup>82</sup>. No que tange à Economia, Bentham é especialmente destacado em razão de sua abordagem, que considerava o utilitarismo como algo científico e sistemático, de forma que a felicidade seria algo homogêneo e quantificável<sup>83</sup>.

Por essas razões, para Posner, Bentham consiste mais em uma “inspiração” para a análise econômica que propriamente uma influência (que representaria relações causais)<sup>84</sup>, tendo seus escritos (o que não se limita ao utilitarismo e a conteúdos econômicos propriamente ditos) influenciado tanto a Economia como o Direito<sup>85</sup> (e, inclui-se, igualmente, a Política).

A fim de elucidar melhor a qualidade dessas relações intertemporais, pode-se verificar dois trechos comumente citados de Beccaria pelos autores pesquisados:

Quanto mais atrozes forem os castigos, tanto mais audacioso será o culpado para evitá-los. Acumulará os crimes, para subtrair-se à pena merecida pelo primeiro. (...) Para que o castigo produza o efeito que dele se esperar, basta que o mal que causa ultrapasse o bem que o culpado retirou do crime. Devem contar-se ainda como parte do castigo os terrores que precedem a execução e a perda das vantagens que o crime devia produzir. Toda severidade que ultrapasse os limites se torna supérflua e, por conseguinte, tirânica.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> A respeito da contribuição desses e outros personagens históricos, ver: ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. cap. 1, p. 03-32.

<sup>82</sup> Bentham, igualmente, segundo Foucault, exerceu grande influência na construção de modelos físicos de prisões (o “Panóptico de Bentham”). Sobre o tema ver: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 177 e seguintes.

<sup>83</sup> ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. cap. 1, p. 08.

<sup>84</sup> POSNER, Richard A. *The Law and Economics Movement: from Bentham to Becker*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. cap. 13, p. 329.

<sup>85</sup> POSNER, Richard A. *The Law and Economics Movement: (...)*. In: PARISI, F.; ROWLEY, C. K. (orgs.). *The Origins of Law and Economics: (...)*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 340-1.

<sup>86</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Paulo M. de Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 62-3 (Parágrafo XV).

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade. O homem treme à idéia dos menores males, quando vê a impossibilidade de evitá-los.<sup>87</sup>

Do mesmo modo, embora este não seja normalmente citado, também pode ser incluído, porque possui conexão com o assunto estudado: “O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros”<sup>88</sup>.

Os três exemplos inegavelmente possuem conexão com as propostas de análise econômica do Direito Penal. Inobstante, é mais provável que o sejam, não por serem referências específicas desse ramo de análise, mas porque, de fato, estão ligadas às raízes do Direito Penal moderno, inclusive no que se refere à utilização da lei como incentivo para as ações humanas. Essas ideias são tão difundidas que permeiam, inclusive, o senso comum.

Por outro lado, é possível que Bentham tenha gerado uma influência maior no âmbito da análise econômica; porém, em razão da extensão de sua obra e dos fundamentos que também constituem parte do Direito Criminal. Em sua obra mais proeminente, “Princípios da Moral e da Legislação” (publicada originalmente em 1789), constava um detalhamento muito superior das ideias plantadas por Beccaria<sup>89</sup>. Naquilo que releva ao presente trabalho, em tal obra, Bentham dedica um capítulo à proporcionalidade entre as punições e os crimes. Prevê, então, casos em que não se deve punir e casos aos quais deve ser atribuída uma punição. Isso, porque o pressuposto de Bentham é o objetivo geral das leis: aumentar a felicidade global da coletividade e, nesse contexto, afastar tudo aquilo que tende a diminuir aquela felicidade,

<sup>87</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 80 (parágrafo XX).

<sup>88</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999. p. 85 (parágrafo XXIII).

<sup>89</sup> Inclusive, Bentham apontava Beccaria como seu predecessor. Este “também sustentava o princípio da maior felicidade possível para o maior número possível de pessoas como o objetivo último de toda legislação. Orientado por esse princípio, Beccaria criticou a legislação penal então existente. Bentham deu àquele princípio uma aplicação ainda mais ampla e por essa razão colocou-se em antagonismo aos conservadores. Mas Bentham, por outro lado, opôs-se também aos revolucionários franceses, quando estes apelavam para o direito natural e afirmavam os direitos universais do homem. Para Bentham, o indivíduo somente possui direitos na medida em que conduz suas ações para o bem da sociedade como um todo, e a proclamação dos direitos humanos, tal como se encontra nos revolucionários franceses, seria demasiado individualista e levaria ao egoísmo. Este, segundo Bentham, já é muito forte na natureza humana; assim, o que realmente deve ser procurado é a reconciliação entre o indivíduo e a sociedade, mesmo que seja necessário o sacrifício dos supostos direitos humanos.” In: PESSANHA, José Américo Motta (consultor). **Jemery Bentham (1748-1832)**: vida e obra. In: BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**; MILL, John S. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1979. (Os pensadores). p. VIII-X.

sobretudo os crimes (em um sentido amplo)<sup>90</sup>. Essas são, ao menos parcialmente, extensões das ideias da Ciência Econômica, que estava se desenvolvendo.

No contexto de Bentham, portanto, não se deveria infligir uma pena em algumas hipóteses, porque a punição não seria capaz de afastar um outro mal (maior): a) quando não houver prejuízo, porque o ato, em sua globalidade, não é pernicioso; b) quando a punição acaba sendo ineficaz, por não ser apta a evitar o prejuízo; c) quando o prejuízo da sanção é maior que o prejuízo a ser evitado (sendo inútil ou dispendiosa); e d) quando por um preço menor que a punição o prejuízo pode ser evitado ou cessado (supérflua)<sup>91</sup>.

Ademais, para os casos nos quais não há outra alternativa viável senão estabelecer uma punição criminal (no intuito de evitar o prejuízo à felicidade), o legislador ainda deveria considerar quatro objetivos: a) evitar, “na medida do possível e na medida em que valer a pena, qualquer espécie de ofensa ou crime que seja”; b) não sendo possível a anterior, direcionar o criminoso a cometer um crime menos grave, se houver mais de um por intermédio do qual o criminoso pode atingir seus objetivos; c) direcionar o criminoso a não produzir maior dano que o necessário para encontrar seu objetivo; e d) evitar qualquer tipo de prejuízo da maneira menos dispendiosa<sup>92</sup>.

Dessas premissas surgem as seis normas-diretrizes de Bentham:

1. O valor ou gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime.
2. Quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que pode valer a pena pagar no caminho da punição.
3. Quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor.
4. A punição deve ser regulada de tal forma para cada crime particular, que para cada nova parte ou etapa do prejuízo possa haver um motivo que dissuada o criminoso de produzi-la.
5. A punição não deve em caso algum ser maior do que for necessário para que esta seja conforme às normas aqui indicadas.
6. Para que a quantidade de punição realmente infligida a cada criminoso possa corresponder à quantidade tencionada para criminosos semelhantes em geral, é necessário sempre levar em consideração as várias circunstâncias que influenciam a sensibilidade de cada um.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**; MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1979. (Os pensadores). p. 59.

<sup>91</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**; (...) São Paulo: Victor Civita, 1979. (Os pensadores). p. 59.

<sup>92</sup> BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral (...)**. São Paulo: Victor Civita, 1979. p. 60.

<sup>93</sup> BENTHAM, J. **Uma introdução aos princípios da moral (...)**. São Paulo: Victor Civita, 1979. p. 60-62

Em uma versão em linha inglesa, encontra-se o seguinte comentário de Bentham a respeito da primeira regra:

Por “lucro do crime” deve ser entendido não apenas o lucro pecuniário, mas todas as vantagens, reais ou aparentes, que têm operado como um motivo para o cometimento do crime. O lucro do crime é a força que impele o homem à delinquência: a dor da punição é a força empregada para impedi-lo. Se a primeira dessas forças é o maior, o crime será cometido; se a segunda, o crime não será realizado. Se, então, um homem, depois de ter colhido o lucro de um crime e sofrer o castigo, encontra no lucro mais vantagem em relação à pena, ele vai continuar ofendendo para sempre, não há nada para contê-lo. Se os demais, também, contemplarem o mesmo, no sentido de o saldo de ganho ser a favor do delinquente, a punição será inútil para fins de exemplo.<sup>94</sup>

As ideias contidas nas normas de Bentham possuem similaridades com o conteúdo da análise econômica propriamente dita. Entretanto, em seu contexto, tais normas procuravam estabelecer limitações à atuação do Estado, sobretudo de proporcionalidade entre os atos realizados e as respectivas punições. Modernamente, e com diferentes desenvolvimentos, esses são conteúdos das constituições dos Estados, o que não é diferente em relação à Constituição do Brasil, que prevê proporcionalidade, pessoalidade, individualização das penas, proibição de penas degradantes, dentre outras garantias<sup>95</sup>. Ademais, a necessidade de uma individualização das penas, prevista na norma sexta, que exige atenção para a “sensibilidade” das pessoas em relação ao ordenamento jurídico, possui correlação com o atual artigo 59 do Código Penal, que estabelece critérios ligados às características do crime e do agente, como culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos do crime, circunstâncias em que ocorreu e suas consequências. A norma quarta, por sua vez, se relaciona com as possibilidades de aplicação de agravantes e de majorantes, na medida em que o crime progressivamente vai se tornando mais pernicioso.

A notabilidade das proposições de Bentham se encontra, sobretudo, em sua percepção

---

<sup>94</sup> No original: “By the profit of the crime, must be understood not only pecuniary profit, but every advantage, real or apparent, which has operated as a motive to the commission of the crime. The profit of the crime is the force which urges a man to delinquency: the pain of the punishment is the force employed to restrain him from it. If the first of these forces be the greater, the crime will be committed; if the second, the crime will not be committed. If, then, a man, having reaped the profit of a crime, and undergone the punishment, finds the former more than equivalent to the latter, he will go on offending for ever; there is nothing to restrain him. If those, also, who behold him, reckon that the balance of gain is in favour of the delinquent, the punishment will be useless for the purposes of example”. In: BENTHAM, Jeremy. *Principles of Penal Law. Book I. Chapter VI - Measure of Punishment*. Disponível em: <[http://ebooks.adelaide.edu.au/b/bentham/jeremy/principles\\_of\\_penal\\_law/book1.html#section23](http://ebooks.adelaide.edu.au/b/bentham/jeremy/principles_of_penal_law/book1.html#section23)>. Acesso em: 23 jan. 2013.

<sup>95</sup> Dentre outros, pode-se citar os seguintes incisos do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: II, III, XXXVII, XXXIX, XLV a XLVII, LVII, LXI a LXVI. Nem todas essas hipóteses possuem relação direta com as normas de Bentham.

de que tais normas são direcionadas aos legisladores, que deveriam arquitetar cuidadosamente a formulação das leis, de forma a atuar de maneira eficaz para os propósitos de garantir a maior felicidade global (há uma grande aproximação com as perspectivas “normativas”). Os legisladores possuiriam um relevante papel social de, ao mesmo tempo em que procuram evitar desperdícios, garantir a felicidade global (sem gerar males desnecessários) por intermédio do instrumento próprio e vinculante a eles disponível.

De qualquer maneira, os três elementos que carregam mais importância à análise econômica do Direito Penal são exatamente as ideias de evitar o crime, de direcionar para um crime menos grave e a de punição mínima necessária e que cumulativamente seja a menos dispendiosa possível (mas constituem-se, de fato, preocupações corriqueiras em relação à aplicação a lei penal, da administração da justiça penal e do cumprimento das penas). Os demais elementos apresentam igualmente pontos de ligação, porém mais em razão do Direito Penal que pela análise econômica propriamente dita.

Daquelas três perspectivas, a preocupação de evitar o crime e realizar uma atuação ótima (no sentido econômico) do Sistema Penal aparecem de forma mais evidente nos primeiros trabalhos sobre o tema, especialmente no trabalho de Gary Becker, que será estudado adiante.

Em um contexto amplo, grande parte das pesquisas a respeito da Análise Econômica do Direito Penal na atualidade laboraram a partir de uma pergunta: o que leva ao crime? (ou seja, como evitar que crimes sejam cometidos). Evidentemente, a resolução de tal problema possui um elevado grau de complexidade. Isso, porque considera, igualmente, àquilo que não leva ao cometimento de crimes. Afinal, muitas pessoas vivem em sociedade, porém nem todas cometem delitos (pelo menos esse é o imaginário comum). Por isso mesmo, o principal enfoque das pesquisas está direcionado a saber como a pessoa age socialmente, porque esse pode ser, de fato, o fator que permite a distinção entre aquele que potencialmente pode cometer delitos e aquele que não os cometeria. Em outras palavras, quais os motivadores, as influências, as possíveis variáveis e as correlações do agir humano com o Subsistema Penal. Importante ressaltar, em razão da intenção explicativa do agir social humano, há pesquisas preocupadas com o “crime” (algo tipificado pela atuação legislativa) e outras preocupadas unicamente com a “violência” (em um sentido amplo).

Assim, aquela pergunta remete ao questionamento do motivo pelo qual as pessoas cometem crimes e ao motivo pelo qual pessoas não cometem crimes quando diante das mesmas situações sociais. E há um grande espectro de análise nesses tópicos, todos cuja

pretensão é ultrapassar o senso comum no que tange à criminalidade.

Para exemplificar, sabe-se que a taxa criminal de certos eventos varia no tempo e no espaço. Em outras palavras, que nem todos os tipos de crimes são cometidos nas mesmas proporções ao longo do tempo e em diferentes espaços geográficos<sup>96</sup>. Entretanto, ainda que isso seja correto em um sentido genérico (e adota-se como verdadeiro no sentido argumentativo)<sup>97</sup>, dizer que a criminalidade aumenta não significa dizer que a criminalidade de todas as cidades do país teve um incremento (e se teve, que não ocorreu em todos os bairros de uma cidade); não significa dizer que todos os tipos de crimes tiveram elevação; nem que essa elevação seria constante; e, dentre outros problemas, sobretudo, quais as correlações disso com as modificações sociais, como a taxa de crescimento populacional, ganho aquisitivo, educacional e assim por diante. Note-se que a elevação da taxa de criminalidade em um local pode ser decorrente unicamente da instalação de uma estrutura policial<sup>98</sup>, que passou a controlar os fatos, ou seja, que abriu uma “janela” para que uma gama de acontecimentos sociais sejam observados pelo mundo jurídico-criminal.

Não há como se conhecer, e menos ainda avaliar essas correlações, quando não se conhece instrumentos para essa observação. Esses instrumentos, sob a perspectiva da análise econômica, advêm da Ciência Econômica como um todo, e não especificamente de Beccaria

---

<sup>96</sup> Sobre esse tópico, foi realizado um estudo: GLAESER, Edward L.; SACERDOTE, Bruce; SCHEINKMAN, José A. *Crime and Social Interactions*. *Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 111, i. 2, p. 507-48, mai./1996. Esse trabalho verificou que a adesão das pessoas à criminalidade está correlacionada com a influência pessoal dos vizinhos. Verificou-se dois tipos de agentes: aqueles que influenciam e sofrem influências dos vizinhos e aqueles que podem influenciar os vizinhos, mas que não são influenciáveis (por diversos motivos, como não conhecer ou prestar atenção nas ações dos vizinhos, ou ter uma influência familiar ou escolar mais determinante que as influências externas). Além disso, essas influências variam também conforme o tipo de crime: alguns crimes geram mais influência (como em pequenos roubos ou roubo de carro) e outros são menos suscetíveis (como homicídio e estupro). In: *Ibidem*, p.509.

<sup>97</sup> Sobretudo porque também fundado em pesquisas como, por exemplo: ADORNO, Sérgio. Crise no Sistema de Justiça Criminal. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 50-51, junho de 2002. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S000967252002000100023&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252002000100023&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 out. 2012. p. 50.

<sup>98</sup> A relevância dessa observação é demonstrada, por exemplo, quando se verifica uma grande gama de pesquisas que consideram os dados estatísticos oficiais. Por exemplo, um trabalho realizado a respeito da criminalidade de São Paulo, considera “a taxa de crescimento anual do número de ocorrência policiais registradas para crimes lucrativos na Região Policial da Grande São Paulo (RPGSP)” a qual teve um incremento que “supera 10%, sendo que, para a modalidade de crime de sequestro, os registros apresentaram um crescimento ainda maior”. In: CARRERA-FERNANDEZ, José; PEREIRA, Rogério. A Criminalidade na Região Policial da Grande São Paulo sob a Ótica da Economia do Crime. *Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v. 31, n. Especial, p. 898-918, nov./2000. p. 899. Os autores, inclusive, mencionam a possibilidade de que, ainda assim, “os institutos de estatísticas criminais sofrem pressões políticas, maquiando ou omitindo informações policiais que poderiam comprometer a imagem do governo frente à sociedade.” In: *ibidem*, p. 903. Assim, além dos problemas de dificuldade de acesso aos órgãos de registro, ainda há a possibilidade de os dados serem dolosamente lançados erroneamente ou alterados.

ou Bentham, como parte da doutrina sugere. É evidente, por outro lado, que esses instrumentos, contudo, não garantem uma visão melhor dos fenômenos; ao contrário, apenas permitem uma observação<sup>99</sup>, diferente daquela que é possível fazer sem o seu auxílio. Potencialmente, podem trazer ganhos, no sentido de aprimorar a maneira pela qual se compreende os fenômenos.

No caso específico de Becker, que em seu artigo de 1968 apresenta referências sobre Bentham (e nesse sentido uma influência poderia ser reconhecida), ainda assim não há como se determinar efetivamente o quanto as ideias de Bentham agregaram ao trabalho Becker.

Posner, dentre suas pesquisas, realizou investigações sobre essa temática:

Apesar de Bentham ser um famoso economista e o caráter econômico de sua análise de crime e do castigo ser inconfundível, apesar do vocabulário um pouco arcaico, e mesmo tendo a teoria Bentham influenciado o desenho do sistema de justiça criminal na Inglaterra e nos Estados Unidos, nenhum economista antes Becker, que até agora eu tenho sido capaz de determinar, expôs uma teoria econômica do crime e do controle da criminalidade. E Becker me disse que, quando ele começou a pensar sobre a economia do crime, ele não tinha conhecimento das discussões de Bentham a esse respeito. Ele teria tomado ciência delas enquanto ele estava trabalhando em seu artigo, mas ele não se lembra se algum dos pontos do artigo acabaram sendo sugeridos por aquelas discussões, embora algumas de suas citações de Bentham sugiram que isso possa ter ocorrido (Becker 1968: 511). Portanto, acaba sendo um caso incerto da influência de Bentham (por inspiração) para a análise econômica do direito. (...) Mas é uma chance pequena, uma vez que a teoria econômica de Becker a respeito do crime aparenta ser em grande parte um caso de descoberta independente.<sup>100</sup>

A grande curiosidade a respeito desse tema (normalmente desconsiderado) é que Becker iniciou a pensar economicamente a respeito das condutas ilegais quando estava

---

<sup>99</sup> “Observar significa simplemente (y adelante usaremos el término en este sentido) distinguir e indicar. Con el concepto de observar se atrae la atención sobre el hecho de que distinguir e indicar es una operación única;” In: GEORGI, Raffaele de; LUHMANN, Niklas. *Teoría de la Sociedad*. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 42. Da mesma forma: “Observar é produzir informação. A informação está ligada à comunicação”. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 107.

<sup>100</sup> Tradução livre de: “Even though Bentham was a famous economist and the economic character of his analysis of crime and punishment is unmistakable despite the slightly archaic vocabulary, and even though Bentham's theory has influenced the design of the criminal justice system in England and The United States, no economist before Becker, so far I have been able to determine, had expounded an economic theory of crime and crime control. And Becker has told me that when he began thinking about the economics of crime, he was unaware of Bentham's discussion of it. He became aware of it while he was working on his article, but he no longer remembers whether any of the points in the article were suggested to him by it, although a few of his citations to Bentham suggest that they may have been (Becker 1968:511). So this turns out to be an uncertain case of Bentham's having influenced by inspiration the economic analysis of law. (...) But it is a small chance, since Becker's economic theory of crime appears to be largely a case of independent discovery”. In: POSNER, Richard A. *The Law and Economics Movement: from Bentham to Becker*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. cap. 13, p. 340.

atrasado para um compromisso (que seria uma banca de exame oral de um estudante de economia). Estava no carro e procurando um lugar para estacionar, o que, segundo relata, não estava obtendo êxito. Assim, acabou refletindo a respeito das seguintes possibilidades: colocar o carro em um local proibido (correndo o risco de ser multado) ou gastar mais tempo procurando um local permitido (atrasando-se ainda mais). Teria, então, calculado rapidamente a probabilidade de receber a multa (e o seu montante) e o custo de colocar o carro em local apropriado: decidiu que valia a pena correr o risco; e acabou não sendo multado<sup>101</sup>.

Quando percebeu essa reflexão, vislumbrou que as autoridades de trânsito provavelmente realizavam o mesmo raciocínio (a quantidade de verificações que as autoridades realizam e o valor da multa deveriam estar sendo consideradas conforme uma expectativa de violações). A partir disso, iniciou seu estudo.

Portanto, o grau exato de inspiração de Beccaria e Bentham em relação a Becker certamente não pode ser medido, da mesma forma que é inegável que Becker “encontrou” elementos em Bentham. Entretanto, isso não transforma aqueles em precursores da Análise Econômica do Direito Penal, especialmente nos termos em que proposta por Gary Becker.

De qualquer forma, a importância deste tópico não está na efetiva elucidação da origem intelectual da análise econômica, mas em advertir inicialmente para uma dificuldade da análise econômica: o “consequencialismo”; a noção de causa e efeito (incentivo-resposta, por exemplo), ainda que meramente como estudo de correlação<sup>102</sup>.

Note-se que um tópico de busca por fontes históricas limitadas (porque se refere basicamente a três pensadores dispostos em um período de tempo historicamente curto) é capaz de demonstrar a dificuldade na verificação entre causas e consequências. Isso, especialmente porque se trata de fontes não estáticas, de forma que um modelo “simples de

<sup>101</sup> BECKER, Gary S. *The Economic Way of Looking at Behavior: the nobel lecture*. Stanford University, 1996. Kindle Edition, localização 76.

<sup>102</sup> “A causalidade não pode ser inferida diretamente da correlação. A correlação significa a existência de uma relação regular entre dois grupos de ocorrências ou variáveis. Uma variável é qualquer dimensão ao longo da qual indivíduos ou grupos variam. Idade, diferenças de renda, taxas de criminalidade e diferenças entre classes sociais estão entre as muitas variáveis que os sociólogos estudam. Pode parecer que, quando se observa que duas variáveis estão intimamente correlacionadas, uma seja a causa de outra. Todavia, esse muitas vezes não é o caso. Existem, de fato, muitas correlações entre variáveis. Por exemplo, no período transcorrido desde a Segunda Guerra Mundial, pode-se encontrar uma forte correlação entre a redução no hábito de fumar cachimbo e a redução no número de pessoas que vão ao cinema. De forma clara, uma mudança não causa a outra, e teríamos dificuldade para encontrar uma conexão causal mesmo remota entre elas. Existem muitos exemplos, contudo, em que não fica tão claro que uma correlação observada não implica relação causal. Essas correlações são armadilhas para os desavisados, e levam facilmente a conclusões questionáveis ou falsas. (...) Identificar as conexões causais envolvidas nas correlações costuma ser um processo difícil.” In: GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed., Porto Alegre: Penso, 2012. p. 47.

causação e correlação e sua metodologia são lamentavelmente inadequados em face dos sistemas adaptativos complexos”<sup>103</sup>. Por exemplo, no caso de Becker, as influências podem ter sido indiretas, ou sequer terem existido nos momentos iniciais (e apenas complementadas posteriormente). As ideias poderiam ter-lhe surgido por já estarem de alguma forma disseminadas no senso comum ou em seu paradigma científico.

Embora a análise deste tópico tenha sido voltada para o passado<sup>104</sup>, também poderia ser realizada em direção ao futuro, como tradicionalmente uma perspectiva funcionalista labora (como a Análise Econômica do Direito Penal). E nesse caso, as dificuldades não seriam menores. Ao contrário, o passado é relativamente bem conhecido (e ainda pode ser alvo de investigações), enquanto a respeito do futuro só podem recair previsões (prognósticos). Esse, em razão da complexidade de fatores envolvidos (como ambiente, vontades pessoais, interações)<sup>105</sup>, se encontra envolto em um elevado grau de incerteza que, por sua vez, representa a existência de riscos<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> BUCKLEY, Walter. **A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas**. Tradução de Octávio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1971. p. 103. Adiante: “Notamos que o funcionalismo, como interacionismo mútuo, foi muitas vezes tachado de incapaz de lidar com a prioridade causal de algumas partes do sistema sobre outras e, conseqüentemente, incapaz de lidar com problemas de desenvolvimento ou mudança. Essa deficiência tem sido relacionada com a já comentada identificação do funcionalismo com o destaque restrito conferido à interdependência mais ou menos estática das partes da sociedade.” In: *Ibidem*, p. 117.

<sup>104</sup> Nesse sentido, de mais fácil aceitabilidade, segundo Teubner: “O conseqüencialismo é possível e faz sentido no direito de responsabilidade, mas não no sentido de prognóstico *ex ante*, como se o direito de responsabilidade pudesse, com a ajuda dos modelos econômicos ou sociológicos, prever de forma efetiva os efeitos de suas alterações e reagir a esses efeitos por adaptações antecipadas. O conseqüencialismo *ex post* parece ser muito mais realista, no sentido de que os institutos de direito da responsabilidade civil deveriam se tornar mais sensíveis aos efeitos reais no mundo das organizações econômicas do que atualmente são. Tais institutos deveriam adaptar seus conceitos às experiências de fato com reações corporativas, criando nova pressão jurídica e novas reações corporativas em um demorado ‘procedimento de descoberta’, que se constrói com base no princípio da *order from noise*.” In: TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 215-6.

<sup>105</sup> Nesse sentido: NAFARRATE, Javier Torres. *Nota a la versión en español*. In: LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 16.

<sup>106</sup> “La razón es que con el término riesgo se determina una forma de problematización del futuro, es decir, un forma de trato con el tiempo”. In: LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 97. Em outro trecho: “Actualmente nos interesa tan sólo un punto de vista abstracto: que no puede conocer el futuro (de lo contrario no sería futuro) y no se puede describir la sociedad en la que uno vive debido a su novedad estructural, y que llega a haber una simbiosis singular entre futuro y sociedad, es decir, entre determinadas indeterminaciones en la dimensión temporal y la dimensión social. El resultado parece ser que el futuro sólo puede ser percibido en el medio de la probabilidad, es decir, sólo puede ser percibido en sus características como más o menos probable o más o menos improbable. Para el presente esto significa que nadie puede reclamar conocimientos del futuro o la posibilidad de determinarlo. (...) Aunque se sabe que una planta nuclear sólo explota cada doce millones de años, esto podría acontecer mañana y mañana y, de nuevo, mañana. Aunque se sabe que un coche sobre la autopista sólo puede tener un accidente mortal cada doce kilómetros, éste, sin embargo, puede ocurrir en la siguiente curva. En la valorización social el cálculo deja abiertas todas las posibilidades de la dimensión para el caso particular y, naturalmente, las apreciaciones de los riesgos se distinguirán según la opinión de que el desastre ocurra muy pronto o probablemente sólo al final del trayecto general”. In: *Ibidem*, p. 94-5.

Esse é um dos motivos pelos quais é difícil a realização de planejamentos, direcionamentos e atingir-se algum grau de certeza a respeito do futuro. Evidentemente, isso não significa, na linha de Norbert Elias, que não haja qualquer ligação entre o passado e o futuro: efetivamente existe; porém a dificuldade está em apontar uma linha de consequencialidade aos eventos<sup>107</sup>. Na linguagem de Watzlawick, “não há nenhuma relação ‘confiável’ entre causa e efeito, apenas graus de probabilidade”<sup>108</sup>. A relação fático-temporal entre passado, presente e futuro é constituída por inúmeros fatores complexificantes da análise.

Essa percepção de “risco” tem sido estudada pela Teoria dos Sistemas. No âmbito do Direito, por exemplo, desemboca em críticas contra as matrizes funcionalistas, quando procura, como visto, realizar um movimento lógico e concatenado entre o passado e o futuro. Por exemplo, para Leonel Rocha, assim como para Jean Clam e Germano Schwartz<sup>109</sup>, não é possível que o sistema do Direito tenha uma característica teleológica (isso será retomado adiante), uma vez que o sistema é algo atual, no sentido de que não se conhece o seu início (que não fora construído da mesma maneira como o homem constrói uma máquina para realizar alguma função específica). Do mesmo modo, em razão da complexidade e do risco das decisões, não é possível um planejamento de como o Direito será no futuro, exceto em

---

<sup>107</sup> “Vimos (...) que o processo civilizador constitui uma mudança na conduta e sentimentos humanos rumo a uma direção muito específica. Mas, evidentemente, pessoas isoladas no passado não planejaram essa mudança, essa ‘civilização’, pretendendo efetivá-la gradualmente através de medidas conscientes, ‘racionalis’, deliberadas. Claro que ‘civilização’ não é, nem o é a racionalização, um produto da ‘ratio’ humana ou o resultado de um planejamento calculado a longo prazo. (...) Na verdade, nada na história indica que essa mudança tenha sido realizada ‘racionalmente’, através de qualquer educação intencional de pessoas isoladas ou de grupos. A coisa aconteceu, de maneira geral, sem planejamento algum, mas nem por isso sem um tipo específico de ordem. (...) Ainda assim, embora não fosse planejada e intencional, essa transformação não constitui uma mera seqüência de mudanças caóticas e não-estruturadas. (...) Ela é muito simples: planos e ações, impulsos emocionais e racionais de pessoas isoladas constantemente se entrelaçam de modo amistoso ou hostil. Esse tecido básico, resultante de muitos planos e ações isolados, pode dar origem a mudanças e modelos que nenhuma pessoa isolada planejou ou criou. Dessa interdependência de pessoas surge uma ordem sui generis, uma ordem mais irresistível e mais forte do que a vontade e a razão das pessoas isoladas que a compõem. É essa ordem de impulsos e anelos humanos entrelaçados, essa ordem social, que determina o curso da mudança histórica, e que subjaz ao processo civilizador. Essa ordem nem é ‘racional’ – se por ‘racional’ entendemos que ela resultaria intencionalmente da deliberação e do propósito de pessoas isoladas -, nem ‘irracional’ – se por ‘irracional’ queremos dizer que tenha surgido de maneira incompreensível”. In: ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador: formação do Estado e Civilização**. Volume 2. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1993. p. 193-4.

<sup>108</sup> WATZLAWICK, Paul. Efeito ou Causa. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **A Realidade Inventada**. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1994. p. 67.

<sup>109</sup> Todos na obra: CLAM, Jean; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: 2005.

relação à forma de seu funcionamento autopoietico<sup>110</sup>. Há sempre uma dificuldade inerente a respeito “*del cálculo del futuro*”<sup>111</sup>.

Por outro lado, isso não significa que o direito não possa cumprir alguma finalidade, no sentido de satisfazer alguma intenção política, traduzida em jurídica e como tal reconhecida. Há tal possibilidade, porém está envolta pela contingência, pela possibilidade de ser revista ou de se tornar impossível ao longo do tempo. Está impossibilitado de garantir a “certeza” da produção os resultados necessários/planejados e, que, sobretudo, como no caso do Direito Penal, seja adequadamente reconhecido pelos sistemas psíquicos das pessoas como um incentivo (e adequado)<sup>112</sup>. De fato, os acontecimentos podem ser dar de forma diferente em relação ao “planejamento” político e jurídico. A vantagem, por outro lado, consiste no fato de que, passando a integrar o Sistema Jurídico, a expectativa normatiza-se, ou seja, pode ser exigida contrafaticamente em caso de seu descumprimento (por exemplo, havendo um crime,

<sup>110</sup> “Existe certeza de que haverá um direito (ao menos enquanto a sociedade não estabilize um equivalente funcional), e incerteza a respeito do conteúdo deste”. In: NICOLA, Daniela R. Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, p. 219-242, 1997. p. 238

<sup>111</sup> LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: HERDER, 2005. p. 76, nota de rodapé número 30. Em outra obra, Luhmann trabalha a relação entre o Direito e a Política, concedendo também uma justificação a respeito dessa problemática: “*La promulgación de una ley (es decir: la reacción del sistema jurídico en la dirección deseada por la política), es un símbolo de éxito político: el triunfo del grupo que en ese momento está en el poder. El sistema jurídico opone escasa resistencia ante las nuevas leyes, porque allí no se trata de procesar experiencias propias, o de la transformación del derecho acreditado, sino de un nuevo derecho. El mecanismo de aceleramiento de la legislación (y siempre: si las leyes se utilizarán o no), depende de que no se sabe, y no se puede saber, qué sucederá con la ley en la praxis del derecho. El legislador, a lo más, tendrá sus propias ideas sobre los ‘efectos’ posibles de la ley; pero éstas son ideas, no informaciones. Aquí priva la premisa esencial de todas las aceleraciones: que el futuro no se puede conocer*”. In: Ibidem, p. 494. Mesmo quando há uma pretensão política específica, portanto, ainda assim, no momento em que há uma juridicização, essa passa a considerar a recursividade própria do sistema jurídico, perdendo (ainda que não completamente) a “fundamentação” originária. Sendo jurídico, passa a ser regulado pela autopoiese do Sistema Jurídico e não mais pelo Sistema Político (ou pelo Econômico, etc.). No sentido de desvinculação política, inclusive da interpretação das leis, ver: ibidem, p. 483 e 487.

<sup>112</sup> Nesse sentido, ver: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 2006. Exemplificando: “Em primeiro lugar, é improvável que alguém compreenda o que o outro quer dizer, tendo em conta o isolamento e a individualização da consciência. O sentido só se pode entender em função do contexto, e para cada um o contexto é, basicamente, o que a sua memória lhe faculta. A segunda improbabilidade é a de aceder aos receptores. É improvável que uma comunicação chegue a mais pessoas do que as que se encontram presentes numa situação dada. O problema assenta na extensão espacial e temporal. (...) A terceira improbabilidade é a de obter o resultado desejado. Nem sequer o facto de que uma comunicação tenha sido entendida garante que tenha sido também aceita. Por ‘resultado desejado’ entendo o facto de que o receptor adopte o conteúdo selectivo da comunicação (a informação) como premissa do seu próprio comportamento, incorporando à selecção novas selecções e elevando assim o grau de selectividade. A aceitação como premissa do próprio comportamento pode significar actuar em virtude das directrizes correspondentes, bem como experimentar, pensar e assimilar novos conhecimentos, supondo que uma determinada informação seja correcta. Estas improbabilidades não são somente obstáculos para que uma comunicação chegue o destinatário, actuam ao mesmo tempo como ‘factores de dissuasão’, que induzem a abster-se de uma comunicação que se considera utópica”. In: Ibidem, p. 42-3.

pode-se exigir do Estado a persecução do indivíduo, pelo menos por determinado lapso temporal). Em outras palavras, ainda que muitas pessoas trafiquem, pode-se exigir juridicamente o contrário (independentemente da vontade dos indivíduos)<sup>113</sup>.

Inobstante, todas essas dificuldades, o ser humano possui uma tendência a procurar relações de causa e efeito cotidianamente<sup>114</sup> (e isso é acentuado no âmbito do Direito Penal<sup>115</sup>) porque, ao contrário, se imaginaria um mundo caótico e consideravelmente inseguro.

Essas observações pretendem deixar o leitor atento para o grau de dificuldade enfrentado por qualquer análise que pretenda compreender as relações temporais na sociedade ou, de alguma forma, dirigir seu funcionamento. Inobstante, como se verá adiante, as propostas da Análise Econômica do Direito utilizam algumas simplificações (especialmente a partir de seus pressupostos) na intenção de ultrapassar essas dificuldades (as quais não são plenamente eliminadas – e por nenhum tipo de teoria)<sup>116</sup>.

#### 2.1.4 RECONSTRUINDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PENAL - DESDE GARY BECKER

Gary Becker é o autor que inicia a trajetória de pensamento destinado a aplicar ferramentas da Ciência Econômica no estudo da criminalidade – pelo menos de uma maneira

<sup>113</sup> ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 101. Esse é, para Kelsen, o sentido de “coação”. Ver: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 60 e seguintes.

<sup>114</sup> Nesse sentido, dentre outros, ver: WINKIN, Yves. **La Nueva Comunicación**. Barcelona: Kairós, 1994. WATZLAWICK, Paul (org.). **A Realidade Inventada**. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1994. MATURANA, Humberto. **La realidad: ¿objetiva o construída?** México: Universidad Iberoamericana, 1995. WATZLAWICK, Paul (org.). **O Olhar do Observador**: contribuições para uma teoria do conhecimento construtivista. Campinas: Editorial Psy II, 1995. No mesmo sentido, “Só pode agir o homem que percebe o mundo à luz da causalidade. Nesse sentido é que podemos dizer que a causalidade é um requisito da ação. A categoria *meios e fins* pressupõe a categoria *causa e efeito*.” In: MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: um tratado de economia. Tradução de Donald Stewart Júnior. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 22.

<sup>115</sup> O próprio direito possui uma forte ligação com futuro, no sentido de procurar estabilizar as expectativas, nas palavras de Luhmann. Inclusive, isso significa que o direito é adaptável a mudanças, conforme as inseguranças a respeito do futuro se modificarem: “*La referencia temporal del derecho se encuentra en la función de las normas: en el intento de prepararse, al menos en el nivel de las expectativas, ante un futuro incierto – genuinamente incerto. Por eso con las normas varía la medida en la que la sociedad produce un futuro acompañado de inseguridad.*” In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: HERDER, 2005. p. 187. Ver, também: BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010. p. 239 e seguintes.

<sup>116</sup> Isso, sobretudo, porque desenvolvimentos técnicos e científicos não significam uma redução da complexidade; significam um aumento, porque mais elementos até então não observados acabam sendo descobertos, sugerindo ideais até então impensadas (e novos caminhos a serem pesquisados). Nesse sentido, por exemplo: LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 74.

sistematizada.

Evidentemente, nos mais de quarenta anos passados desde o seu escrito inaugural (1968), muitas teorias desenvolveram suas ideias, inclusive releituras do próprio Becker, aperfeiçoando-as. Nesse contexto, a preocupação deste trabalho se dá no esclarecimento das balizas fundamentais de sua análise, que persistem sendo utilizadas na atualidade<sup>117</sup>, de forma integral ou modificada. Ademais, pretende-se dialogar essa proposta inicial com autores de tradições universitárias distintas, enfatizando-se preponderantemente as aproximações, embora grande parte das diferenças também sejam consideradas.

A preocupação inicial de Becker consistia em estudar a melhor maneira de aplicação dos recursos públicos, especialmente quando a despesa pública está ligada ao aperfeiçoamento daquilo que se pode entender como “segurança pública”. Esse é o principal ponto de encontro entre as ideias da economia e do Direito Criminal para o estudo inaugural do autor. Pretendia responder, naquele momento, o que determinava a quantidade de recursos (e se públicos ou privados) destinados para garantir o cumprimento da lei e, também, o motivo pelo qual havia grandes diferenças na aplicação de distintas legislações penais<sup>118</sup>. Isso significa, ao mesmo tempo, investigar qual o volume de ofensas deveriam ser permitidas e qual o número de criminosos que deveriam ficar impunes<sup>119</sup>.

Essa última observação costuma acarretar estranhamento (e isso é reconhecido por Becker, conforme consta no original), especialmente por parte dos juristas<sup>120</sup>. Para estes, tal afirmação se apresenta de maneira contrafática, porque os crimes devem ser evitados.

Dito de outra forma, apesar de que todos nós gostaríamos que não existissem crimes, devemos reconhecer o fato de que esta é uma meta inatingível - principalmente por

<sup>117</sup> Alguns modelos atuais, cujas modificações sobretudo se dão em razão das modelagens matemáticas, são resumidamente apresentados em: BORILLI, Salette P.; SHIKIDA, Pery F. Assis. Economia e Crime: um estudo exploratório na Penitenciária Industrial de Guarapuava e Cadeia Pública de Foz de Iguçu (PR). **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 328-346, abr.-jun./2003. p. 333. Ver, também: AMARAL, Thiago Bottino do; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. Capítulo 12. p. 308.

<sup>118</sup> Tradução livre de: “*What determines the amount and type of resources and punishments used to enforce a piece of legislation? In particular, why does enforcement differ so greatly among different kinds of legislation?*” In: BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. **The Journal of Political Economy**, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 169

<sup>119</sup> Tradução livre de: “*Put equivalently, although more strangely, how many offenses should be permitted and how many offender should go unpunished?*” In: BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. **The Journal of Political Economy**, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 170.

<sup>120</sup> Cujo pressuposto tende a ser distinto daquele das investigações econômicas: “*Los destinatarios de las normas reaccionan estratégicamente frente a las normas. La obediencia no está garantizada por el mero hecho de la formulación de la ley. Las normas deben incentivar a los individuos a su cumplimiento*”. In: CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad y Eficiencia del Derecho**. Colonia del Carmen: Fontamara, 1997. p. 61-2

causa dos custos envolvidos na prevenção, detecção e punição de atividades criminosas. Assim, em economia, falamos sobre a existência de um nível "ótimo" de crime. O conceito de um nível "ótimo" de crime pode parecer ser moralmente repugnante para as pessoas que acreditam que o governo deve tentar erradicar todos os males sociais. Em particular, pode ser difícil aceitar o fato de que sempre haverá algum crime e que os formuladores de políticas públicas "permitam" que algum crime exista. No entanto, cidadãos e políticos da mesma maneira tomam decisões difíceis todos os dias [a respeito da mesma circunstância de quanto investir para evitar que um crime ocorra, consigo ou na sociedade].<sup>121</sup>

Entretanto, Becker (Cohen e muitos outros) é um economista. E, como tal, trabalha com o viés da escassez de recursos<sup>122</sup>: não há recursos disponíveis para evitar toda e qualquer ocorrência criminosa (ou pernicioso para a sociedade). E, ainda que houvesse, seguramente o seu custo não valeria o benefício. Por exemplo, colocar um policial em todos os lugares, assim como suprir todos os requisitos possíveis para que os crimes não mais ocorram, geraria um custo que não poderia ser pago (ou a sociedade não estaria disposta a pagar). Por isso, presume-se que, na realidade, a sociedade deixa sem punição alguns fatos perniciosos e, por via de consequência, deixa impune seus agentes (ou deixa de perseguir alguns agentes ligados a certos crimes, para utilizar as forças públicas contra atos considerados como mais graves). Becker adverte textualmente que o uso da palavra "crime" não significa unicamente tipos penais que estabelecem crimes, porque pretende ser tão genérica a ponto de abarcar todo o tipo de violação legal penal (isso, porque nos Estados Unidos há classes diferentes de violações penais<sup>123</sup>). Além dessa observação, há um problema de nomenclatura, que fortalece a possibilidade de perplexidades. Becker menciona o termo "crime" ou "ofensa", embora quando se afirme que algumas ofensas devem ser permitidas ou agentes impunes não

---

<sup>121</sup> Tradução de: "Put differently, although we would all like there to be zero crime, we must recognize the fact that this is an unattainable goal - primarily because of the costs involved in preventing, detecting, and punishing criminal activity. Thus, in economics, we talk about there being an 'optimal' level of crime. The concept of an 'optimal' level of crime may appear to be morally repugnant to people who believe the government should attempt to eradicate all social evils. In particular, it might be difficult to accept the fact that there will always be some crime and that public policymakers will in effect 'permit' some crime to exist. Yet both private citizens and policymakers make such difficult decisions every day." In: COHEN, Mark A. *The Costs of Crime and Justice*. New York: Routledge, 2005. p. 19.

<sup>122</sup> "Economia envolve a alocação de recursos escassos na sociedade. Decisões políticas de justiça criminal sempre envolvem escolhas entre duas ou mais alternativas, cada uma com seus próprios custos e benefícios. A enumeração desses custos e benefícios coloca as várias alternativas em condições de igualdade e pode ajudar os tomadores de decisões a decidir de maneira mais informada, no intuito de melhorar o bem-estar social." No original: "Economics involves the allocation of scarce resources in society. Criminal justice policy decisions always involve choices between two or more alternatives, each having their own costs and benefits. The enumeration of those costs and benefits puts the various alternatives on a level playing field and can help policymakers make more informed decisions that enhance society's well-being". In: COHEN, Mark A. *The Costs of Crime and Justice*. New York: Routledge, 2005. p. 03.

<sup>123</sup> No Brasil, pode-se pensar em crime propriamente dito, infração de menor potencial ofensivo e contravenção penal, por exemplo.

necessariamente está tratando de fatos tipificados na lei penal. Isso significa que se refere também à escolha de tipificar ou não e, após essa, de perseguir eventuais agentes. Embora isso não conste explicitamente do texto, tal conclusão é factível quando se percebe que a muito daquilo que se considera como “custos sociais dos crimes”, engloba valores despendidos para evitar que as pessoas cometam atos tipificados pela lei (como a proteção privada, construção de muros, cercas, blindagem, etc.).

O pano de fundo de Becker consistia em pensar a ação criminosa dentro de um contexto social e econômico: uma pessoa, que tal qual um agente econômico, intenta algum tipo de lucratividade (em um sentido amplo, como dinheiro, bens e utilidades). De uma maneira mais precisa, considera que os indivíduos decidem ou não cometer alguma infração a partir da comparação dos custos e benefícios esperados da possível ação. Logo, quando os benefícios imaginados são superiores aos custos esperados, o indivíduo tende a cometer o delito. Ao contrário, quando os custos esperados ficam abaixo dos possíveis benefícios, o agente tende a não cometer o delito<sup>124</sup>. Assim, “a pessoa irá cometer um ato se, e somente se, a sanção esperada for menor que os benefícios esperados”<sup>125</sup>.

Eu não posso fazer uma pausa para discutir as muitas implicações gerais desta abordagem, exceto a observação de que o comportamento criminoso torna-se parte de uma teoria muito mais geral e que não requer conceitos *ad hoc* de associação diferencial, anomia e similares, e nem assume o conhecimento perfeito, capacidade de cálculo na velocidade da luz, ou qualquer uma das outras caricaturas da teoria econômica.<sup>126</sup>

Intentava realizar um avanço social para encontrar-se uma maneira mais efetiva de enfrentar a violência, sempre considerando o problema dos custos da imposição de qualquer nível imaginável de segurança. No mínimo, e pode-se pensar assim na atualidade, seria mais um elemento científico de apoio; uma nova maneira de compreender alguns pontos ainda obscuros em relação ao agir criminoso. Afinal, utilizando-se de um instrumental diferente,

---

<sup>124</sup> LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. IX.

<sup>125</sup> No original: “A party will commit an act if, and only if, the expected sanction would be less than the expected private benefits.” In: SHAVELL, Steven. *Criminal Law And The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*. In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. Capítulo 6, p. 180.

<sup>126</sup> Tradução livre de: “I cannot pause to discuss the many general implications of this approach, except to remark that criminal behavior becomes part of a much more general theory and does not require *ad hoc* concepts of differential association, anomie, and the like, nor does it assume perfect knowledge, lightning-fast calculation, or any of other caricatures of economic theory.” In: BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 176.

poderia a sociedade encontrar respostas também diferentes ao problema da criminalidade (e da violência).

Em uma fórmula geral, buscar-se-ia reduzir os “custos” sociais decorrentes do crime com o menor “custo” possível. Custos devem ser entendidos não unicamente em seu sentido econômico, mas como algo que a sociedade perde, deixa de ganhar, ainda que exclusivamente em relação ao bem-estar (utilidade, etc.)<sup>127</sup>. Daí, a importância inicial da noção de eficiência, que abordaremos mais tarde.

Inobstante, isso não significa tratar-se de uma redução de custos administrativos simplesmente (raciocínio válido unicamente para os custos gerados como consequências dos crimes, os quais pretende-se sempre reduzir): trata-se de uma adequação dos custos em relação aos benefícios que se procura alcançar. Isso significaria, por exemplo, que a piora da condição dos presídios (ou seu abandono) não é algo que estaria de acordo com essa perspectiva de análise, exatamente porque seria um custo desperdiçado: é melhor um presídio custoso, mas que cumpra com seus objetivos (considerando o paradigma brasileiro de ressocialização, por exemplo) a um presídio menos custoso que não cumpra qualquer função, porque há notório desperdício de verbas públicas<sup>128</sup>.

Consequentemente, não significa, obviamente, que o mais adequado seja não investir em presídios. Ao contrário, por hipótese, sendo a ressocialização um dos objetivos dos presídios, eles devem ser administrados da maneira mais eficiente possível para atingir esses objetivos (que já estão dados na legislação, neste caso)<sup>129</sup>. A Economia pressupõe que os

---

<sup>127</sup> Interessante estudo a respeito dos custos envolvidos nos crimes é encontrado em: COHEN, Mark A. *The Costs of Crime and Justice*. New York: Routledge, 2005. Nas páginas 10 e 11, encontra-se uma tabela que contempla os custos (diretos e indiretos; privados e públicos) normalmente considerados. Esses se incluem basicamente nestas categorias: custos governamentais para prevenção de crimes, custos para as vítimas (de tempo, monetário, de oportunidades, diretos e indiretos), custos para a comunidade (semelhantes aos das vítimas, porém com circunstâncias especiais, como de amparo, transporte, etc.), sentimento de medo (que gera gastos com precaução individual e comportamento diferenciado para evitar os crimes), custos do Sistema Criminal (gastos em perseguir, processar e punir os acusados – diretos e indiretos). De qualquer modo, todos esses custos tendem a influenciar a quantidade total de crimes. Ver: *Ibidem*, p. 22-40. Sobre os custos normalmente computados no Brasil, ver: CERQUEIRA, Daniel R. C.; CARVALHO, Alexandre X. Y.; LOBÃO, Waldir J. A.; RODRIGUES, Rute I. **Análise dos Custos e Consequências da Violência**. Texto para discussão n. 1.284. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2007. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/082/08201\\_008.jsp?ttCD\\_CHAVE=2817](http://www.ipea.gov.br/082/08201_008.jsp?ttCD_CHAVE=2817)>. Acesso em: 19 jan. de 2013. Ver, também: CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58-76.

<sup>128</sup> Algumas medidas podem resultar reduções de custos administrativos. Por exemplo, a construção de um presídio de segurança máxima pode reduzir a necessidade de pessoal em termos de vigilância, havendo uma compensação ou, efetivamente, redução de custos totais.

<sup>129</sup> “Dito em outras palavras, os programas sociais, para serem socialmente aceitos e aceitáveis, não basta que persigam objetivos positivos, é necessário que os atinjam com eficácia e eficiência, para que os recursos existentes tenham o máximo de rendimento em termos de resultados e impacto. (...) podemos distinguir dois

objetivos sociais podem ser alcançados de diferentes maneiras (parte-se, portanto, do fim que necessariamente deve ser alcançado, porque isso já está decidido socialmente), e pretende, desse modo, auxiliar na atuação estatal, demonstrando qual dos caminhos possíveis tende a ser mais eficiente<sup>130</sup>. Todavia, na perspectiva teórica, não há obrigatoriedade de ser adotada sequer a solução mais eficiente economicamente, porque outros critérios podem interferir nesse cômputo. Seguindo o mesmo exemplo, construir um presídio em São Paulo pode ser a alternativa mais eficiente economicamente, porém pode não ser a melhor politicamente (porque, se o critério da distância de São Paulo for relevante, é possível que seja socialmente melhor construir um presídio mais dispendioso no Acre - inclusive, considerando-se o preço do transporte de presos).

Por outro lado, havendo a necessidade legal de o preso não restar longe de sua comunidade (para facilitar a ressocialização), juridicamente nenhuma das opções pode ser a melhor. Todo o ponto de questionamento está, portanto, no grau de prevalência dos critérios envolvidos (e, o que o trabalho sustenta, é que o jurídico tende a prevalecer)<sup>131</sup>.

---

grandes tipos de avaliação: a que relaciona processos (serviços prestados) com recursos mobilizados, e a que relaciona efeitos, resultados ou consequências, com recursos investidos ou serviços produzidos”. In: AGUILAR, María José; ANDER-EGG, Ezequiel. **Avaliação de Serviços e Programas Sociais**. Tradução de Jaime A. Clasen e Lúcia Mathilde E. Orth. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 170. Em outra fonte: “*El concepto de eficiencia - tal y como lo entiende la teoría económica - puede prestar especial auxilio a una concepción de la tarea de la ciencia de la legislación hasta ahora excesivamente intuicionista y subjetiva. Una buena ley no es aquélla que señala unos objetivos justos sino aquélla que además los consigue. La tarea de dirección social no se puede reducir a declaración de buenas intenciones. La primera condición que debe tener presente un buen legislador es que incentive a los ciudadanos a su cumplimiento y que en la realidad social se cumpla. La tradición normativista no ha considerado la eficiencia como uno de los valores fundamentales a tener en cuenta a la hora de diseñar las instituciones. La conducta social, la reacción de los ciudadanos pueden invalidar las buenas intenciones del legislador. Lo importante de una ley no es sólo lo que pretende sino lo que consigue*”. In: CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho*. **Doxa**, n. 04, p. 267-287, 1987. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4\\_17.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2013. p. 284.

<sup>130</sup> Nesse sentido: In: COOTER, Robert D. *The Confluence of Justice and Efficiency in the Economic Analysis of Law*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). **The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 224.

<sup>131</sup> Complexificando-se mais: pode-se considerar, não apenas questões administrativas de localização do presídio, mas também considerações a respeito de outras medidas alternativas que podem concorrer ou substituir o encarceramento. Por exemplo, para os crimes não violentos, Sieberg sugere a utilização de medidas alternativas à prisão, que, além de normalmente serem menos onerosas, podem ser mais aptas na ressocialização dos condenados. Além disso, esse tipo de medida pode auxiliar a reduzir os custos dos crimes, a partir de políticas de reparação dos danos, assim como facilitar a mudança de ponto de vista do condenado a respeito dos benefícios de uma vida honesta (como receber uma renda pelo trabalho, etc.). Esse tipo de medida, modifica a dinâmica de “custos” percebida pelo agente criminoso e, além disso, quebra a lógica da intuição padrão de que maior punição gera menos crimes. Em um sentido mais amplo, a percepção do criminoso de que a punição é menos grave em crimes que não fazem uso de violência, por si só, já os incentivaria a não cometer crimes violentos. Sobre isso, ver: SIEBERG, Katri K. *Criminal Dilemmas: understanding and preventing crime*. *Studies in Economic Theory*, n. 12. Berlin: Springer-Verlag, 2005. p. 8-14. O autor, também, após estudar os efeitos da privatização dos presídios nos Estados Unidos da América, a afasta como uma alternativa viável. In:

Importante ressaltar que os estudos posteriores de Becker procuram ampliar o alcance da teoria econômica para a sociologia, para a criminologia, dentre outras ciências preocupadas, de uma maneira ampla, com o comportamento humano. Becker ultrapassou os limites da Ciência Econômica e do Direito, e seus trabalhos se constituem em aplicações daquele referencial em matérias que tradicionalmente não são econômicas, como o casamento, a família, trabalho, dentre outros. Essa visão interdisciplinar lhe rendeu um Prêmio Nobel em 1992.

De fato, toda essa expansão da aplicação de ferramentas econômicas se deu, porque, segundo Becker, o comportamento humano segue um padrão, no sentido de que o indivíduo sempre (e pode-se também pensar em grupos, como famílias, empresas, Estados, etc.) buscará a maximização de seus objetivos (e resultados), como alcançar mais utilidade ou mais riqueza, por exemplo<sup>132</sup>. Nesse sentido, há um padrão racional de comportamento capaz de permitir a análise de uma gama muito mais ampla de circunstâncias da vida humana, não propriamente ligadas ao consumo. Essa mesma constante adotada pela Ciência Econômica, permitiu a extrapolação das fronteiras da economia, procurando-se suprimir o espaço vazio existente nas demais disciplinas: de como as pessoas se comportam diante de incentivos. E, no caso do Sistema Jurídico, procurou-se solucionar o problema a respeito da “a inexistência de uma

---

Ibidem, p. 47. Isso contraria, por exemplo, pesquisas realizadas no Brasil, que ressaltam as vantagens da privatização. Ver, por exemplo: “(...) além de apresentarem menores custos, as prisões terceirizadas são mais seguras que as prisões operadas na modalidade tradicional. As prisões terceirizadas na nossa amostra apresentam relativamente menor incidência de fugas e mortos, além de proverem mais consultas médicas. As razões para os resultados distintos estão relacionadas aos incentivos a que as operadoras privadas estão submetidas e às suas habilidades para contornar as restrições institucionais, notadamente ligadas ao número de controles administrativos para contratação de pessoal, execução de mecanismos de recompensas e punições e aos procedimentos de compras. A delegação de atividades a operadores privados, ao mesmo tempo em que permite maior agilidade nas operações, ao que parece permite aos gestores públicos nas unidades terceirizadas um papel de supervisão das atividades, garantindo maior focalização em tarefas de maior valor agregado, tais como atividades de coordenação com o judiciário e com serviços de inteligência”. In: CABRAL, Sandro; LAZZARINI, Sérgio G. Impactos da Participação Privada no Sistema Prisional: evidências a partir da Terceirização de Prisões no Paraná. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 14, n. 3, art. 1, p. 395-413, mai.-jun./2010. p. 410. A problemática que surge, e aparenta ser o pano de fundo da pesquisa de Sieberg, é se um presídio estatal brasileiro não superlotado (exatamente como tendem a ser os presídios privatizados) também não alcançaria o mesmo nível de desempenho que um privatizado. Essa é a comparação que realmente importa politicamente.

<sup>132</sup> “Os economistas geralmente supõe que cada agente econômico maximize algo: os consumidores maximizam a utilidade (isto é, a felicidade ou satisfação), as empresas maximizam os lucros, os políticos maximizam votos, as burocracias maximizam as receitas, as organizações beneficentes maximizam o bem-estar social, e assim por diante. Os economistas dizem, muitas vezes, que os modelos que supõem o comportamento maximizador funcionam porque a maioria das pessoas são racionais, e a racionalidade exige a maximização”. In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 36.

teoria científica para prever como as pessoas respondem às leis”<sup>133</sup>.

O autor reconhece que, embora exista uma margem de pessoas doentes e que, também, em razão de outras circunstâncias não podem ser identificadas em uma ideia de comportamento racional, ainda assim é possível analisar-se a conduta dos indivíduos (e do criminoso) sob a perspectiva econômica: como existem determinados padrões (especialmente o agir racional maximizador dos objetivos), é possível alcançar-se informações com certo grau de confiabilidade, assim como passa a ser viável estipular-se quantitativamente os desvios possivelmente apresentados em relação àqueles que não podem facilmente ser considerados dentro desse contexto de racionalidade. Essa noção de racionalidade não significa que os indivíduos sempre calculem friamente suas ações, até porque seu comportamento é influenciado por diversos fatores, como idade, inteligência, gostos pessoais, necessidades, oportunidades, grau de informação, etc.

Resumidamente, as premissas básicas das análises de Becker (e da escola de Chicago como um todo) são

(a) que os indivíduos são maximizadores racionais de satisfação, tanto em um âmbito de mercado, quanto em um âmbito externo ao mercado;

(b) indivíduos respondem a incentivos de preços em situação fora de mercado da mesma forma que em situações de mercado; e,

(c) normas jurídicas e resultados jurídicos podem ser avaliados no sentido de suas propriedades de eficiência.

Ademais, no âmbito dessa última premissa se encontraria a orientação de que os juristas deveriam promover eficiência e de que, na formulação de políticas públicas, deve-se confiar no poder dos mercados<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> No original: “*The niche in the intellectual ecology is the absence of a scientific theory to predict how people respond to laws*”. In: COOTER, Robert D. *The Confluence of Justice and Efficiency in the Economic Analysis of Law*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. Capítulo 8, p. 222. E isso também fora considerado por Niklas Luhmann: “*El derecho sólo es racional en la medida en la que se encuentra conformado de tal manera, que para el individuo resulte racional ajustarse a él*”. In: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: HERDER, 2005. p. 588

<sup>134</sup> MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 102.

## 2.2 O MODELO DE MERCADO

*Com esta história - embora completamente falsa -, espero convencer os leitores do valor da análise matemática. Peekaboo é um dos meus cães. Ela seria uma simples máquina?*

*Se ela for, é extremamente difícil de descobrir como ela funciona! Muitas vezes me pergunto: 'Como essa máquina formidável funciona?'. Máquinas inorgânicas, como automóveis e, para que o nos interessa, mesmo os mais avançados equipamentos eletrônicos que são muitas vezes bastante complicados, descobrir o seu modo de funcionamento é brincadeira de criança comparado com Peekaboo!*

*Como funciona a Peekaboo, afinal? Este problema atormentou-me por um longo tempo, até que eu finalmente encontrei a resposta! E aqui é onde a Ciência e Matemática ingressam. Sem estas duas disciplinas, eu teria ficado no escuro para sempre. Mas agora eu sei! Foi desta forma que tudo aconteceu.*

*Eu percebi que uma teorização meramente filosófica, feita numa poltrona, não iria resolver o problema; eram necessários experimentos. (...) Vários meses (...) Finalmente eu tinha dados suficientes para resolver integralmente o problema, desde que eu pudesse interpretá-los corretamente! (...) Se eu tivesse vivido há vinte anos atrás, a solução teria sido impossível de se obter. Mas agora temos computadores de alta velocidade! Então eu aluguei o computador mais rápido do mundo (...) e esperamos (...) Levou vários meses, mas finalmente chegou o dia em que as equações foram resolvidas! Agora eu tenho a chave de tudo, e o comportamento de Peekaboo não é mais um mistério para mim. Agora eu sei exatamente como ela funciona. (...) Dado qualquer estímulo, eu sei exatamente a resposta dela. (...) Qual é a lei de funcionamento? Vou lhes contar. Toda vez que eu dava a ela um comando, ela sempre respondia exatamente da mesma maneira, só que eu não tinha o conhecimento suficiente para reconhecer qual era o caminho. Sem a ajuda da Matemática, eu continuaria olhando para as diferenças entre as respostas e permaneceria totalmente cego para as semelhanças. Mas agora eu sei! Sempre que dou a ela um comando, há apenas uma coisa que ela faz, e toda vez ocorre a mesma coisa! Ou ela obedece, ou não obedece.”<sup>135</sup>*

O “Modelo de Mercado” é o modelo-padrão concebido por Becker e cujas premissas são especialmente trabalhadas pela Análise Econômica do Direito Criminal.

<sup>135</sup> Tradução livre de: “*This story - though completely untrue - will, I hope, convince me readers of the value of mathematical analysis. Peekaboo is one of my dogs. Is she a mere machine? If she is, it is extremely difficult to find out how she works! I have often wondered, 'Just how does this remarkable machine work?'. Inorganic machines like automobiles or, for that matter, even the most advanced electronic equipment are often quite complicated, but to discover their modus operandi is child's play compared with Peekaboo! How does Peekaboo work, anyhow? This problem vexes me for a long time, until I finally found the answer! And here is where Science and Mathematics come in. Without these two disciplines, I would have remained in the dark forever. But now I know! It happened this way. I realized that no mere armchair philosophical theorizing would solve the problem; what was needed were experiments. (...) several months (...) Finally I had sufficient data to solve the problem completely, if only I could interpret them correctly! (...) If I had lived twenty years ago, the solution would have been impossible to obtain. But now we have high-speed computers! So I rented the faster computer in the world (...) and waited (...) It took several months, but at last the day arrived when the equations were solved! Now I have the whole key, and Peekaboo's behavior is no longer a mystery to me. I know now exactly how she works. (...) Given any stimulus whatsoever, I know exactly her response. (...) What is the law? I will tell you. Every Time I have ever given her a command, she has always responded in exactly the same way, only I was not bright enough to recognize what the way is. Unaided by mathematics, I kept looking at the differences of the responses and was totally blind to the similarities. But now I know! Whenever give her a command, there is only one thing she ever does, and every time it is the same thing! Either she obeys it or she doesn't.*” In: SMULLYAN, Raymond. **This Book Needs No Title: a budget of living paradoxes**. New York: Simon & Schuster, [1986?]. p. 09-10.

O modelo realiza uma extensão do raciocínio normalmente empregado pelos economistas quando vislumbram um mercado competitivo. Trata-se de conceber que as pessoas realizam escolhas que imaginam poder maximizar seus interesses (em um sentido amplo). Assim, como qualquer outro agente econômico pensado pela microeconomia<sup>136</sup>, o criminoso atua de forma a racionalmente maximizar seus interesses. E, com fundamento nessa maneira de pensar, o Sistema Jurídico (auxiliado pela Ciência Econômica) poderia manipular os custos sociais das ações criminosas (ou simplesmente das indesejáveis socialmente) mediante modificações na legislação ou nas formas pelas quais é interpretada e aplicada.

Subjacentemente, portanto, está a teoria do agente racional (contemporaneamente pensada de forma limitada), cujo foco está direcionado à concepção do agir (indivíduos, família, organização, Estados): significando que todo e qualquer agente que atua de maneira racional sempre procuraria satisfazer seus interesses; sempre atua como se fosse racional<sup>137</sup>. As pessoas agiriam buscando satisfazer seus interesses (infinitos) da melhor forma

---

<sup>136</sup> “A microeconomia trata dos comportamentos das unidades econômicas individuais. Tais unidades abrangem consumidores, trabalhadores, investidores, proprietários de terra, empresas – na realidade, quaisquer indivíduos ou entidades que tenham participação no funcionamento de nossa economia. A microeconomia explica como e por que essas unidades tomam decisões econômicas. Por exemplo, ela esclarece como os consumidores tomam decisões de compra e de que forma suas escolhas são influenciadas pelas variações de preços e rendas; explica também de que maneira as empresas determinam o número de trabalhadores que contratarão e como os trabalhadores decidem onde e quanto trabalhar. Outra importante preocupação da microeconomia é saber como as unidades econômicas (as empresas) interagem para formar unidades maiores – mercados e indústrias. (...) Por meio do estudo do comportamento e da interação entre cada empresa e os consumidores, a microeconomia revela como os setores e os mercados operam e se desenvolvem, por que são diferentes entre si e como são influenciados por políticas governamentais e condições econômicas globais”. In: RUBINFELD, Daniel L.; PINDYCK, Robert S. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010. p. 03.

<sup>137</sup> Por isso, não há necessidade efetiva de racionalidade e nem mesmo que todas as pessoas se enquadrem nessa categoria, desde que exista empiricamente uma tendência capaz de ser comprovada de que as pessoas racionalmente tendem a responder de determinada maneira frente a algum determinado incentivo. Nesse sentido: RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007. p. 214-5. Em outra passagem, “O que verdadeiramente interessa à Economia é perceber quais os incentivos a que as pessoas reagem e como é que lhes reagem: o facto de esses incentivos serem, ou não, monetários é irrelevante”. In: *Ibidem*, p. 37. Por outro lado, esse modelo do “como se” não é isento de críticas, porque considera uma racionalidade subjetiva, que pode ser influenciada por fatores pessoais não controláveis. Por isso, alguns autores sugerem a adoção de um conceito de racionalidade unicamente objetiva (no sentido daquela racionalidade que pode ser aferida empiricamente como existente em grande parte das pessoas, que tendem a se comportar de uma determinada forma). Por exemplo: O’NEIL, Michael E. *The Biology of Irrationality: Crime and the Contingency of Deterrence*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). **The Law and Economics of Irrational Behavior**. Stanford: Stanford University, 2005. Capítulo 12, especialmente na página 290 e 297. Nas palavras do autor: “One could argue, however, that this person was acting in accordance with her own private, or subjective rationality. For some reason, perhaps this particular individual places a high value on cutting or biting her own flesh. She therefore chooses to mutilate herself. To the extent this is willed behavior, then it is privately rational behavior. In my view, however, to accept this vision of subjective rationality is to render the concept of

possível (a partir da disputa por bens finitos), mediante a administração de seus recursos escassos.

Como consequência, segundo esse modelo,

A abordagem adotada aqui segue a análise usual dos economistas a respeito das escolhas e assume que uma pessoa comete um crime se a utilidade esperada para ele ultrapassa a utilidade que ele poderia alcançar usando o seu tempo e outros recursos em outras atividades. Algumas pessoas se tornam "criminosos", portanto, não porque a sua motivação básica é diferente em relação as de outras pessoas, mas porque os seus benefícios e custos diferem.<sup>138</sup>

Dizendo de outra maneira, nas palavras de Cooter e Ulen,

Para economistas, sanções são como preços, e presumivelmente, as pessoas respondem a elas de forma muito semelhante a como responderiam aos preços. As pessoas respondem aos preços altos com um consumo menor dos bens que estão mais caros, então, presumivelmente, as pessoas respondem às sanções mais pesadas fazendo menos a atividade que é sancionada.<sup>139</sup>

Uma característica muito relevante dessa postura consiste no fato de o agente criminoso ser essencialmente igual ao resto dos seres humanos e, especificamente, da população na qual está inserido. A diferença entre uma pessoa que comete um ato criminoso em relação aos demais se limita unicamente na observação dos “custos de oportunidade e restrições, de modo que se envolvem em atividades ‘ilegais’ porque estas são as atividades que maximizam seu benefício líquido”<sup>140</sup>. Evidentemente, hoje essa percepção pode ser considerada equivocada (ao menos parcialmente), porque, embora a ideia de empresário-criminoso seja útil, sabe-se que muitas pessoas procuram a criminalidade como meio de sustento devido às condições sociais e oportunidades vividas. Assim, embora a teoria de

---

*rationality devoid of any operational meaning. If an actor makes a decision that does not maximize net expected benefits to him, then he violates the behavioral predictions of the expected utility version of rational choice theory. One of the troubles of the microeconomic model is that ends are seldom taken into account. It is difficult to know, ex ante, which choices are optimal for a particular decision maker without knowing the profile of his utility function. Because individual utility functions are difficult to elicit, the behavioral predictions of expected utility theory often are not directly verifiable or falsifiable”.* In: Ibidem, p. 297.

<sup>138</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr. 1968. p. 176.

<sup>139</sup> No original: “*To economists, sanctions look like prices, and presumably, people respond to these sanctions much as they respond to prices. People respond to higher prices by consuming less of the more expensive good, so presumably people respond to heavier legal sanctions by doing less of sanctioned activity.*” In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. [S.l.]: Person Addison Wesley, 2003. p. 03.

<sup>140</sup> Tradução livre de: “*From this perspective, those who break the law are not essentially different from the rest of the population; they simply have different preferences, opportunity costs, and constraints and engage in ‘illegal’ activities because these are the activities that maximize their net benefit.*” In: MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 103.

Becker também consiga explicar esse tipo de comportamento (e essa é sua efetiva preocupação), desconsidera os motivos ou as limitações iniciais a respeito das escolhas existentes: por exemplo, das pessoas excluídas da sociedade ou que eventualmente não teriam aptidões para concorrer no mercado de trabalho legalizado. Nas palavras de Garland, por exemplo, “surpreendente, nessas criminologias, é que elas brotam todas da premissa de que o crime é um aspecto moral, trivial, da sociedade moderna. (...) O crime não é mais o signo de que algo deu errado, de que o indivíduo é sub-socializado ou está perturbado, ou ainda tem um desvio de caráter: o crime é doravante o que ocorre no curso normal das coisas”<sup>141</sup>.

E é com fundamento nessas premissas trabalhadas pela Economia que a doutrina aponta como um suporte ao Direito; informações capazes de possibilitar antevisões a respeito dos efeitos de arranjos legislativos (e políticas judiciais) sobre o comportamento humano, especialmente em razão da precisão dos resultados das pesquisas empíricas sobre o comportamento: aproveitar-se-ia na prática jurídica, os testes e a maior certeza das teorias matemáticas (e da estatística) na aferição do comportamento criminal existente na sociedade<sup>142</sup>. Nesse sentido, grande parte dos autores da Análise Econômica do Direito Penal, da mesma forma que Becker, vislumbram na Economia a capacidade preditiva do comportamento, no sentido de conhecer-se de antemão como as pessoas irão agir em contraposição (reação) a determinadas mudanças legais. No mesmo sentido de um mercado, as pessoas considerariam os arranjos legais e as interpretações judiciais como incentivos (“preços”). O agente criminoso pode ser pensado como uma espécie de empresário; alguém que exerce uma atividade em razão dos potenciais benefícios a serem recebidos, e reagente às circunstâncias fáticas e jurídicas ligadas à atividade exercida<sup>143</sup>. De qualquer maneira, “Entretanto, enfatizamos que o papel das oportunidades disponíveis na competição entre as atividades legítimas e ilegítimas determina a extensão da participação de um agente nessas

---

<sup>141</sup> GARLAND, David. As contradições da “Sociedade Punitiva”: o caso Britânico. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, n. 13, p. 59-80, nov./1999. p. 66. Mais adiante, afirma: “As novas criminologias da vida cotidiana também captam o criminoso de uma nova forma. O não-adaptado sub-socializado, vítima de carências afetivas e sociais, ou o indivíduo perigoso e deficiente, dão lugar a um consumidor hedonista racional, isto é, perfeitamente comum, um ‘homem situacional’ inteiramente desprovido de parâmetros morais ou de controle interno, afora uma capacidade limitada para o cálculo racional e a procura do prazer. Trata-se simplesmente de uma versão depurada do indivíduo moderno, cuja ‘identidade’ depende de uma escolha de consumo e de imagens de si antes que da formação moral, de escolha de valores ou de autocontrole.”. In: *Ibidem*, p. 67.

<sup>142</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. [S.l.]: Person Addison Wesley, 2003. p. 03.

<sup>143</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 170.

últimas e, indiretamente, também determina a extensão de sua resposta aos incentivos”<sup>144</sup>. Daí porque é possível pensar-se, uma vez que há uma comparação individual entre as atividades legais e ilegais, em alternativas legais que tornem a atuação de acordo com a lei mais vantajosa aos olhos dos agentes<sup>145</sup>.

O criminoso é alguém que realiza uma determinada atividade apenas enquanto reconhece a possibilidade de receber lucros a partir de suas ações. Assim, o “empresário” utiliza os meios disponíveis segundo as oportunidades que percebe como disponíveis, computando-os em relação aos riscos (que podem ser pensados como “custos” do empreendimento). A atuação daquele considerará aquilo que possivelmente obterá da ação (como dinheiro ou satisfação), a utilidade do ato dentro de um determinado contexto de perseguição e de punibilidade (probabilidade) e do quanto eventual punição irá representar como custo (quantidade da punição em si)<sup>146</sup>.

Dito de outra forma: uma atividade para ser extinta precisa passar por um processo de seus ganhos se tornarem decrescentes e seus custos, crescentes. A atividade vai ser, então, gradativamente abandonada, até por motivos de racionalidade pessoal, pois ninguém trabalha no prejuízo a longo prazo. O maior custo dos criminosos, no curto prazo, é ser pego pela Polícia, e em seguida, ser condenado pela Justiça a cumprir uma pena significativa. Se esta probabilidade for suficientemente alta, os agentes das atividades ilegais vão voltar a avaliar positivamente o seu envolvimento com as atividades legais, mesmo as que momentaneamente não remunerem de forma ideal, mas que ao longo do tempo podem trazer um benefício líquido maior, e até uma qualidade de vida bem mais interessante, tanto para eles próprios, como para a sociedade.<sup>147</sup>

<sup>144</sup> Tradução livre de: “we do emphasize, however, the role of opportunities available in competing legitimate and illegitimate activities in determining the extent of an offender’s participation in the latter and thus, indirectly, also in determining the extent of his response to incentives”. In: EHRLICH, Isaac. *Participation in illegitimate Activities: an economic analysis*. In: BECKER, Gary; LANDES, Willian. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. New York: UMI, 1974. p. 68-134. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3627.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2012. p. 111.

<sup>145</sup> Textualmente: “(...) na base da teoria econômica há dois mecanismos possíveis para reduzir a prática de delitos: atribuir custos adicionais sobre sua prática ou atribuir vantagens adicionais à realização opcional de atividades lícitas (desestimulando a prática do delito) – reduzindo, por exemplo, as taxas de desemprego.” In: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. Barueri: Manole, 2004. p. 19.

<sup>146</sup> Inclusive se costuma dizer que, a exemplo de Jennings Jr., o funcionamento do crime de maneira organizada acarreta maiores ganhos, especialmente em razão da noção de economia em escala (possui um “menor custo de produção”), como se um efetivo empreendimento industrial fosse. In: JENNINGS JR., William P. *A Note on the Economics of Organized Crime*. *Eastern Economic Journal*, v. X, n. 3, p. 315-321, jul.-set./1984. p. 316. Para outras informações a respeito das características econômicas do crime organizado, ver: BORRILI, Salete Polônia; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Breves Notas sobre a Criminalidade**: custo, papel das organizações e a questão feminina. Artigo cedido por e-mail pelo autor, mas encontra-se disponível em: <[www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/dirp162/borilli-shikida-2008.pdf](http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/dirp162/borilli-shikida-2008.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2011.

<sup>147</sup> BRENNER, Geraldo. A Teoria Econômica do Crime. *Revista Leader*, Porto Alegre, n. 35, fev./2003. Disponível em: <[http://www.revistaleader.com.br/leader/edicao\\_35/artigo\\_02.asp](http://www.revistaleader.com.br/leader/edicao_35/artigo_02.asp)>. Acesso em: 16 jul. 2011.

Nesse contexto, a sociedade poderia intervir nessa “economia do crime” de maneira a causar intencionalmente modificações no agir do criminoso, da mesma forma como realiza intervenções para estimular ou desestimular determinadas ações econômicas (como elevar ou reduzir impostos, por exemplo).

Migrando-se o raciocínio, quanto menores as chances de ser descoberto e punido, da mesma maneira que, quanto menor a extensão da punição, maior a probabilidade de o crime ser praticado<sup>148</sup>. Sob a ótica econômica, se o preço a ser pago pelo crime for baixo, se torna um estímulo para o “consumo”. Logo, ao se buscar descobrir os crimes e prender os agentes (certeza da punição<sup>149</sup>), inclusive com maior reprimenda (reprimenda desestimulante), menores seriam os estímulos para a atuação criminosa, porque o preço seria considerado alto (e os agentes buscariam outra forma de atuação, ou crimes menos ofensivos<sup>150</sup>).

Becker considera as preferências pessoais como constantes (a partir de uma média), situação que permite ao modelo prever como modificações em relação à probabilidade e à severidade das punições e outros fatores socioeconômicos podem afetar o volume de crimes cometidos<sup>151</sup>. Em outras palavras, sendo considerada constante a maneira de agir dos indivíduos (o autor reconhece que nem sempre é assim de fato -, porém argumenta que a média é suficiente para atingir-se os objetivos do cálculo), passa a ser possível estabelecer-se – ainda que com certo grau de insegurança – como os agentes reconhecerão determinadas

---

<sup>148</sup> “Note-se que estes dois instrumentos, a probabilidade de penalização e a pena, são, nalguma medida, substitutos: quanto maior a pena, menos a probabilidade de penalização necessária para que o crime não seja atractivo; e quanto maior a probabilidade de penalização, menor a pena necessária. Portanto, pode-se obter o mesmo nível de dissuasão do crime com diferentes combinações de pena e probabilidade: se se pretende que sejam roubados poucos automóveis, uma solução é colocar um polícia junto de cada automóvel e aplicar uma pequena multa a quem os consiga roubar; outra solução é dedicar poucos polícias à prevenção deste crime mas condenar à morte os ladrões que sejam apanhados. A utilização de cada um dos instrumentos, pena e probabilidade, tem custos: para aumentar a probabilidade de penalização dos criminosos é preciso contratar polícias, treiná-los, dotá-los com os meios adequados; para aumentar as penas, supondo que se trata de penas de prisão, é preciso construir prisões e contratar guardas prisionais. A combinação de pena e probabilidade a utilizar pode, por isso, ser encarada como um típico problema económico”. In: RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007. p. 211-2.

<sup>149</sup> Autores (sobre a análise econômica ou de criminologia em geral) costumam indicar que a certeza da punição seria mais determinante que a quantidade de pena. Nesse sentido, por exemplo, ver: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 375.

<sup>150</sup> “The rational criminal decreases the seriousness of his offense in order to offset the increase risk he faces from the increase in the punishment schedule.” In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. [S.l.]: Person Addison Wesley, 2003. p. 460.

<sup>151</sup> “Assuming that individual preferences are constant, the model can be used to predict how changes in the probability and severity of sanctions and in various socio-economic factor may affect the amount of crime.” In: EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. Economics of Crime. **Foundations and Trends in Microeconomics**, Hanover, vol. 2, i. 3, 2006. p. 1.

maneiras de agir da sociedade (as quais representam incentivos e desestímulos à atuação).

Consequentemente, passa a ser possível buscar-se o “ótimo” na atuação contra o crime (na legislação criminal, na atuação policial, nos gastos, etc.), o qual indiretamente representa o quanto a sociedade deve se esforçar para evitar crimes (e, de outro lado, como já trabalhado, aquilo que aceita tolerar) sem a realização de desperdícios de recursos. A atuação deve ser formulada de maneira a maximizar os custos e minimizar os lucros dos infratores com o menor gasto social possível. Segundo Borrili e Shikida, é exatamente essa possibilidade de levantamento e estimativa de custos (custos com a vítima, custos de perdas produtivas e de renda, custos com o sistema repressivo, perdas materiais e imateriais, como um dano psicológico, por exemplo)<sup>152</sup> consiste em uma das maiores contribuições que os economistas podem apresentar ao estudo da criminalidade. E, esse raciocínio pode ser utilizado, tanto em relação à sociedade, quanto em relação ao criminoso: Becker enfatizou em relação ao criminoso a probabilidade de ser descoberto (e preso) e a representação quantitativo-qualitativa da pena esperada<sup>153</sup>; hoje, pode-se pensar em outros elementos (como o tempo transcorrido até o final do processo, a dificuldade de impunidade em crimes cometidos em ambientes públicos, porque normalmente vigiados por câmeras, assim como os próprios avanços das teorias, etc.), como fazem as teorias econômicas comportamentais.

Deve-se ressaltar, o papel dos incentivos é o cerne da teoria de Becker, porque esse compreende que o cumprimento da lei por parte dos cidadãos não se dá unicamente por aquela representar socialmente uma vontade geral, em um sentido cívico de união, ou de deveres sociais, coesão, ou expressões utilizadas no mesmo sentido<sup>154</sup>. Há a necessidade de,

---

<sup>152</sup> BORRILI, Salette Polônia; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Breves Notas sobre a Criminalidade**: custo, papel das organizações e a questão feminina. Artigo cedido por e-mail pelo autor, mas encontra-se disponível em: <[www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/dirp162/borilli-shikida-2008.pdf](http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/dirp162/borilli-shikida-2008.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2011. p. 4. Por outro lado, deve-se notar que a violência e a criminalidade também acarretam ganhos sociais, no sentido de movimentar a economia quando se intenta a proteção social. Nessa linha, seria possível citar empresas de blindagem, tecnologia de comunicação, segurança, polícias, etc.; atividades que geram empregos e riqueza.

<sup>153</sup> Essa também é a perspectiva básica de Cooter e Ulen. Ver: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. [S.l.]: Person Addison Wesley, 2003.

<sup>154</sup> Isso pode ser válido para muitas pessoas, porém a explicação de Becker se liga a demonstrar que os interesses a serem maximizados por esses indivíduos são diferentes dos interesses daqueles que, por exemplo, cometem crimes. Daí porque, para Becker, os indivíduos não são necessariamente egoístas. Segundo ele, as motivações das pessoas vão além de concepções egoístas: “o comportamento é dirigido por uma gama muito mais rica de valores e preferências. A análise assume que os indivíduos maximizam o bem-estar como eles o concebem, sejam altruístas, egoístas, leais, rancorosos, ou masoquistas. Seu comportamento é voltado para o futuro, e é também considerado consistente ao longo do tempo. Em particular, eles procuram da melhor forma que podem antecipar as consequências incertas de suas ações. Essa prospecção comportamental, no entanto, ainda pode estar enraizada no passado, motivo pelo qual aquele pode exercer uma longa sombra sobre as atitudes e valores. As ações são limitadas pela renda, tempo, memória e capacidades de cálculo imperfeitas, e outros recursos

tanto o Estado, quanto os indivíduos (que podem estar organizados em famílias, associações, empresas), despendem riquezas para assegurar o cumprimento da lei (ou, no mínimo se protegerem contra os atos criminosos, especialmente no caso dos indivíduos). O contingente policial, do Poder Judiciário, do Ministério Público, de seguranças privados, de entidades estatais ligadas ao cumprimento de penas, de serviços de segurança corporativo e pessoal, alarmes, etc., demonstram o argumento de Becker. Há, de fato, a necessidade de grandes investimentos para prevenir a ocorrência de crimes (e da violência em geral), assim como para investigar os ocorridos, julgar os acusados, prender e punir seus autores. Além disso, como socialmente o simples fato da condenação não é suficiente (de receber um juízo negativo por ter realizado algo criminoso), na grande maioria das sociedades há investimentos de recursos públicos em diversos mecanismos que efetivamente punem os condenados, representando aí, uma grande proporção nos custos totais<sup>155</sup>.

Por isso o objetivo de Becker era procurar uma atuação equilibrada, socialmente ótima: realizar investimentos de forma a demonstrar ao agente disposto a cometer um crime que aquele não irá compensar, dentro daquele contexto social de proteção estabelecido. Isso garantiria o efeito dissuasório. Nesse sentido, as principais variáveis a serem consideradas para o ponto “ótimo” seriam o custo de perseguir e condenar os criminosos (investigar, prender, julgar), a natureza da punição (como prisão – com ou sem liberdade condicional-, multa, medidas alternativas, etc.) e a resposta dos agentes em relação às modificações nas duas anteriores<sup>156</sup>.

A análise pressupõe o estabelecimento dos custos ligados à dinâmica existente entre os

---

limitados, assim como pelas oportunidades disponíveis na economia e em outros lugares. Essas oportunidades são largamente determinadas por ações individuais e coletivas de outros indivíduos e organizações”. Tradução livre de: “*I have tried to pry economists away from narrow assumptions about self-interest. Behavior is driven by a much richer set of values and preferences. The analysis assumes that individuals maximize welfare as they conceive it, whether they be selfish, altruistic, loyal, spiteful, or masochistic. Their behavior is forward-looking, and it is also assumed to be consistent over time. In particular, they try as best they can to anticipate the uncertain consequences of their actions. Forward-looking behavior, however, may still be rooted in the past, for the past can exert a long shadow on attitudes and values. Actions are constrained by income, time, imperfect memory and calculating capacities, and other limited resources and also by the opportunities available in the economy and elsewhere. These opportunities are largely determined by the private and collective actions of other individuals and organizations.*” In: BECKER, Gary S. *The Economic Way of Looking at Behavior: the Nobel lecture*. Stanford University, 1996. Kindle Edition, localização 20-1.

<sup>155</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-abr./1968. p. 169.

<sup>156</sup> “*The optimal amount of enforcement is shown to depend on, among other things, the cost of catching and convicting offenders, the nature of punishments – for example, whether they are fines or prison terms – and the responses of offenders to changes in enforcement*”. BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-abr./1968. p. 170.

objetivos sociais e a conduta do agente. O modelo de Becker se interessa, nesse contexto, por cinco categorias relacionadas ao custo: a relação entre o número de crimes e os custos pessoais e sociais deles decorrentes; a relação entre o número de crimes e a punição dispensada; a relação entre o número de ofensas, prisões e condenações e os gastos públicos em persecução e julgamento; o número de condenações em relação ao custo das penas; e, o número de crimes em relação aos custos privados com segurança e vigilância<sup>157</sup>.

A partir dessas categorias, pode-se refletir o fenômeno criminoso de uma maneira a buscar compreender o limite ideal de gastos que a sociedade pode despender para tentar controlar a criminalidade e a violência. Becker não menciona explicitamente a “eficiência econômica” (porque, como se verá, reconhecia a multiplicidade de estados eficientes), embora a noção de gasto ótimo a ela se refira indiretamente.

Em resumo, a ideia consiste em utilizar a Economia (métodos econômicos objetivos e de efetividade “inegável”) como meio de dimensionar se os objetivos legais e sociais estão sendo alcançados, e, na mesma linha, encontrar alternativas mais efetivas para atingi-los com o menor custo social. Garantindo-se o bem-estar social com o mínimo de desperdícios econômicos e sociais.

### **2.2.1 Aplicação do Modelo em Políticas Sociais**

Esse modelo pode ser utilizado como um componente auxiliar na determinação das políticas públicas de segurança.

Como demonstrado, segundo Becker, é razoável pensar que o agente apenas cometerá um crime se espera receber por intermédio dele uma utilidade (valor, vantagem, etc.) maior em relação àquela que perceberia no mesmo tempo realizando uma ação dentro da lei (como realizar um trabalho remunerado). Da mesma forma, é presumível que quanto mais crimes cometer, maior será a vantagem que perceberá (um efeito de simples cumulação ou, ainda, de economia de “escala”).

Igualmente, haveria uma relação direta entre as vantagens do criminoso e os danos sociais (e maiores são os danos quanto maior for a repetição dos atos criminosos). Becker não

---

<sup>157</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar./abr. 1968. p. 172.

desconhece que o cálculo de prejuízos (assim como o de ganhos) não representa a integralidade em relação ao que a sociedade efetivamente perde (como uma vida, em si mesma, em decorrência de um homicídio). De qualquer maneira, sustenta que há certeza de que os prejuízos são inequivocamente maiores em relação aos computados efetivamente, mantendo a teoria íntegra em relação à sua aplicabilidade. É que, na hipótese pior, a teoria apenas subestima os custos<sup>158</sup>.

Evidentemente, dentre outros fatores, a percepção dessas circunstâncias depende igualmente da aversão ou do gosto do agente pelos riscos da empreitada (e de ser pego). Por exemplo, é aceitável pensar-se que o agente interessado em correr riscos se sujeitaria a realizar uma ação que trouxesse menos vantagens em relação a outro que seja contrário a correr riscos (este tende a exigir um benefício maior da ação criminosa em relação àquele).

Quanto aos custos das políticas implementadas pela sociedade, por outro lado, sabe-se que a grande parte dos montantes estão ligados a despesas com as polícias (pessoal, estrutura e equipamentos), assim como com o Ministério Público e Poder Judiciário. Tentar elevar o nível de aperfeiçoamento das instituições significa aplicar grandes quantidades de riquezas, enquanto os benefícios trazidos em decorrência desse investimento podem não estar de acordo com o total dessas despesas. Por consequência, uma busca por aumento na probabilidade de descoberta ou punição para os crimes cometidos, significaria, em geral, a elevação dos custos totais para a sociedade (sem uma necessária garantia da redução dos crimes). Há uma demonstração de que, a partir do estado atual, para melhorar-se a taxa de probabilidade seriam necessários investimentos, os quais, por sua vez, elevarão os custos sociais e, com certo grau de confiabilidade, reduzirão a criminalidade.

Santo e Fernandez<sup>159</sup> (e outros autores, da mesma forma que Becker) verificaram uma relação entre maior combate à criminalidade e a elevação de custos sociais. Ocorre que, o aparelhamento do sistema de segurança e, especialmente, o aumento de pessoas julgadas e presas eleva os gastos sociais ainda mais. A lógica é esta: “para impor sanções, a sociedade deve capturar as pessoas que cometem os atos prejudiciais. Isto requer que a sociedade mantenha um aparato para a aplicação da lei equivalente, com as despesas que o

---

<sup>158</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-abr./1968. p. 174.

<sup>159</sup> SANTO, Ana Priscila do Espírito; FERNANDEZ, José Carrera. Criminalidade sob a Ótica do Presidiário: o caso da Penitenciária Lemos Brito, na Bahia. *Revista Desenhavia*, Salvador, n. 9, p. 233-258, set./2008. p. 241.

acompanham, e estes gastos irão aumentar com o grau de probabilidade de apreensão”<sup>160</sup>. Essa, por exemplo, é uma informação relevante no âmbito das políticas públicas, sobretudo quando for possível computar efetivamente essas despesas, melhorando a percepção dos idealizadores de políticas públicas a respeito das possíveis consequências das soluções propostas (e compará-las com alternativas).

Importante ressaltar que, dependendo da forma de como atuam os meios de repressão, também os níveis ótimos de punição se modificam. Por exemplo, Shavell estudou a conjugação das penas de prisão e de natureza pecuniária, encontrando pontos ótimos distintos quando a atuação policial é direcionada a condutas específicas (como tráfico de drogas<sup>161</sup>, por exemplo), ou quando há um complexo de vigilância (como a circulação de uma viatura policial na rua, que está sujeita a descobrir e prender diversos tipos de delitos). De qualquer forma, as duas atuações não são excludentes e devem ser pensadas diferentemente para cada conjunto de ação indesejada; e, por isso mesmo, obrigatoriamente, deveria existir uma conjugação entre a persecução e a punição (qualidade e quantidade), evitando-se desperdícios de recursos. Essa conjugação é necessária porque uma viatura policial dificilmente perceberá um crime de evasão de divisas ou de lavagem de dinheiro, embora terá grande probabilidade de prender um assaltante ou um agressor (físico). Assim, como para cada um desses tipos de ações o ponto ótimo de punição é distinto, não é possível, conseqüentemente, buscar uma forma de atuação única em relação a todos os crimes. Deduz-se do trabalho, também, a importância da especialização dos órgãos policiais, fator que colabora para a descoberta de crimes, assim como a necessária proporcionalidade entre os fatos e as penas.

Essa percepção pode direcionar o Estado a investir em ferramentas tecnológicas com

---

<sup>160</sup> Tradução livre de: “*Finally, to impose sanctions, society must apprehend parties who commit harmful acts. This requires society to maintain an enforcement apparatus, with accompanying expenses, and these expenses will rise with the level of the probability of apprehension.*” In: SHAVELL, Steven. *Criminal Law And The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*. In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs.). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. Capítulo 6, p. 180-1.

<sup>161</sup> De qualquer maneira, ressalva-se que, atualmente, sobretudo após aportes da psicologia, há autores que contradizem a possibilidade de as condutas relativas a vícios serem estudadas a partir da teoria do agente racional, uma vez que os aspectos da irracionalidade aparentam ser preponderantes (uma “escravização” do indivíduo, um descontrole), assim como há mudanças nas preferências dos indivíduos ao longo do tempo (decorrentes do vício). Skog, por exemplo, contrariando Becker e Murphy, sugere que uma teoria que pretende compreender adequadamente o problema dos vícios deve ir além da econometria (devendo considerar as flutuações de preferência, a intervenção do ambiente, etc.). De fato, pode ser objeto dos modelos da análise econômica, desde que considerem outros elementos além da racionalidade tradicional. Sobre o assunto, ver: SKOG, Ole-Jorgen. *Addiction, Choice, and Irrationality*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University, 2005. Capítulo 5. Isso não significa, entretanto, que o mercado das drogas não possa ser analisado pela perspectiva racional, como se trabalhará adiante.

características permanentes (como escutas telefônicas, bancos de cenas de crimes, investigações de “DNA”, informatização, banco de impressões digitais, etc.) capazes de elucidarem melhor as situações criminosas, ao invés de se aumentar os gastos com pessoal. Hoje, poderia ser possível imaginar-se uma melhor organização do sistema de controle social, o que não implicaria em maiores custos sociais; mas de melhor eficiência (desde a fase policial até o término da pena).

Igualmente, na tentativa de compensar o aumento dos custos, a estratégia social poderia ser, ao invés de elevar os custos em relação à persecução, apenas elevar os custos que o criminoso percebe (em um sentido informacional) em relação à execução da pena (talvez conjuntamente com a redução daqueles, por exemplo). Essa situação aponta para alguns crimes em relação aos quais basicamente não se persegue os ofensores, porém, quando são pegos, recebem uma punição muito elevada. Assim, poderia ser viável encontrar-se o mesmo efeito social de prevenção sem a necessidade de um maciço investimento em persecução, vislumbrando-se uma situação “ótima” (com baixos custos e com elevado poder dissuasório)<sup>162</sup>.

Da mesma forma, seria possível imaginar um sistema de maior controle social, limitado, ao final, por penas de menor custo social. Note-se que essas possibilidades, para a doutrina, não são excludentes, de forma que diferentes crimes podem receber diferentes soluções “ótimas”<sup>163</sup>. E, assim, uma eventual política criminal poderia conjugar diversos aspectos, dependendo do tipo de crime ou do enfoque mais ou menos controlador.

Até o momento foi realizado um grande esforço para não trazer questões matemáticas ao presente trabalho. Contudo, o raciocínio apresentado pode ser bem demonstrado a partir de duas tabelas citadas por Cooter e Ullen, ligeiramente modificadas.

A tabela que segue considera a punição esperada pelo cometimento de algum crime<sup>164</sup>.

---

<sup>162</sup> Nesse sentido: “Então, independentemente da forma da sanção, uma severidade elevada conjugada com uma baixa probabilidade é em geral uma ótima combinação, porque tal situação resulta em dissuasão com o menor custo possível”. Tradução livre de: “*Thus, regardless of the form of sanction, high severity and low probability is, in general, the optimal combination because it achieves deterrence at the lowest possible cost.*” In: EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. *Economics of Crime. Foundations and Trends in Microeconomics*, Hanover, v. 2, i. 3, 2006. p. 46.

<sup>163</sup> Por exemplo: “o fato dos jovens criminosos descontarem o futuro irrazoavelmente sugere que a combinação de mais policiais e sentenças mais curtas reduziria o custo dos crimes violentos cometidos na Califórnia.” In: COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 494.

<sup>164</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 492.

**Tabela 1 - Relação entre pena e probabilidade da prisão - modelo ideal**

F (Quantidade de PENA – anos ou valor)	P (Probabilidade de ser pego)	FxP (Pena Esperada – “matemática”)
10	1,00 (chance de 100%)	10
20	0,50	10
40	0,25	10
100	0,10 (chance de 10%)	10

Essa tabela demonstra a relação entre pena e a probabilidade de ser preso. Como a pena esperada (“matemática”) é a mesma em todas as situações, o resultado das quatro combinações possui – teoricamente - o mesmo peso dissuasivo (que em todas as situações é 10 – um número arbitrariamente estipulado). Seguindo essa lógica, todas as combinações alcançam o mesmo efeito prático-dissuasório: tendo como extremos uma pena baixa mas sempre aplicada, ou uma pena muito elevada aplicada em 10% dos casos cometidos. Note-se, portanto, que em um sentido de avaliação positiva, pode-se verificar matematicamente qual o potencial dissuasório de cada pena e, em um sentido normativo, pode-se estabelecer politicamente o “valor matemático” e verificar-se os arranjos que possam ser socialmente melhores. Ressalta-se, contudo, a relação existente entre o crescimento do número da pena e a elevação dos custos do sistema penal. Afinal, se o número cem representar “anos de prisão”, é mais custoso ao Estado em relação a uma pena de vinte anos. Assim, em um caso como este, dever-se-ia verificar qual a representatividade monetária do aumento da probabilidade de punição: embora o aumento da probabilidade também eleve os custos, talvez não seja tão custoso quanto o aumento da quantidade de pena<sup>165</sup>. Podem se elevar de forma desproporcional, modificando a dinâmica e a solução, conforme a agregação de novas variáveis sociais importantes (que, didaticamente, não constam neste exemplo).

De qualquer maneira, sabe-se que as pessoas realizam “descontos” em relação à punição futura, tendendo sempre a diminuir sua importância (no sentido de qualidade e quantidade). É que, como as chances de ser pego variam, as pessoas tendem a subestimar sua efetiva probabilidade. Por isso, de fato, para existir a mesma capacidade dissuasória, a pena

<sup>165</sup> E um estudo dos autores sugere que sobe em menor proporção: “Nos EUA, o custo de um policial adicional é mais ou menos igual ao custo de prender um indivíduo por 3 anos. Se a contratação de um policial e a redução da sentença média em 3 anos produzir menos crimes, o país poderia reduzir a criminalidade sem custos adicionais ao contribuinte se contratasse mais policiais e encurtasse as sentenças”. In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 493.

esperada não deveria ter o mesmo valor; deveria ser crescente, conforme reduz a probabilidade (para compensar o desconto pelo sentimento de “distância” da punição<sup>166</sup>). Segundo os autores, para ter o mesmo potencial dissuasório, a tabela deveria ter essas características<sup>167</sup>:

**Tabela 2 - Relação entre pena e probabilidade de prisão - modelo com desconto subjetivo.**

F (Quantidade de PENA – anos ou valor)	P (Probabilidade de ser pego)	FxP (Pena Esperada – “matemática”)
10	1,00	10
30	0,50	15
80	0,25	20
300	0,10	30

Percebe-se que o valor das penas se elevou, sobretudo porque a probabilidade de prisão persistiriam as mesmas. Inobstante, já se sabe que o aumento da probabilidade permite redução do montante das penas, porque os montantes da “pena esperada” são distintos.

Muitas possibilidades e variáveis poderiam ser discutidas aqui. Ocorre que, o fator relevante consiste na compreensão da lógica proposta por Becker (e de outros autores). Sugere que o montante ótimo da atuação em prol da aplicação da lei não implica operar necessariamente em sua máxima capacidade, mas em trabalhar de forma a minimizar a soma total dos custos para o cumprimento da lei e das perdas provocadas pelos crimes. Nesse sentido, a sociedade deveria ampliar (ou reduzir) sua atuação até o momento em que o “custo marginal” para o cumprimento da lei se iguale ao “custo marginal” dos benefícios de reduzir o crime<sup>168</sup>.

<sup>166</sup> Para demonstrar essa ocorrência, que será estudada adiante, pode-se considerar duas hipóteses que o leitor deveria escolher: (a) receber R\$100,00 amanhã ou receber R\$110,00 na próxima semana. E, (b) receber R\$100,00 daqui cinquenta e duas semanas ou receber R\$110,00 em cinquenta e três semanas. Em geral, as pessoas escolhem receber cem reais amanhã, na primeira opção, e cento e dez na segunda opção. De fato, as pessoas preferem receber menos amanhã, porque esperar uma semana para ganhar 10% a mais não “compensa”. Ao mesmo tempo, como esperam um longo tempo para receber o valor, passa a ser “indiferente” esperar um pouco mais para receber um prêmio de 10%. Economicamente, entretanto, a resposta é incongruente (indicando uma eventual mudança de preferência), porque a solução deveria ser a mesma, independentemente do momento em que se recebe. Esse exemplo, embora modificado aqui, consta em: FRANK, Robert. *Departures from Rational Choice: with and without regret*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University, 2005. p. 16.

<sup>167</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 494.

<sup>168</sup> LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. IX (introdução). De uma maneira simples, o custo marginal representa o ponto máximo no qual uma atividade compensa ser realizada (“vale a pena”). Ocorre que, havendo mais consumo, também há maior interesse em ofertar; todavia, os ganhos das ofertas possuem uma vantagem que é decrescente conforme a

Ao se preocupar com o ótimo, muitas possibilidades eficientes passam a poder ser consideradas pelos idealizadores de políticas públicas. Isso, entretanto, conforme já mencionado no exemplo do presídio, ao mesmo tempo em que não significa operar em seu grau máximo, também não significa empregar o meio mais barato (ou necessariamente mais eficiente), mas a viabilidade de imaginar-se outras possibilidades de solução para os problemas sociais.

Inobstante, como intuitivamente já se verificou, encontrar a relação mais adequada é uma tarefa complexa e exige a realização de testes empíricos para a verificação dos efetivos custos e projeções.

E essas verificações têm apresentado resultados que demonstram ainda maior complexidade (e em alguns casos, perplexidades). Por exemplo, havendo uma pena muito elevada, reduz-se a chance de condenação: as pessoas podem se tornar menos propensas a condenar alguém à pena de morte em comparação com o encarceramento, por exemplo (o mesmo poderia ser pensado para uma pena de multa ou de encarceramento muito elevada). Cooter e Ulen reconheceram esse problema em relação à pena de morte e às políticas de controle de tóxicos. Em ambos os casos se demonstrou que a lógica de elevação de penas em relação à redução dos custos não é necessariamente linear. Constataram maior dificuldade de os jurados condenarem réus quando detêm conhecimento da futura aplicação da pena de morte, circunstância que, indiretamente, reduz o efeito dissuasório da pena<sup>169</sup> (todavia, poder-se-ia questionar o impacto dessa perda, uma vez que, mesmo não havendo condenação à morte em alguns casos, a possibilidade sempre existe – percepção que se modifica conforme a subjetividade das pessoas).

---

quantidade de produtos vendidos. Didaticamente, pode-se imaginar o seguinte exemplo: um fabricante de caixas de madeira para acondicionar frutas. Enquanto seu negócio é restrito, tendencialmente vai tendo acréscimos de ganho com as vendas. Entretanto, na medida em que o negócio vai aumentando, passa a ser necessário contratar mais funcionários, trabalhar por mais tempo, gastar mais luz com os instrumentos, encontrar um novo local de armazenamento do estoque, talvez encontrar fornecedores mais distantes (que possam ajudar a suprir sua demanda), e assim por diante. Acontece que todas essas modificações geram despesas que não são proporcionais ao aumento do lucro obtido com as vendas. Assim, após algum tempo (e desde que não se façam modificações importantes na forma de produção) não compensa deixar a empresa continuar crescendo, porque embora fature mais em seu caixa, o lucro vai diminuindo em relação às despesas (que vão aumentando). Para encontrar-se conceitos técnicos, consultar, por exemplo: VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. Tradução de Elfin Ricardo Doninelli e Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Também: RUBINFELD, Daniel L.; PINDYCK, Robert S. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

<sup>169</sup> “If so, then the following paradoxical behavior may result: greater use of execution as the punishment for certain homicides might lead to fewer convictions. This would reduce the deterrent effect of both capital punishment and of convictions on subsequent murderers.” In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 4.ed. Boston: Person Addison Wesley, 2003. p. 505.

Quanto aos crimes de tóxicos, Cooter e Ulen verificaram uma inflação no custo das drogas, especialmente após a implementação de uma política de redução de seu consumo. Se por um lado, alcançou-se menor consumo entre os não-viciados (equiparando-se a uma demanda elástica, que, exatamente em razão da elevação do preço, atua como desestimulador de compra, afetando igualmente a taxa de criminalidade circundante aos não viciados – acabam ocorrendo menos crimes e menos pessoas se tornam viciadas); por outro, acarretou uma elevação da criminalidade em relação aos viciados, cuja demanda não é elástica em relação aos preços. Em outras palavras, os viciados não têm a escolha de consumir as drogas, porque possuem a necessidade físico-psicológica de utilizá-las. Nesse contexto, se antes do aumento dos preços havia o cometimento de crimes patrimoniais para garantir o consumo das drogas que o vício exige, após a elevação, atuaram de forma quantitativa e qualitativamente mais criminosas (tendendo a cometer crimes mais graves). Neste caso, o consumo não é uma opção pessoal e, conseqüentemente, o preço não gerou um grande impacto no consumo dos viciados.

Em 2004, conjuntamente com Murphy e Grossman, Becker também analisou a economia do mercado de ilegal de drogas<sup>170</sup>. Embora o enfoque dos autores fosse limitado aos tóxicos naquele trabalho, reconheceram textualmente a aplicabilidade da teoria a outros tipos de bens ilegais assim como para as atividades a eles relacionadas (receptação, exploração da prostituição – embora no caso citado fora a prostituição propriamente dita).

Os resultados alcançados não são sensivelmente diferentes aos já apresentados, havendo análise tanto das demandas elásticas, quanto das inelásticas. Especialmente quanto à inelástica, percebem que um grande controle pode acabar tornando a atividade ilegal mais interessante sob o ponto de vista da oferta (porque o preço final do produto aumenta, enquanto o custo de produção não aumenta na mesma proporção – quando aumenta)<sup>171</sup>. Inclusive, em razão da elevação dos preços das drogas, a entrada e a permanência nesse mercado acaba sendo mais disputada: ao mesmo tempo em que se prende um traficante, há outros dispostos a seguir com o comércio ilegal.

Provavelmente por isso, a conclusão desses autores aponta para uma possível

---

<sup>170</sup> BECKER, Gary S.; MURPHY, K.; GROSSMAN, Michael. *The Economic Theory of Illegal Goods: the case of Drugs*. Cambridge, 2004. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w10976>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

<sup>171</sup> BECKER, Gary S.; MURPHY, K.; GROSSMAN, Michael. *The Economic Theory of Illegal Goods: the case of Drugs*. Cambridge, 2004. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w10976>>. Acesso em: 13 jul. 2011. p. 5-6.

legalização das drogas, como meio de se alcançar um estado de “otimalidade”. Acabam considerando que, além do aumento do custo no controle da atividade, como tendencialmente esse sistema gera um maior número de prisões, igualmente eleva-se o custo social em um segundo momento, em relação ao cumprimento de penas, por exemplo<sup>172</sup>. Gera-se, conseqüentemente, um sistema circular de elevação de custos (atingido pouco ou nada o tráfico de drogas). Becker, Murphy e Grossman, da mesma forma que Cooter e Ulen, apontam para a possibilidade de legalização (não necessariamente de todas as drogas), o que reduz o consumo ilegal (reduzindo a atividade marginal), elevando o ganho estatal monetário e, sobretudo, porque, quando na legalidade, poder-se-ia criar incentivos para reduzir o consumo a partir de campanhas e taxaço<sup>173</sup>. Nesse contexto, reduz-se significativamente o gasto em punição e aumenta-se o controle.

De qualquer maneira, mesmo havendo maior lucratividade nos momentos de maior repressão, ressaltam que isso não significa um incentivo para não haver investimento estatal, porque ainda assim há diminuição no consumo, provocado pela maior vigilância. Esse resultado será maior ou menor conforme a elasticidade do mercado, de forma que, em determinados casos é mais interessante não agir sobre os produtores e vendedores, mas em relação aos consumidores (isso reduz o consumo e tende a deixar o negócio do crime com margens de lucro reduzidas, passando a ser desinteressante como atividade econômica)<sup>174</sup>.

A mesma sugestão surge com Dubner e Levitt, quando procuram resultados para o problema da prostituição (e outros mercados ilícitos, como o de armas e o de tráficos de drogas): “Se um governo realmente quiser combater o comércio de bens e serviços ilícitos, a

<sup>172</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 180.

<sup>173</sup> Quanto à conclusão: “*Our analysis shows, moreover, that using a monetary tax to discourage legal drug production could reduce drug consumption by more than even an efficient war on drugs. The market price of legal drugs with a monetary excise tax could be greater than the price induced by an optimal war on drugs, even when producers could ignore the monetary tax and consider producing in the underground economy. [...] With these assumptions, the level of consumption that maximizes social welfare would be smaller if drugs legalized and taxed optimally instead of the present policy of trying to enforce a ban on drugs.*” In: BECKER, Gary S.; MURPHY, K.; GROSSMAN, Michael. *The Economic Theory of Illegal Goods: the case of Drugs*. Cambridge, 2004. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w10976>>. Acesso em: 13 jul. 2011. p. 22-3.

<sup>174</sup> Além disso, os custos referentes às demandas por tratamentos de saúde também deveriam ser considerados nesse caso. De fato, mesmo havendo uma tendência ao equilíbrio nos gastos em ambas as situações (porque não é certo que haveria maiores acidentes ou doenças decorrentes das intoxicações e nem mesmo de um aumento no consumo), o tipo de demanda de saúde poderia variar conforme se modificasse de um mercado ilícito para um mercado lícito (tornando-os mais ou menos custosos).

medida mais eficaz é perseguir os usuários, que promovem e asseguram a demanda”<sup>175</sup>. Sinteticamente, constatam que grande parte das medidas governamentais estão sempre direcionadas aos fornecedores (como traficantes, prostitutas, etc.), quando, na verdade, o mercado apenas poderia se extinguir se houvesse controle sobre os demandantes por serviços. O raciocínio é simples: “quando se prende um fornecedor, cria-se uma situação de escassez que, inevitavelmente, impulsiona os preços para cima, o que atrai ainda mais fornecedores para o mercado”<sup>176</sup>.

De qualquer maneira, há um elemento que deve ser destacado nos caso das drogas (e de outros mercados ilegais). Ainda que a repressão ocorra unicamente sobre os fornecedores (o que tendencialmente eleva os preços), é possível que uma vigilância maior sobre o fornecimento reduza o consumo, porque os consumidores poderiam se sentir mais vigiados – vigilância, a qual, inclusive, poderia auxiliar na descoberta dos distribuidores (tencionando os preços do mercado ilegal para uma redução – ou equilíbrio). De fato, há uma correlação entre essas variáveis, o que, em primeiro lugar, não significa necessariamente uma causalidade. Além disso, dependendo das especificidades de tempo e de lugar, é possível que as soluções sejam diferentes (uma fazendo o preço subir, e outra levando o valor para baixo – talvez chegando a um equilíbrio, que pode ser diferente em cada local). Essas percepções não elidem a aplicação do modelo, porque é possível que em cada contexto surjam variáveis novas a serem estudadas.

Anthony Giddens apresenta o exemplo de uma política de “fortalecimento dos alvos” que merece menção. O autor narra o efeito “colateral” de uma política que agregou mais proteção aos alvos mais buscados pelos criminosos, conjugada com uma política de tolerância zero. Imaginou-se, com isso, reduzir a criminalidade e à ofensa àqueles bens protegidos. Entretanto, gerou-se uma migração interna na atividade criminosa: “o aumento da segurança dos carros novos deixou os modelos mais antigos relativamente mais vulneráveis. O resultado foi que a ocorrência de roubos de carros mudou dos modelos mais novos para os mais antigos”<sup>177</sup>. Por consequência, as atividades criminosas ligadas a esses bens tenderam a

---

<sup>175</sup> DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven D. *Superfreakonomics*: o lado oculto do dia a dia. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 23.

<sup>176</sup> DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven D. *Superfreakonomics*: o lado oculto do dia a dia. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 23.

<sup>177</sup> GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed., Porto Alegre: Penso, 2012. p. 675. Brenner cita caso semelhante: “Algo assim ocorreu em Porto Alegre, entre 1995 e 1997, no crime de assalto a Bancos. A introdução da porta giratória de segurança tornou-se obrigatória nas agências bancárias por iniciativa do Sindicato dos Bancários de

migrar das áreas mais protegidas para as áreas menos protegidas: exatamente para aquelas das comunidades mais pobres. Esse é um exemplo da correlação entre uma política pública e o interesse coletivo, a qual acabou se demonstrando ser, involuntariamente, uma política de proteção dos bens daqueles mais abastados. Note-se, ademais, que a ausência de uma política pública adequada gera, por parte dos indivíduos mais abastados, investimento para proteção de seus bens, e que acaba por tomar a mesma linha tendencial de consequência que o exemplo trazido por Giddens.

Em desenvolvimentos mais recentes, os autores passam a considerar as interações sociais, como a vizinhança e a amizade<sup>178</sup>. Percebeu-se que essas formas de inter-relação geram fortes influências nas condutas individuais, modificando-se, portanto, a dinâmica de raciocínio. A proximidade pessoal, aparentemente, cria um “senso de invulnerabilidade e de disposição para violar as normas sociais e aceitar tomar riscos, enquanto a pessoa está na companhia de seus parceiros”<sup>179</sup>. Este modelo específico de análise considera uma abordagem “local” para os problemas, privilegiando o fluxo informacional pessoal a respeito dos elementos que envolvem os crimes e a tomada de decisão em seu favor (como técnicas disponíveis, valores familiares e de grupos próximos, vigilância dos vizinhos, etc.)<sup>180</sup>.

Esse tipo de análise também foi realizada mais recentemente por Gary Becker. Conjuntamente com Kevin Murphy, elaboraram maneiras de aferir o impacto das influências indiretas (como dos professores, pais, religião, tradições, governantes, pessoas famosas, instituições, organizações, etc.) no comportamento das pessoas. Perceberam que aquelas afetam de maneira muito proeminente a maneira de como a pessoa se comporta em sociedade,

---

P.A. [Porto Alegre], através de projeto de lei aprovado pelo poder municipal. Assaltos a Banco aumentavam a cada ano, até o início de 1995, quando o quadro sofreu uma forte reversão na capital, ao mesmo tempo em que, nas cidades vizinhas, onde o equipamento não tinha sido introduzido, o número de ocorrências desse tipo passou a aumentar”. In: BRENNER, Geraldo. **Entendendo o Comportamento Criminoso**: educação, ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades. Porto Alegre: AGE, 2009. p. 45.

<sup>178</sup> Em geral, fatores sociais como o grau de informação, pressão dos pares e a evocação (o pensamento a respeito da opinião dos outros – o “peso” da opinião alheia). Sobre o assunto, ver: SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: o empurrão para a escolha certa. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 57-76.

<sup>179</sup> Tradução livre de: “*Social interactions seem to create a sense of invulnerability and a willingness to violate social norms and take risks, as long as one is in the company of likeminded individuals*”. In: GLAESER, Edward L.; SACERDOTE, Bruce; SCHEINKMAN, José A. *Crime and Social Interactions*. *Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 111 (2), p. 507-48, mai./1996. p. 511.

<sup>180</sup> GLAESER, Edward L.; SACERDOTE, Bruce; SCHEINKMAN, José A. *Crime and Social Interactions*. *Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, v. 111 (2), p. 507-48, mai./1996. p. 512.

embora normalmente a influência não seja direta<sup>181</sup> (e, sim, pelo exemplo, imitação<sup>182</sup>, pressões para reprodução do comportamento, inserção social, escolhas previamente já tomadas, habitualidade<sup>183</sup>, tendências e modismos, etc.). Trata-se, na linguagem dos autores, “de mútuas interações entre as forças sociais e o comportamento de mercado, o que denominamos de ‘Mercado Social’”<sup>184</sup>. Isso, alegam, foi sistematicamente deixado de lado pelos economistas especialmente em razão da dificuldade de encontrar-se um ferramental hábil para a verificação das influências. De fato, reconhecem que grande parte das atividades humanas sofrem fortes constrangimentos por parte do meio social<sup>185</sup> e que “a teoria da escolha racional não é inconsistente com o grau de importância das estruturas sociais; ao contrário, é elemento crucial para a compreensão de como essas estruturas são determinantes”<sup>186</sup>.

De qualquer maneira, a aceitação da maximização da escolha individual permaneceu nesse trabalho<sup>187</sup>, uma vez que, existindo influências sobre o comportamento, tal fato significa, ainda assim, que, em um estágio anterior, existe a possibilidade de escolher algumas influências às quais a pessoa aceita se sujeitar ou a se submeter<sup>188</sup>. Por exemplo, sabendo-se

---

<sup>181</sup> BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. *Social Economics: Market Behavior in a Social Environment*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. Kindle Edition, p. 3, localização 94.

<sup>182</sup> Por exemplo, uma pessoa pode copiar a escolha de outra por acreditar que aquela tinha melhores informações sobre o objeto da preferência. In: BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. *Social Economics: (...)*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. Kindle Edition, p. 10, localização 210.

<sup>183</sup> BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. *Social Economics: (...)*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. Kindle Edition, p. 17, localização 330, e p. 145, localização 2436.

<sup>184</sup> Tradução livre e parcial de: “We are especially interested in the mutual interaction between social forces and market behavior, which we call ‘social markets’”. In: BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. *Social Economics: Market Behavior in a Social Environment*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. Kindle Edition, p. 5, localização 124.

<sup>185</sup> BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. *Social Economics: Market Behavior in a Social Environment*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. Kindle Edition, p. 4, localização 113.

<sup>186</sup> No original: “That is, we hope to demonstrate that rational choice theory is not inconsistent with the importance of social structure, but rather is crucial in understanding how this structure gets determined.” In: BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. *Social Economics: Market Behavior in a Social Environment*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. Kindle Edition, p. 23, localização 441.

<sup>187</sup> Explicitamente: “Individuals still ‘choose’ their allocations of resources when social capital is important to their utility and strongly complementary with the demand for particular goods. But the discussion in this part of the book shows that choices are seriously constrained, since a person’s actions are then partly determined by the actions of peers. Each member of a peer group may have little freedom to deviate from what other members are doing because his behavior would be mainly determined by their common culture, norms, and traditions”. In: BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. *Social Economics: Market Behavior in a Social Environment*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. Kindle Edition, p. 22, localização 416.

<sup>188</sup> BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. *Social Economics: Market Behavior in a Social Environment*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. Kindle Edition, p. 9-10, localização 193-195. Em outro trecho, afirmam explicitamente: “This implies that even when social structure and social capital have enormous power over behavior, people still greatly influence their behavior by, in effect, choosing their social capital. The tyranny of social structure over behavior does not then replace individual choice, but rather

que os vizinhos ou que os colegas de sala de aula influenciam a vida de uma família e das crianças, pode-se (como, de fato, as famílias tendem a realizar) escolher morar ou utilizar escolas que tenham alguma característica especial (ou, pelo menos, não tenham alguma característica negativa específica).

Isso, porque sustentam o fato de algumas estruturas sociais (como cultura, vizinhança e amigos, por exemplo) poderem ser fortemente determinantes do comportamento em “curto prazo”; porém, ainda assim podem ser consideravelmente sujeitas a mudanças em prazos mais amplos. Conseqüentemente, embora as estruturas sociais possam ser determinantes em alguns momentos, com o passar do tempo, é possível a modificação desses fatores de influência<sup>189</sup>.

No Brasil, na mesma linha, foi encontrada correlação empírica a respeito dessa tese. Verificou-se empiricamente correlação entre o papel da amizade com o consumo de drogas (e como a reação dos pais pode modificar tal dinâmica “econômica”)<sup>190</sup>, assim como o efeito de campanhas contra o uso de drogas (em conjunto com os demais meios já mencionados). No caso das campanhas, por exemplo, há um duplo efeito: primeiramente, ajuda a aumentar a elasticidade da demanda, porque evita novos consumidores e gera uma redução no consumo (embora não seja muito efetiva para retirar usuários do mercado das drogas, ainda que seja possível); em segundo, aumenta a efetividade do sistema diante de uma demanda que reage melhor às modificações nas políticas públicas.

Por fim, Becker e outros demonstram que alguns bens são considerados ilegais unicamente em razão da influência política de determinada classe social: as ações políticas geram resultados diferentes em relação às diferentes classes sociais<sup>191</sup>. Quando o poder

---

*it shifts the crucial ones to selection or neighborhood, school, friends, marriage, occupation, and religion.” In: BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. **Social Economics: (...). Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press**, 2000. Kindle Edition, p. 23, localização 426.*

<sup>189</sup> Os autores exemplificam com o caso do divórcio nos países ocidentais: no início, as pessoas tendiam a ser mal vistas na sociedade; posteriormente, passou a ser fato comum, de forma que esse preconceito inicial praticamente se diluiu. In: BECKER, Gary S.; MURPHY, Kevin M. **Social Economics: (...). Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press**, 2000. Kindle Edition, p. 24-25, localização 468-470

<sup>190</sup> Shikida percebeu forte correlação entre a amizade e o início das atividades criminosas. Por exemplo, ver: SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 324-344, jul.-dez./2010. p. 338.

<sup>191</sup> BECKER, Gary S.; MURPHY, K.; GROSSMAN, Michael. **The Economic Theory of Illegal Goods: the case of Drugs**. Cambridge, 2004. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w10976>>. Acesso em: 13 jul. 2011. p. 32. Essas conclusões corroboram a percepção de Cooter, a respeito da como os agentes compreendem os incentivos, se como preços ou como custos. Ver: COOTER, Robert. **Prices and Sanctions. Columbia Law Review**, v. 84, p. 1.523-1.560, jun./1984. No mesmo sentido: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 267. Na mesma linha: CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel A. D. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38-9.

político está com as classes mais abastadas, a tendência é transformar algum fato “problemático” em criminoso, porque seu efeito é maior do que apenas taxá-lo, a partir de alguma forma de tributação, por exemplo. É que, elevando-se o preço a ser pago, ainda assim há o consumo (embora as classes mais pobres não terão mais acesso), porque tudo passaria a ser resolvido a partir do poder econômico dos indivíduos. E, se o mal é considerado social, apenas uma taxa não o solucionaria, porque alguns ainda poderiam pagar pela sua utilização.

Na mesma linha, talvez fosse possível aferir a eficácia da política de elevação dos tributos incidentes sobre o tabaco e os ganhos sociais que essa política trouxe para a saúde pública (aliás, política já aplicada no Brasil há bastante tempo). Todavia, essa não deixa de ser uma política que considera a análise econômica do uso do tabaco: o argumento para o elevado peso dos tributos incidentes sobre o tabaco se relaciona, comumente, com o discurso de ser um bem supérfluo e que acarreta grandes despesas em saúde para o Estado (desde problemas de pele, respiratórios até câncer).

Como se percebe, há um campo muito amplo para a aplicação das ideias da análise econômica do direito Penal no sentido político, embora dependente de pesquisas empíricas para aferir a correlação entre as possíveis variáveis conhecidas e na verificação de novas possibilidades.

Por outro lado, essa necessidade de colheita e de análise de dados demonstra a grande dificuldade desse tipo de pesquisa: como há computação de dados, os quais se transformam em parâmetros de aferição, deve existir quantidade e qualidade (em um sentido de neutralidade)<sup>192</sup> suficientes de informações.

Em relação à quantidade, deve-se considerar a estimativa de que apenas um terço dos crimes seja efetivamente comunicada<sup>193</sup>. Além disso, a própria expansão dos serviços de

---

<sup>192</sup> Sobre o tema, ver: CERQUEIRA, Daniel R. C.; CARVALHO, Alexandre X. Y.; LOBÃO, Waldir J. A.; RODRIGUES, Rute I. **Análise dos Custos e Consequências da Violência**. Texto para discussão n. 1.284. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2007. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/082/08201008.jsp?ttCD\\_CHAVE=2817](http://www.ipea.gov.br/082/08201008.jsp?ttCD_CHAVE=2817)>. Acesso em: 19 jan. 2013. p. 8.

<sup>193</sup> KASSOUF, Ana Lúcia; SANTOS, Marcelo Justus dos. Uma Investigação Econômica da Influência do Mercado de Drogas Ilícitas sobre a Criminalidade Brasileira. **Revista Economia**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 187-210, mai.-ago./2007. p. 206. “Crimes como furtos ou que compreendem a chamada pequena criminalidade, em regra, não chegam a ser investigados, sobretudo se a autoria for desconhecida. Mesmo casos mais graves, como roubos, tráfico de drogas e até homicídios, compõem as chamadas ‘áreas de exclusão penal’. Há suspeitas de que as taxas de impunidade sejam proporcionalmente mais elevadas para as graves violações de direitos humanos, tais como: homicídios praticados pela polícia, por grupos de patrulha privada, por esquadrões da morte e/ou grupos de extermínio; ou ainda homicídios consumados durante linchamentos e naqueles casos que envolvem

segurança pública interfere nos dados:

ao se expandir a rede de delegacia de polícia (ou simplesmente a melhoria na imagem social das organizações), concede-se mais acesso a esse serviço, de forma que a população que antes não registrava as ocorrências passa a fazê-lo. Assim, ainda que determinada política possa ser efetiva, os testes não demonstram prontamente; ao contrário, aparentemente surge um aumento na criminalidade, ao menos na criminalidade que passou a ser oficial.<sup>194</sup>

Na questão qualitativa, para exemplificar o problema. Quando se fala de tragédias de trânsito, deve-se perceber a existência de duas verificações distintas: a relação de números de mortes no trânsito em comparação com o número de acidentes. Isso significa, por consequência, que a elevação do número de mortes não aponta necessariamente para uma elevação do número de acidentes. Naturalmente, porque se ocorrer um acidente grave com um micro-ônibus, matando vinte pessoas, proporcionalmente ocorreram mais mortes, e não necessariamente mais acidentes. Inclusive, hipoteticamente, o número de acidentes em relação ao ano passado pode ter diminuído, porém as mortes aumentaram estatisticamente (essa percepção de como a informação é apresentada pode gerar modificações na maneira de como o problema é percebido).

Ademais, há o problema de enquadramento nos dados<sup>195</sup>. Para a correta aferição dos

---

trabalhadores rurais e lideranças sindicais. Do mesmo modo, parecem altas as taxas de impunidade para crimes do colarinho branco cometidos por cidadãos procedentes das classes médias e altas da sociedade.” In: ADORNO, Sérgio. Crise no Sistema de Justiça Criminal. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 50-51, junho de 2002. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S000967252002000100023&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252002000100023&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 out. 2012. p. 50. Ainda sobre a “cifra oculta”: “A imagem flagrante do sistema de Justiça criminal é de um funil: largo na base – área na qual os crimes são oficialmente detectados – e estreito no gargalo, região onde se situam aqueles crimes cujos autores chegaram a ser processados e por fim acabaram sendo condenados”. In: Ibidem, p. 50. Encontra-se um apanhado de opiniões de juristas a respeito desse fenômeno em: CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 185-197. Por fim, interessante notar que algumas vezes esse desvio pode ser para o excesso: Ehrlich sustenta que quando a probabilidade ou a severidade da punição são altas ou quando isso facilita a compensação da suposta vítima, há uma tendência de “supernotificação”. In: EHRLICH, Isaac. *Crime, Punishment, and the Market for Offenses*. **Journal of Economic Perspectives**, v. 10, n. 1, p. 43-67, 1996. p. 58. Exemplos dessa situação poderiam ser denúncias caluniosas de uma prostituta que não recebeu o pagamento pelo serviço em relação ao cliente, acusando-o de tê-la estuproado, ou de uma esposa que denuncia o ex-marido por algum crime violento em razão de descontentamento por outro fato.

<sup>194</sup> OLSSON, Gustavo A. Análise Econômica do Direito Criminal: Gary Becker no Brasil e perspectivas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 75-107, jan.-mar./2012. p. 99. Além disso, “nem todo delito cometido é perseguido; nem todo delito perseguido é registrado; nem todo delito registrado é averiguado pela polícia; nem todo delito averiguado é denunciado; nem toda denúncia é recebida; nem todo recebimento termina em condenação”. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 262-3.

<sup>195</sup> Em relação às categorias econômicas, ver: CERQUEIRA, Daniel R. C.; e outros. **Análise dos Custos e Consequências da Violência**. Texto para discussão n. 1.284. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2007. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/082/08201008.jsp?ttCD\\_CHAVE=2817](http://www.ipea.gov.br/082/08201008.jsp?ttCD_CHAVE=2817)>. Acesso em:

resultados das pesquisas, as questões empíricas devem considerar as categorias jurídicas existentes, de forma que seja possível compará-las entre si (e modificações constantes nas tipificações penais dificultam ainda mais a verificação). Por exemplo, embora comumente se denomine certos atos como “assalto”, essa não é uma categoria jurídico-típica; ao contrário, na análise da tipicidade pode se tratar de roubo, extorsão, furto, dependendo das características objetivas e subjetivas do agente no momento do fato. Esse tipo de problema de categorização, também afeta a qualidade dos dados a serem computados, o que, por consequência, potencialmente levariam a erros nas políticas públicas.

Sabe-se que o sistema repressivo se apresenta com determinadas “preferências” de atuação, de forma que determinados grupos passam a ser mais vigiados em relação a outros. O mesmo ocorre em relação ao tipo de crimes investigados e às facilidades ou dificuldades de determinados grupos em acionar o Estado (como a inexistência de delegacias de polícia em determinados locais, por exemplo). Assim, os dados normalmente utilizados não correspondem a uma verificação efetivamente social, mas à análise daqueles agentes que foram perseguidos e condenados pelo sistema, que estava exatamente por eles procurando<sup>196</sup>. Essa realidade dificulta o reconhecimento de uma teoria geral, porque considera unicamente alguns grupos, e realiza uma verificação tão somente após a escolha ser feita (não computando as opções igualmente possíveis e não seguidas pelos agentes)<sup>197</sup>.

De qualquer maneira, a inexistência de dados precisos não inviabiliza, por si só, a utilização das ideias decorrentes dos instrumentos da Ciência Econômica (tanto em relação à maior possibilidade de ser descoberto, quando em relação às reprimendas propriamente ditas), porque ao menos permitem a comparação estatística entre o passado com as modificações que potencialmente podem ser imaginadas. Ademais, poderiam existir casos nos quais são presumíveis as consequências mais imediatas.

Becker exemplifica essa ideia com a pena de morte: ainda que não existam evidências quantitativas disponíveis, racionalmente, são encontradas boas razões para demonstrar seu efeito preventivo. É que, geralmente, ainda que o agente seja favorável a correr riscos, a

---

19 jan. 2013. p. 8. Em relação às categorias jurídicas, ver: OLSSON, Gustavo A. Análise Econômica do Direito Criminal: Gary Becker no Brasil e perspectivas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 75-107, jan.-mar./2012. p. 96.

<sup>196</sup> EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. *Economics of Crime. Foundations and Trends in Microeconomics*, Hanover, v. 2, i. 3, 2006. p. 15.

<sup>197</sup> EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. *Economics of Crime. Foundations and Trends in Microeconomics*, Hanover, v. 2, i. 3, 2006. p. 1.

noção básica a respeito de qualquer ser vivo remonta ao interesse de sua própria preservação (manter-se vivo). E, ainda que a existência da pena de morte e a percepção do agente a respeito de sua aplicação possam gerar maior truculência e dificuldade em prendê-lo, isso consistiria exatamente na demonstração de que não pretende morrer<sup>198</sup>. Por outro lado, adverte que a pena de morte deveria ser utilizada unicamente em crimes socialmente graves, porque, caso aplicada a crimes menos graves, como o roubo, por exemplo, poderia levar o agente à matar a vítima na intenção de evitar ser descoberto (porque ele mesmo morreria)<sup>199</sup>.

Por fim, merece menção casos cujo grau de controvérsia doutrinária é intenso, o que representaria a dificuldade da apreensão e do cômputo dos dados e das informações. Nessa hipótese, pode-se pensar nas discussões a respeito do acesso às armas de fogo.

O tema das armas de fogo nos Estados Unidos tem invocado discussões acadêmicas no âmbito da análise econômica há um longo tempo. Para fins da pertinência deste trabalho, importa destacar o trabalho de John Lott Jr., um acadêmico que, após realizar um grande número de pesquisas e utilizando um amplo espectro de dados (e a cada nova edição do livro, vai complementando-o), sugeriu que “*More Guns, Less Crime*”, ou seja, que a possibilidade dos cidadãos possuir e portar armas faria com que o número de crimes fosse reduzido significativamente.

---

<sup>198</sup> BECKER, Gary S. *On The Economics of Capital Punishment. The Economists' Voice*, v. 3, i. 3, article 4, mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bepress.com/ev/vol3/iss3/art4>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

<sup>199</sup> E isso pode ocorrer em crimes menos graves também: a política norte-americana dos “*Three Strikes*” [na terceira vez há uma punição diferenciada, e consideravelmente mais grave] aplicada no sistema penal, gerou uma consequência inesperada. Ao contrário de diminuir a violência, em muitos casos a aumentou: “Infelizmente, onde esta lei foi promulgada, a polícia encontrou algumas surpresas. Em vez de necessariamente deter os criminosos, os criminosos da terceira vez tendem a aumentar a violência, a fim de evitar a captura. (...) Assim, a polícia enfrentou uma escalada de violência por crimes nos quais normalmente teria encontrado uma resistência pequena por parte do criminoso no momento da prisão. A razão por trás dessa escalada é simples. Quando as leis foram criadas, seus planejadores cometeram o erro de supor que o pensamento criminoso considerava apenas duas dimensões, ou seja, as decisões seriam, ou para cometer um crime ou não. Se esta hipótese fosse verdadeira, quando a probabilidade de prisão aumentava, o criminoso seria menos propenso a cometer um crime (o terceiro). (...) O erro neste julgamento reside em ignorar que o criminoso tem outras opções.” Isso, porque, se o agente imaginar que o risco de ser pego é mínimo e realizar o terceiro crime, quando se deparar com a possibilidade de receber uma prisão perpétua por um crime de menor importância (a mesma pena de matar alguém), resistir à prisão a qualquer custo passa a ser uma atitude ótima. Afinal, se for pego, em qualquer hipótese, a pena será a mesma: prisão perpétua. Original da citação: “*Unfortunately, where this law has been enacted, the police encountered some surprises. Instead of necessarily deterring criminals, third time offenders tended to increase the violence in order to avoid capture. (...) Thus, the police faced an escalation in violence for crimes that normally would have shown a criminal offering little resistance to arrest. The reason behind this escalation is simple. When laws were created, the planners made the error of assuming that criminal thought on only two dimensions, i.e., the decisions was either to commit a crime or not. If this assumption were true, then it was reasoned that as the probability of arrest increased, the criminal would be less likely to commit a (third) crime. (...) The error in this judgment lies in ignoring that the criminal has other options*”. In: SIEBERG, Katri K. *Criminal Dilemmas: understanding and preventing crime. Studies in Economic Theory*, n. 12. Berlin: Springer-Verlag, 2005. p. 22-3.

Muitos fatores influenciam a criminalidade, sendo a prisão e os índices de condenação os mais importantes. No entanto, leis de porte de arma não-discricionárias também são importantes, e elas são os mais rentáveis meios de reduzir a criminalidade. O custo de contratação de mais policiais, a fim de alterar as taxas de prisão e condenação é muito maior em relação aos benefícios líquidos das leis de porte de armas. (...) Permitir que os cidadãos sem antecedentes criminais ou de histórias de doença mental significativas de portar armas impede crimes violentos e parece produzir uma mudança muito pequena, estatisticamente insignificante, no número de mortes acidentais.<sup>200</sup>

A premissa básica é que uma restrição ao acesso de armas, faz com que os criminosos permaneçam as utilizando (exatamente porque são criminosos) e as pessoas se tornarão potencialmente indefesas (sobretudo aquelas que já possuem as defesas debilitadas por alguma razão, como idosos, algumas mulheres, etc.). Para o autor, então, a situação ideal consistiria naquela em que as pessoas podem ter armas de forma não aparente (por exemplo, o porte não ostensivo): um fator de insegurança para o criminoso, porque, ao não saber previamente quem porta ou não uma arma, o benefício de alguns portarem armas leva a dúvida também em relação àqueles que não as portam. O criminoso reconhece que potencialmente todos podem ter uma arma escondida consigo. Assim, o efeito dissuasório tenderia a ser maior<sup>201</sup>.

Evidentemente, muitos autores discutem as conclusões de Lott<sup>202</sup>, sobretudo a partir de argumentos de que, maior disposição de armas, gera maior probabilidade de que as pessoas as usem. Assim, ainda que efetivamente pudesse ocorrer uma diminuição dos roubos, por exemplo, o número de suicídios, assassinatos (por causas não premeditadas), tendem a

<sup>200</sup> Tradução livre de: “*Many factors influence crime, with arrest and conviction rates being the most important. However, nondiscretionary concealed-handgun laws are also important, and they are the most cost-effective means of reducing crime. The cost of hiring more police in order to change arrest and conviction rates is much higher, and the net benefits from concealed-handgun laws. (...) Allowing citizens without criminal records or histories of significant mental illness to carry concealed handguns deters violent crimes and appears to produce an extremely small statistically insignificant change in accidental deaths.*” In: LOTT JR., John R. **More Guns, Less Crime: understanding crime and gun control laws**. Chicago: Chicago University Press, 2010. p. 164.

<sup>201</sup> LOTT JR., John R. **More Guns, Less Crime: understanding crime and gun control laws**. Chicago: Chicago University Press, 2010. p. 06. Ver também, páginas 165-6 (efeito “halo”).

<sup>202</sup> A grande maioria das controvérsias aparece exatamente na aplicação do ferramental da economia (por exemplo, a comparação de dados “incompatíveis”, desconsideração pelas características das diferentes localidades, o impacto da lei no comportamento – e não propriamente a existência das armas -, o custo-benefício das armas em comparação com a restrição de posse e porte, etc.). Por exemplo, ver estes textos que são comumente os mais citados: a) ZIMRING, Franklin; HAWKINS, Gordon. *Concealed Handgun Permits: the case of the counterfeit deterrent*. **The Responsive Community**, Washington, Center for Policy Research, v. 2, I. 2, p. 46-60, 1997. b) BLACK, Dan A.; NAGIN, Daniel S. *Do Right-to-Carry Laws Deter Violent Crime?*. **Journal of Legal Studies**, n. 27, p. 209-19, 1998. b) HASHEM, Dezhbakhsh; RUBIN, Paul H. *Lives Saved or Lives Lost?: the effects of concealed-handgun laws on crime*. **American Economic Review**, n. 88, I. 2, p. 468-74, 1998. d) DONOHUE, John; LEVITT, Steven. *Guns, Violence, and the Efficiency of Illegal Markets*. **American Economic Review**, n. 88, I. 2, p. 463-67, 1998. e) ALSCHULER, Albert W. *Two Guns, Four Guns, More Guns, Does Arming The Public Reduce Crime?*. **Valparaiso University Law Review**, n. 31, p. 365-73, 1997.

umentar, porque mais pessoas terão uma arma a sua disposição<sup>203</sup>. Além disso, provavelmente uma legislação que reduza drasticamente o número de armas pode gerar um efeito melhor do que ampliar o seu número, reduzindo, ainda, os efeitos indesejados de um grande volume de armas de fogo na sociedade<sup>204</sup>.

Por fim, esclarece-se que, mesmo estando esses problemas tratados neste tópico, grande parte das observações também são aplicáveis ao tópico seguinte, uma vez que naquele também são imprescindíveis pesquisas empíricas (para permitir a análise de possibilidades).

### 2.2.2 Escolha das Penas, as Informações e outras Variáveis

Este tópico procura enfatizar a outra face do modelo de Becker, referente às penalidades propriamente ditas. Não há uma separação bem determinada entre as perspectivas (ao contrário do que grande parte da doutrina procura realizar). Ambas se relacionam profundamente, como se demonstrará.

Nesse contexto, da mesma forma que o modelo pode ser pensado a respeito das políticas sociais, é possível pensá-lo sob o ponto de vista de cada crime individualmente. Neste ponto, ao contrário de se imaginar um contexto amplo (de probabilidade de condenação e de punição no sentido de escolhas político-eficientes), pode-se pensar em um contexto mais restrito, ligado especialmente às reprimendas (em relação aos seus tipos, quantidades, possibilidade de substituição de uma pela outra, etc.).

Segundo Becker, embora as reprimendas em si atuem em menor medida para dissuadir a ocorrência de crimes<sup>205</sup>, ainda assim contribuem para a redução do número de fatos

---

<sup>203</sup> Lott contradiz isso já na introdução do seu livro, quando afirma que, embora exista uma cultura de armas nos Estados Unidos da América, uma obsessão, nas palavras do autor, a grande parte das pessoas (incluindo policiais) nunca fizeram uso de suas armas. Em grande parte das vezes que as pessoas fazem uso de uma arma, o fazem sem puxar o gatilho, tendo um grande funcionamento unicamente em razão de seu potencial intimidador. Assim, o autor tende a afastar o argumento de que maior quantidade de armas pode gerar maior quantidade de danos sociais. De qualquer forma, ao longo do texto, apresenta argumentos inclusive em relação ao pequeno índice de uso equivocado de armas em acidentes de trânsito e que, sobretudo, as maiores estatísticas de mortes por armas de fogo ocorrem em lutas entre os próprios criminosos. In: LOTT JR., John R. *More Guns, Less Crime: understanding crime and gun control laws*. Chicago: Chicago University Press, 2010. Essas ideias aparecem na introdução da obra. As duas finais em p. 13 e 09, respectivamente.

<sup>204</sup> Ver: AYRES, Ian; DONOHOU, John. *Nondiscretionary Concealed Weapons Laws: A case study of statistics, satandarts of proof, and public choice*. *Review of More Guns, Less Crime. American Law and Economics Review*, v. 1, n. 1, p. 436-470, 1999. p. 467.

<sup>205</sup> Tradução livre e parcial de: "Practically all the diverse theories agree, however, that when other variables are held constant, an increase in a person's probability of conviction or punishment if convicted would generally

cometidos; redução que algumas vezes, segundo outros autores, é substancial.

Enquadra-se no sentido de “reprimenda” não unicamente a punição em si (qualidade e quantidade), mas também o tempo decorrido até a sua aplicação efetiva. A conjugação adequada, para Becker, perpassa, então, pela alta chance de ser descoberto e sofrer uma pena (a respeito da qual o agente tenha de antemão um certo grau de certeza sobre sua qualidade e quantidade<sup>206</sup>) e o transcurso desde a descoberta até a punição, o qual não deveria ser muito extenso.

A questão informacional é essencial ao modelo de Becker: havendo conhecimento prévio dessas características (penais ou legais) pelo criminoso, esse pode antever com maior facilidade as consequências geradas a ele próprio em razão da ação que cogita realizar. Para o agente essa informação pode ser considerada racionalmente porque as consequências recebem uma concretude prévia: sabe de antemão, por exemplo, que as chances de ser punido são elevadas, incluindo também o tipo e a quantidade da pena (pelo menos de padrões de respostas jurídico-penais). Isso não significa, contudo, que não é possível encontrar-se outros arranjos entre essas variáveis, como já mencionado. Igualmente, não significa que o agente realizará atos mentais lógico-matemáticos complexos nessa verificação. A racionalidade do agente, ao menos para Becker, é um pressuposto não absoluto, importando efetivamente a verificação estatística: importa saber se a grande parte das pessoas atua conforme o modelo, ainda que não todas (o que será retomado adiante, no tópico referente ao individualismo metodológico).

Além disso, a possibilidade de se pensar a escolha das penas propriamente ditas também se relaciona com o custo social que cada uma produz na sociedade (e essa categoria é a ligação para o que foi estudado no tópico anterior). Por exemplo, o custo é diferente na hipótese do encarceramento (muito mais custosa) em relação à multa. Inobstante o maior custo, a pena de prisão pode ser considerada em quatro aspectos: para dissuasão, como retribuição, para reabilitação e como incapacitação (de cometer novos crimes enquanto está preso – sobretudo contra as pessoas que estão fora da prisão)<sup>207</sup>, características que não são

---

*decrease, perhaps substantially, perhaps negligibly, the number of offenses he commits.”* In: BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 176.

<sup>206</sup> BECKER, Gary S. *On The Economics of Capital Punishment*. *The Economists' Voice*, Berkeley, vol. 3, iss. 3, article 4, mar./2006. Disponível em: <<http://www.bepress.com/ev/vol3/iss3/art4>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

<sup>207</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 510. Modernamente, na literatura jurídica, outras finalidades

encontradas integralmente no âmbito da multa penal. Há também outras formas e graus de reprimendas, como a cumulação da prisão com a multa, a possibilidade de livramento condicional, a suspensão condicional da pena (e do processo), a substituição do encarceramento por penas restritivas de direitos. Becker sugere que a sociedade deve verificar os custos dessas possibilidades, de forma a melhor utilizá-las, podendo gerar um melhor resultado social conforme o tipo de crime cometido.

Por exemplo, geralmente a pena de multa é muito mais barata, porque significa apenas uma transferência de riqueza (e possui ainda vantagens no sentido de reduzir os lucros do criminoso, compensar a vítima – melhorando o sentimento de que a justiça foi realizada)<sup>208</sup>. Além disso, sendo a multa adotada com a função de reduzir a perda social decorrente da infração, ainda que não seja integral em relação ao dano produzido, diminui os custos sociais, ao contrário da pena de encarceramento<sup>209</sup> (e sempre seria possível utilizar outra forma de punição complementar). As grandes desvantagens da multa correspondem à impossibilidade de pagá-la, o que retiraria o poder dissuasório da ameaça penal<sup>210</sup>. Mais complexo ainda é o resultado da comparação entre aquele detentor da capacidade econômica (realizaria o pagamento) e outro que não a tivesse (cumpriria a pena corporal ou outra medida alternativa<sup>211</sup>), por exemplo<sup>212</sup>; assim como o problema moral a respeito do sentimento de

---

são consideradas, incluindo-se também o reforço à validade da norma e uma percepção “agnóstica”. Sobre o assunto, ver, por exemplo: AMARAL, Thiago Bottino do; SHIKIDA, Pery F. A.. *Análise Econômica do Crime*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. Capítulo 12. p. 300-2.

<sup>208</sup> De qualquer maneira, nem sempre a transferência de valor é algo simples: se o valor da multa for elevado, é provável que o agente realize grandes esforços para não pagá-la (da mesma forma que realiza para não ser preso) e, por sua vez, é razoável imaginar que os custos do Estado também são acrescidos. In: RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 255.

<sup>209</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 195.

<sup>210</sup> GAROUPA, Nuno. *The Theory of Optimal Law Enforcement*. *Journal of Economic Surveys*, Blackwell Publishers, v. 11, n. 3, p. 267-295, set./1997. p. 275. E o mesmo vale para crimes graves, quando a multa, por ser muito elevada, tende a superar o patrimônio do agente, perdendo, da mesma forma, seu potencial dissuasório.

<sup>211</sup> Alguns autores sugerem explicitamente essa possibilidade: BRENNER, Geraldo. **Entendendo o Comportamento Criminoso**: (...) Porto Alegre: AGE, 2009. p. 42. De qualquer forma, é importante reconhecer que esse tipo de problema já aparece na realidade jurídica brasileira. Inclusive, atualmente, é pacífica, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do Princípio da Bagatela para crimes de natureza tributária de até R\$ 10.000,00; valor que não encontra correlação para o crime de furto, por exemplo, cujo valor máximo aceito tende a ser aproximadamente de R\$ 50,00, e desde de que não exista reincidência. Evidentemente, a comparação proposta não sugere que ambos os casos deveriam necessariamente ter o mesmo parâmetro econômico, mas, sim, que necessariamente deveriam encontrar uma coerência no tratamento jurídico-penal. Nesse sentido, ver: “CRIMINAL. RESP. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ART. 20 DA LEI 10.522/2002. APLICABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. Nos termos do julgamento, pela Terceira Seção, do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.112.748/TO, pacificou-se o entendimento no sentido de que o princípio da insignificância no crime de descaminho incide quando o débito tributário não ultrapassar o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos termos do disposto no art. 20 da Lei 10.522/2002. II. O

estar-se “comprando” o cometimento de uma infração<sup>213</sup>.

Não se deve desconsiderar que os benefícios esperados pelo agente (expectativa de resultados) também são muito relevantes para a verificação, porque se o benefício superar a expectativa da multa, igualmente as normas tendem a não serem eficazes<sup>214</sup>.

Por outro lado, quando da aplicação da pena, segundo Posner, é difícil de se computar a aversão do agente ao risco (ou não), acabando por prejudicar aqueles que evitam o risco a todo o custo. Ocorre que, para uma multa ter o mesmo grau de prevenção em alguém que

---

entendimento pacificado desta Corte é orientado no sentido de que as circunstâncias de caráter pessoal, tais como a reincidência e maus antecedentes, não devem impedir a aplicação do princípio da insignificância, pois este está diretamente ligado ao bem jurídico tutelado, que na espécie, devido ao seu valor econômico, está excluído do campo de incidência do direito penal. III. Recurso especial conhecido e desprovido, nos termos do voto do relator.” In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial n. 1265373/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012. Também, ver: “DIREITO PENAL. FURTO. SISTEMA DE VIGILÂNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. VALOR DAS COISAS. QUASE TRINTA POR CENTO DE UM SALÁRIO MÍNIMO À ÉPOCA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. REGIME FECHADO. MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 269 DESTA STJ. 1. A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção não aceitam a tese de que sistemas de vigilância eletrônica ou de monitoramento por fiscais do próprio estabelecimento comercial impedem de forma completamente eficaz a consumação do delito, rendendo ensejo ao reconhecimento de crime impossível, pela absoluta ineficácia dos meios empregados. 2. Consoante entendimento jurisprudencial, o “princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. (...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.” (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 3. Não é insignificante a conduta de tentar furtar bens alheios no valor de R\$ 119,98, que, à época dos fatos, era quase trinta por cento do salário mínimo, então vigente. 4. Em tais circunstâncias, não há como reconhecer o caráter bagatela do comportamento imputado, havendo afetação do bem jurídico. 5. Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidência, inviabilizada está (súmula 269/STJ) a imposição de regime inicial semiaberto, ainda que a pena final não ultrapasse 4 anos de reclusão (art. 33, §3º, do Código Penal). 6. Ordem denegada.” In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Hábeas-Córpus n. 238.714/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012.

<sup>212</sup> Alguns autores sugerem a permissão de parcelamento ou uma participação na remuneração pelo trabalho (carcerário ou extra-presídio) como possíveis soluções para a impossibilidade de pagamento das multas. Embora não mencionem, isso pode servir para deixar o agente em “contato” com o sistema criminal por mais tempo, da mesma maneira que o Poder Judiciário condena as pessoas a comparecimento em cartório para justificar as atividades durante algum tempo (podendo acarretar um sentimento de “vigilância” por parte do Estado). Sobre o parcelamento: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 36.

<sup>213</sup> Becker contraria esse argumento afirmando o igual costume de se pensar que o “preço a ser pago” por furtar um carro é 6 meses de cadeia, por exemplo. In: BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 195.

<sup>214</sup> Sobre o tema, ver: SHAVELL, Steven. *Criminal Law And The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*. In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. Capítulo 6 , p. 182.

gosta de risco, em relação a alguém que não gosta de riscos, essa deve ser mais elevada. Essa verificação poderia se dar quando da individualização da pena, por exemplo.

Entretanto, em muitas das vezes, não há como aferir-se por intermédio de uma demanda penal a propensão do agente a correr riscos e tal circunstância tende a acarretar excessivo custo para aqueles que evitam o risco: tendencialmente eleva-se os padrões mínimos estabelecidos nos tipos penais, gerando punições ainda mais elevadas do que o necessário para evitar que grande parte – em tese – dos agentes cometessem o fato criminoso (gera-se um desperdício)<sup>215</sup>. Isso afetaria negativamente (por uma “sobre-penalização”) aqueles que são neutros ou avessos aos riscos de serem pegos.

A questão da reincidência também pode se referir à compreensão dos resultados do crime. Em geral, a exemplo de Posner, sugere-se punir com mais ênfase os reincidentes<sup>216</sup> (com a ressalva que de em muitos casos isso acarretaria uma progressão na gravidade dos fatos: ao se receber cada vez uma solução penal mais gravosa, mais esforços poderiam ser feitos para evitar a prisão). Essa postura reincidente traduziria a mensagem de insuficiência das condenações anteriores para o agente perceber que o crime não compensa. O problema é que talvez o crime tenha compensado de alguma forma que Posner não percebeu (satisfazendo algum interesse, como notoriedade, poder, sentimentos pessoais). Além do mais, há a contextualização social, que agrega outras variáveis relevantes para a verificação desse problema específico (também deixadas de lado), mas que têm sido consideradas pela pesquisa brasileira<sup>217</sup>. Talvez a sugestão de Garland auxilie: o fator reabilitação igualmente deve ser

---

<sup>215</sup> POSNER, Richard A. *An Economic Theory of Criminal Law*. In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 77.

<sup>216</sup> POSNER, Richard A. *An Economic Theory of Criminal Law*. In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 161.

<sup>217</sup> “Isto sugere que as pessoas entrevistadas, embora tivessem, em sua maioria, condições mínimas de sobrevivência, porquanto estivessem empregadas e/ou possuíssem uma renda mínima (abaixo da faixa média de dois salários mínimos), migraram para as atividades consideradas ilegais por influência de ‘amigos’ (podendo ser ou não vizinhos) e por outras causas individuais (cobiça e ambição; ganho fácil; manutenção de *status*), na esperança de que os ganhos imaginados superassem as rendas oriundas das atividades legais”. In: BORILLI, Salete Poloni; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. *Economia e Crime: um estudo exploratório na Penitenciária Industrial de Guarapuava e Cadeia Pública de Foz de Iguaçu (PR)*. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 34, n. 2, abr.-jun./2003. p. 341. Da mesma forma, algumas entrevistas demonstraram que grande parte dos presos justificou a atuação criminoso como meio de elevar os ganhos auferidos. Inclusive, a pesquisa sustenta que considerável proporção de presos detinha trabalho remunerado quando realizou o crime. Nesse sentido: SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 324-344, jul.-dez./2010. p. 337-8. Constatou-se “correlação positiva significativa entre urbanização, pobreza e desemprego em relação a crimes contra o patrimônio. De outro modo, não houve evidências acerca da correlação entre aquelas variáveis sociais e demográficas em relação aos crimes contra a pessoa”. In: CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. **Determinantes da Criminalidade**: em resenha dos modelos teóricos e resultados empíricos. Texto para

considerado como um indicador de desempenho do sistema penal<sup>218</sup>, e não apenas o controle do número de infrações apuradas, conforme Becker<sup>219</sup>. Afinal, obtendo o sistema penal sucesso, o indivíduo não deveria permanecer delinquindo. Não se pode esquecer também que o próprio processo biológico de envelhecimento interfere na reincidência, porque esta tende a ocorrer mais em jovens (ainda que adultos) do que em pessoas de maior idade<sup>220</sup>.

“Entretanto, enfatizamos que o papel oportunações disponíveis na competição entre as atividades legítimas e ilegítimas determina a extensão da participação de um agente nessas últimas e, indiretamente, também determina a extensão de sua responsabilidade aos incentivos.”<sup>221</sup> Daí porque é possível pensar-se, uma vez que há uma comparação individual entre as atividades legais e ilegais, em alternativas lícitas que tornem a atuação conforme o sistema jurídico mais vantajosa aos olhos dos agentes<sup>222</sup>.

No que tange às penas substitutivas à prisão (e isso também se aplica às penas de multa), deve-se ainda verificar o peso que possuem em relação à dissuasão dos agentes em cada sociedade (e em cada grupo específico, talvez). Essa medição é de elevada complexidade, porque a sociedade tende a não perceber uma completa capacidade de substituição entre as diferentes formas de punir. O sentimento da população, segundo a doutrina, é diferente quando se compara a pena de prisão com medidas alternativas: essas não apresentam muitas vezes a mesma sensação de punição que o encarceramento produz. Para Kahan, “O público rejeita as alternativas [às penas de prisão] não porque percebem que essas

---

Discussão IPEA n. 956, Rio de Janeiro, jun./2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0956.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0956.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011. p. 17. O tempo de desemprego influencia no cometimento de delitos, assim como a existência de maior rotatividade no mercado de trabalho possa indicar uma redução de crimes. In: KASSOUF, Ana Lúcia; SANTOS, Marcelo Justus dos. Uma Investigação Econômica da Influência do Mercado de Drogas Ilícitas sobre a Criminalidade Brasileira. **Revista EconomiA**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 187-210, mai.-ago/2007. p. 201.

<sup>218</sup> GARLAND, David. As contradições da “Sociedade Punitiva”: o caso Britânico. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, n. 13, p. 59-80, nov./1999. p. 70.

<sup>219</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. **The Journal of Political Economy**, Chicago, vol. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 174.

<sup>220</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 512.

<sup>221</sup> Tradução livre de: “we do emphasize, however, the role of opportunities available in competing legitimate and illegitimate activities in determining the extent of an offender’s participation in the latter and thus, indirectly, also in determining the extent of his response to incentives”. In: EHRLICH, Isaac. *Participation in illegitimate Activities: an economic analysis*. In: BECKER, Gary; LANDES, Willian. **Essays in the Economics of Crime and Punishment**. New York: UMI, p. 68-134, 1974. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapter/s/c3627.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2012. p. 111.

<sup>222</sup> Textualmente: “(...) na base da teoria econômica há dois mecanismos possíveis para reduzir a prática de delitos: atribuir custos adicionais sobre sua prática ou atribuir vantagens adicionais à realização opcional de atividades lícitas (desestimulando a prática do delito) – reduzindo, por exemplo, as taxas de desemprego.” In: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Eficiência e Direito Penal**. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. Barueri: Manole, 2004. p. 19.

punições não vão funcionar ou não são graves o suficiente, mas porque elas não conseguem expressar condenação tão dramaticamente e de forma tão inequívoca como a prisão o faz”<sup>223</sup>. Por isso mesmo, embora muitas vezes exista alguma alternativa mais eficiente em relação à reinserção do condenado na sociedade, a sociedade não a utiliza na quantidade que seria possível<sup>224</sup>. Assim, segundo o autor, a sociedade deveria (a partir de demonstrações de sua efetividade) tentar modificar essa dinâmica em relação aos meios alternativos, ou agregar outros efeitos indiretos às penas alternativas capazes de reforçar o sentimento da punição. Nesse sentido, cita como exemplo a vergonha pública da condenação<sup>225</sup>, que pode ser potencializada com obrigações que o condenado deve cumprir publicamente<sup>226</sup>. Afastando-se dessa linha de proposta (que no Brasil seria inconstitucional, pela proibição de penas cruéis e degradantes<sup>227</sup>), sabe-se, por outro lado, que as penas criminais por si só já acarretam

<sup>223</sup> No original: “*The public rejects the alternatives not because they perceive that these punishments won't work or aren't severe enough, but because they fail to express condemnation as dramatically and unequivocally as imprisonment.*” In: KAHAN, Dan M. *What Do Alternative Sanctions Mean?* In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 76. Nessa linha, pode-se agregar, inclusive, a percepção de Foucault: “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. (...) Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão. (...) Como não seria a prisão a pena por excelência numa sociedade em que a liberdade é um bem que pertence a todos da mesma maneira e ao qual cada um está ligado por um sentimento ‘universal e constante’? Sua perda tem portanto o mesmo preço para todos; melhor que a multa, ela é o castigo ‘igualitário’. (...) Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a idéia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira. (...) Daí a expressão tão freqüente (...) de que a pessoa está na prisão para ‘pagar sua dívida’. (...) Mas a obviedade da prisão se fundamenta também em seu papel, suposto ou exigido, de aparelho para transformar os indivíduos.” In: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1996. p. 208.

<sup>224</sup> In: KAHAN, Dan M. *What Do Alternative Sanctions Mean?* In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 77.

<sup>225</sup> Nuno Garoupa traduz essa possibilidade como custo psicológico para o agente (uma espécie de custo de oportunidade). Esse tipo de custo modificaria, inclusive, as conclusões de Becker: o agente que comete um delito (porque reconhece que esse custo é menor em relação à cumprir a lei), deveria receber uma penalidade maior, para atingir o mesmo nível de dissuasão dos demais. Atinge-se a mesma consequência do desconto em relação ao futuro, conforme explicitado nas tabelas anteriormente. In: GAROUPA, Nuno. *Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review*. *European Journal of Law Economics*, Erfurt, v. 15, n. 1, p. 5-15, jan./2003. p. 8.

<sup>226</sup> Entretanto, não se trata unicamente de sentir a vergonha, mas das penas vergonhosas utilizadas como meios de enfatizar as penas alternativas: como o uso de camisetas que afirmam o crime que fora cometido; falar com os vizinhos a respeito do seu passado criminoso; escritos em placas na rua; permitir que a vítima “retire” algo da casa daquele que cometeu um furto; forçar as pessoas a contar sua condenação numa praça pública ou na frente do fórum; colocar placas na frente de casa; escritos nas placas dos carros ou nos pára-choques, etc. Todos esses seriam exemplos de um elemento complementar à condenação alternativa, que, em razão de sua publicidade e do caráter vergonhoso, reforçariam o efeito da “condenação” das penas alternativas.

<sup>227</sup> Artigo 5º, incisos III e XLVII, alínea “e” da Constituição Federal. Tais limitações também podem ser abordadas por intermédio do princípio da humanidade das penas, como limitação de “níveis de afetação pessoal”. Nesse sentido: RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Racionalidade das leis penais: teoria e prática**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 168. Jolls, Sunstein e Thaler sugerem um exemplo juridicamente discutível no Brasil: no caso dos estacionamento indevidos, sugerem que, ao invés de ser colocada uma multa pequena no pára-brisa do veículo, seja utilizado algo com maior poder visual: inclusive, no qual esteja escrito “Violação”, na janela lateral do veículo, dando notoriedade do fato para todos os

sentimentos sociais<sup>228</sup> negativos (por exemplo, o preconceito), o que também não costuma ser medido.

Esse tipo de “preferência” pelo encarceramento, efetivamente pode ser decorrente de uma questão sociocultural; modificável em alguma medida, portanto, a partir da utilização da informação institucional a respeito das vantagens de outras formas de punição em relação à prisão. Insere-se nessa possibilidade medidas extra-penais, como administrativas, cíveis, etc., que poderiam obter resultados com o mesmo grau de qualidade (ou com vantagens) em relação a uma pena de encarceramento.

Tema relevante nesse contexto das penas está no efeito de “migração” na atividade criminosa. O arranjo das penas, em sua quantidade e qualidade, pode ser considerado como incentivos específicos aos agentes, modificando a sua percepção em relação a alguns crimes. De fato, o tipo e a quantidade da pena influenciam na “escolha” do crime a ser cometido. Por isso, é grande a importância do equilíbrio e proporcionalidade das penas em um sentido amplo (tanto no sentido político, quanto no momento de sua aplicação no judiciário).

Os fatos mais graves devem comportar apenamentos mais severos, por mais difícil que possa ser esse equilíbrio. E esse equilíbrio deve ser verificado em relação à globalidade ou a grupos “temáticos” de crimes (contra o patrimônio, contra a vida, etc.). Mas a importância disso para a Análise Econômica do Direito Criminal está mais além da obviedade jurídica

---

passantes. Segundo os autores, isso concederia uma maior percepção de que há fiscalização, ainda que o número de rondas não seja modificado. Modifica-se o sentimento das pessoas a respeito da existência de fiscalização. In: JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008. p. 45.

<sup>228</sup> Mas isso, em princípio, contradiria o modelo tradicional da análise econômica criminal, porque naquele, esses sentimentos não modificariam a probabilidade do cometimento de crime. Entretanto, na verdade, modificam. Sobre esse tema, ver: JOLLS, Christine. *On Law Enforcement with Boundedly Rational Actors*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University, 2005. Capítulo 11, p. 276-7. Rasmusen retrata que, quando uma condenação criminal é conhecida, os indivíduos se tornam mais relutantes para interação (como contratar um ex-detento para um trabalho). Segundo o autor, essa relutância do setor privado pode ser tão relevante para desincentivar a ocorrência de um crime quanto a punição estatal. In: RAMUSSEN, Eric. *Stigma and Self-Fulfilling Expectations of Criminality*. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 39, n. 2, p. 519-543, out./1996. Disponível também em: <[http://www.rasmusen.org/published/Rasmusen\\_96JLE.stigma.pdf](http://www.rasmusen.org/published/Rasmusen_96JLE.stigma.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2012. p. 19 (versão do endereço eletrônico). Note-se que o mesmo fenômeno já fora percebido pela “concepção do etiquetamento”, no âmbito da criminologia, quando percebeu-se que as próprias instituições criadas para “corrigir” o comportamento, acabam por acentuá-lo, sobretudo com o estigma de ter sido submetido a instituições correccionais. Por exemplo, ver: GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 6. ed., Porto Alegre: Penso, 2012. p. 670. Em literatura especializada, dentre outros, ver: a) BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, capítulo XIV. b) YOUNG, Jock. *A Sociedade Excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. c) ANDRADE, Manuel Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 343-5, especialmente.

dessa proposição: se não houver um correto equilíbrio, o agente pode cometer um crime que causa mais prejuízo social sendo que poderia cometer outro menos grave que lhe auferisse a mesma vantagem buscada<sup>229</sup>. Por isso, essa também pode se constituir em uma ferramenta para criação de estímulos (legislativos e judiciais) capazes de gerar “migrações” benéficas<sup>230</sup>, no sentido de ser cometido um ato menos danoso socialmente.

Alguns exemplos auxiliam na percepção do alcance dessa ideia.

Em outro texto<sup>231</sup>, relativo à aplicação da análise econômica aos crimes que envolveriam o uso de armas de fogo (como aqueles do Estatuto do Desarmamento e o roubo), sugeriu-se que a escolha da pena a ser dada poderia dissuadir o agente de cometer um crime mais gravoso, uma vez que o agente alcançaria o mesmo objetivo por intermédio de um crime menos grave<sup>232</sup>. No caso, se tratava de uma discussão jurisprudencial, de forma que seria o Poder Judiciário quem transmitiria a informação aos agentes.

Em síntese, a proposta consistia em apenar (se apenar) em grau muito inferior o agente preso por porte ilegal de armas de fogo quando a arma estivesse desmuniçada<sup>233</sup>, uma vez que a letalidade do objeto praticamente desaparece quando não há munição (ainda que o bem jurídico protegido seja a segurança e a incolumidade públicas<sup>234</sup>). Assim, percebendo o agente que sua pena será muito inferior (ou até mesmo não terá pena) se for preso com uma arma sem munição, haverá uma tendência de utilizá-la “vazia”. Se flagrado em tal situação, apenas

<sup>229</sup> POSNER, Richard A. *An Economic Theory of Criminal Law*. In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 152.

<sup>230</sup> Conforme a percepção do agente a respeito das penas, pode modificar a “escolha” do crime a ser cometido, ou, pelo menos, da maneira de como cometê-lo. In: STIGLER, George J. *The Optimum Enforcement of Laws*. *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, v. 78, n. 3, p. 526-36, mai.-jun./1970.

<sup>231</sup> OLSSON, Gustavo A. Apontamentos sobre a aplicação da análise econômica do direito no estudo da legislação criminal e das condutas sociais indesejadas. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 36, n. 116, p. 151-172, dez./2009.

<sup>232</sup> A importância de se pensar nisso aparece na pesquisa de Araújo Júnior *et al.*: “possuir arma de fogo acaba sendo um dos principais fatores ligados ao comportamento violento na atividade criminosa já que a probabilidade é aumentada em 76%”. In: ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco; BORILLI, Saete Polônia; SHIKIDA, Cláudio; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Determinantes do Comportamento Criminoso: um estudo econométrico nas penitenciárias Central, Estadual e Feminina de Piraquara (Paraná). *Pesquisa & Debate*, São Paulo, vol. 17, n. 1, p. 125-148, 2006. p. 139.

<sup>233</sup> Essa proposta decorre do fato de já se reconhecer na atualidade a ineficácia prática da tendência de elevar as penas para os crimes como método dissuasório para eliminar ou diminuir o desenvolvimento do crime. A realidade fática é complexa e os agentes não são movidos unicamente pelo critério da gravidade da punição: fazem seus julgamentos com fundamento na oportunidade, na conveniência, na necessidade, no custo-benefício, etc. Ademais, a noção de “preço a ser pago” não corresponde unicamente à pena infligida, mas às próprias fases iniciais da persecução, ao processo, às consequências sociais que atingem o delinquente e à sua família, ao estigma social, à necessidade de permanecer por lapsos temporais foragido do Estado, etc.

<sup>234</sup> THUMS, Gilberto. *Estatuto do Desarmamento: fronteiras entre a racionalidade e razoabilidade*. Comentários por artigos (análise técnica e crítica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 25.

a arma seria apreendida, por exemplo. Ou receberia uma pena não estigmatizante.

No que tange ao crime de roubo, sugeriu-se a não aplicabilidade da majorante por emprego de “arma de fogo” quando o crime fosse realizado com simulacros de arma de fogo, com armas estragadas ou desmuniçadas. Todas são capazes de intimidar, assegurando que o criminoso atinja seu objetivo, porém não produzirão danos às vítimas caso algo saia errado na ação criminosa. Nesse sentido, ainda existiria um roubo (pela grave ameaça); porém não majorado pelo emprego da arma, porque o objeto não se constituiria de fato em uma arma de fogo, mas em um objeto intimidador. Socialmente, na medida em que os agentes percebessem que a reprimenda é sensivelmente menor – e os objetivos criminosos não seriam impedidos –, tendencialmente realizariam condutas potencialmente muito menos danosas aos indivíduos. Por outro lado, é possível argumentar, nos dois exemplos, que isso gera um estímulo ao uso de simulacros e de armas sem munição por parte dos criminosos, uma vez que a reprimenda é a mesma que assaltar com uma faca. Também é possível; mas, objetivamente, é muito melhor (“mais”) roubos com armas de brinquedo ou sem munição a (“menos”) roubos com armas plenamente capazes de provocar sérios danos pessoais.

Esse estímulo judicial, indiretamente, poderia desencadear uma “migração” de condutas ou de crimes, representando que os criminosos – em razão dos estímulos recebidos – tendem a cometer outro tipo de crime (ou o mesmo crime de forma menos danosa), cuja pena seja menor ou cuja probabilidade de ser punido seja reduzida, mas nos casos, com o mesmo resultado fático<sup>235</sup>.

Outro exemplo surgiria da conjugação do artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90, com o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137, tipifica “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”. A jurisprudência brasileira, em especial do Superior Tribunal de Justiça, reconhece no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor elementos que complementam o sentido do artigo 7º, uma vez que aquele afirma, em seu parágrafo 6º:

---

<sup>235</sup> EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. *Economics of Crime. Foundations and Trends in Microeconomics*, Hanover, v. 2, i. 3, 2006. p. 51. Em alguns casos, a modificação pode ocorrer também em relação ao tipo de crime: alguns crimes possuem maior facilidade de elucidação, porque deixam vestígios materiais como impressões digitais, material biológico para realização de exame genético, etc. O roubo e os crimes sexuais são exemplos disso, quer porque exigem uma proximidade entre agressor e vítima (facilitando o reconhecimento), quer porque deixam vestígios que podem ser investigados. Há crimes em relação aos quais se não há uma prisão imediata, dificilmente podem ser solucionados posteriormente.

São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

O problema é que, no momento de comprovação judicial da impropriedade de certos produtos ao consumo, a jurisprudência tende a apontar que estando o produto com prazo de validade vencido não há necessidade de realização de perícia para aferir a sua impropriedade<sup>236</sup>. O transcurso do prazo de validade geraria uma presunção de estar o produto impróprio, enquanto nas hipóteses dos outros incisos, tende-se a exigir a perícia<sup>237</sup>. Isso gera uma distorção na aplicação legal, que não tem sido percebida pelo Poder Judiciário. Quando os agentes percebem que a condenação pelo inciso primeiro é mais “simples” (porque se presume a impropriedade), os agentes antecipam-se e violam as datas de vencimento dos produtos, de forma que a prova para a condenação passa a exigir a perícia. De fato, sabem que grande parte dos prazos de validade possuem uma margem de segurança e que, é mais difícil serem condenados na hipótese de haver perícia: pode ser negativa ou inconclusiva, quando, na verdade, vendiam produtos com prazo “vencido”. Ademais, é mais difícil ocorrer alguma reclamação por parte dos consumidores por produtos impróprios para o consumo quando a situação não é “evidente”, como a do prazo vencido, porque é muito mais provável que a impropriedade seja descoberta no ato de consumir ou após ele (especialmente nos gêneros alimentícios), dificultando a demonstração do fato. Assim, se o sentido da lei está em preservar o consumidor, mesmo para a hipótese dos produtos vencidos, dever-se-ia exigir a perícia, e não presumir-se a impropriedade daquele.

Outra possibilidade, também relacionada com a política pública, é a migração que

---

<sup>236</sup> Por exemplo: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 7º, INCISO IX DA LEI Nº 8.137/90 E ART. 18 § 6º, INCISO I, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EXAME PERICIAL. DESNECESSIDADE. A conduta do comerciante que expõe à venda a matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do art. 7º, inciso IX da Lei nº 8.137/90 c/c o art. 18 § 6º da Lei nº 8.078/90, sendo despcienda, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso). Recurso provido”. In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, REsp 620.237/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 21/10/2004, DJ 16/11/2004. p. 315.

<sup>237</sup> De qualquer maneira, há uma variação na exigência das perícias nos demais casos, sobretudo em razão de circunstâncias próprias de cada processo.

pode decorrer em razão do desconto subjetivo<sup>238</sup>. Para exemplificar, certamente é mais significativa a diferença, no caso de uma elevação (ou da aplicação) da pena, de 02 anos para 08 anos de prisão em relação à diferença entre 50 anos e 100 anos de prisão. De fato, ficar preso 80 anos, 200 anos ou ter prisão perpétua provavelmente significam a mesma coisa para o agente: ficará preso até morrer. Ainda que não tenham a mesma extensão jurídica, a diferença percebida pelos agentes não segue uma “linearidade” entre as hipóteses<sup>239</sup>. A primeira possibilidade, no caso brasileiro, possui maior relevância ainda, porque, modifica, inclusive o regime prisional inicial (de aberto para fechado). Assim, simplesmente estipular (ou aplicar-se) uma pena mais elevada não significa necessariamente que o crime será menos realizado, porque dependendo das características de cada fato, a atuação pode ser diferente: por exemplo, havendo a morte de uma das vítimas sequestradas, é provável que passe a existir uma propensão para matar outras vítimas, tentando garantir a impunidade. O que pesaria mais, a condenação por dois latrocínios ou a possibilidade de não ser descoberto? Esse é o tipo de pergunta que a Análise Econômica realiza. E note-se que elevar a pena do latrocínio não gera grande modificação nesse tipo de percepção (talvez uma redução da pena para aquele que se entregar após uma morte pudesse gerar maior efeito nos agentes).

Importante notar que as respostas aos estímulos não são iguais para todas as pessoas, uma vez que, por exemplo, o grau de especialização na atividade criminosa pode gerar uma modificação negativa em relação aos estímulos<sup>240</sup>: por ser mais especializado, o agente pode considerar que está “fora da média” e que, portanto, não será descoberto e preso.

De qualquer maneira, Isaac Ehrlich sugere também que a verificação deve se dar na perspectiva plural, de grupo, e não individualmente; no mesmo sentido de Becker, portanto. Em outras palavras, o fato de um ou outro agente não responder conforme a média, não desconfigura a teoria, que pretende explicar a maior parte dos casos e agregar vantagens à abordagem dogmática tradicional (a qual desconsidera grande parte dos elementos aqui

---

<sup>238</sup> Esse tema aparece também em: POSNER, Richard A. *An Economic Theory of Criminal Law*. In: LEVITT, S. D.; MILES, T. J. (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 159.

<sup>239</sup> Conclusão semelhante é encontrada em: JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008. p. 46.

<sup>240</sup> In: EHRLICH, Isaac. *Participation in illegitimate Activities: an economic analysis*. In: BECKER, Gary; LANDES, William. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. New York: UMI, 1974. p. 68-134. Disponível em: < <http://www.nber.org/chapters/c3627.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2012. p. 111. Evidentemente, não apenas isso influencia, mas também, a idade, a escolaridade, o coeficiente de inteligência, circunstâncias do crime, dentre muitas outras variáveis a serem estudadas.

discutidos). Isso significa que podem existir casos que não se adequem a essas perspectivas, porém, interessa-se pela globalidade do fenômeno: se a teoria é verossímil para a grande parte dos problemas.

Os casos tratados até o momento são relativos à interpretação da lei no momento do julgamento e de sua aplicação propriamente dita. Muitos outros exemplos poderiam ser agregados nesse tipo de análise, embora seja possível que existam situações para as quais o modelo se mostre insuficiente (sobretudo em relação às consequências jurídicas decorrentes das propostas, como se estudará adiante).

Inobstante tais exemplificações, deve-se ter em vista que cada situação de equilíbrio apenas pode ser pensada mediante a escolha de um critério; um elemento a partir do qual seja possível medir-se e aplicar-se as possibilidades. Nas hipóteses das armas de fogo, por exemplo, o enfoque não é na punição dos agentes que estão em desconformidade, desde que não façam uso delas em outros crimes. No caso de desconformidade, a solução se preocupa com o objetivo social da lei: reduzir a circulação e os danos produzidos pelas armas de fogo. Logo, a preocupação é retirar de circulação as armas em situação de ilegalidade (e não de punir os agentes - retribuição). Isso, por sua vez, conecta novamente este tópico com a discussão anterior, referente aos aspectos de política criminal.

Note-se que, para Becker, “a função social de bem-estar da moderna economia do bem-estar representa esse critério, e pode-se supor que a sociedade tem uma função que mede a perda social provocada pelas infrações”<sup>241</sup>. O critério adotado por Becker é amplo, mas está ligado à redução das perdas sociais decorrentes das infrações penais. Um aspecto deve ser ressaltado: a função social de garantir bem-estar é o critério balizador de “justiça” (em um sentido amplo). Isso significa, que esse critério deveria ser procurado ainda que a alocação não fosse a mais eficiente. Em outras palavras, como Becker pressupõe a circunstância de a sociedade pretender elevar o bem-estar social a partir do Direito Penal (dentre outros meios), aquela deveria utilizar os recursos da forma a reduzir a perda social (menos crimes e/ou menos gastos), mas a solução não significa a adoção da possibilidade mais eficiente. Mas,

---

<sup>241</sup> Tradução livre de: “*The social-welfare function of modern welfare economics is such a criterion, and one might assume that society has a function that measures the social loss from offenses.*” In: BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2., p. 168-217, mar.-apr./1968. p. 181.

sim, a possibilidade mais “ótima”, segundo o grau de eficiência escolhido pela sociedade<sup>242</sup>.

Por outro lado, caso o critério seja simplesmente a punição, no sentido de “vingança” ou incapacitação dos criminosos, o cenário se modifica radicalmente, a ponto de a pena de encarceramento (ou até a pena de morte) passar a ser a solução preferida, uma vez que aqueles são os critérios que vão direcionar a sociedade para o “ótimo”. Em tal hipótese, a pena de prisão, estabelecimentos de controles burocráticos, restrições aos cidadãos, fiscalizações (dentre muitas outras possibilidades) podem socialmente ser mais atrativas para sociedade, sendo o custo econômico compensado pela satisfação social. Contudo, embora a teoria possa servir para uma abordagem penal totalizante, essa não é a proposta de Becker e de grande parte dos autores da Análise Econômica do Direito Penal. De fato, grande parte das incompatibilidades existentes em relação ao Direito Penal ocorre por dois motivos: em primeiro lugar, são propostas realizadas por economistas, que, em grande parte, não possuem formação jurídica; em segundo, porque grande parte das ideias aqui reproduzidas decorrem de sistemas jurídico-constitucionais diferentes do paradigma brasileiro. Todavia, quando a pretensão não é de mera “importação” descontextualizada do conhecimento, pode-se vislumbrar uma mecânica de raciocínio diferenciada em relação àquilo que corriqueiramente se realiza no Brasil (e, entretanto, é constantemente criticada).

Por fim, conforme já mencionado, grande parte das sugestões dependem da verificação de dados empíricos; informações que exigem organização e método de colheita corretos<sup>243</sup>. A existência de dados qualitativos e quantitativos para serem computados nesses modelos de cálculo e de projeção não é algo simples de ser obtido, especialmente porque não correspondem necessariamente ao que ocorre na realidade.

Além disso, segundo demonstra a própria complexidade de possibilidades

---

<sup>242</sup> “Podemos, portanto, concluir que uma alocação ineficiente de recursos pode ser mais equitativa do que uma alocação eficiente. (...) Em economia, frequentemente utilizamos uma função de bem-estar social para descrever o bem-estar da sociedade como um todo em relação às utilidades dos membros individuais. Uma função de bem-estar é útil quando desejamos avaliar políticas que afetam de forma diferenciada os distintos membros da sociedade. (...) As quatro visões sobre equidade apresentadas na Tabela 16.2 estão hierarquizadas, da mais para a menos igualitária. Enquanto a visão igualitária explicitamente requer igualdade de alocações [todos os membros da sociedade recebem iguais quantidades de mercadorias], a visão rawlsiana enfatiza a igualdade (pois, de outra forma, algumas pessoas estariam em situação bem pior do que outras) [maximiza a utilidade da pessoa de menos posse]. A visão utilitarista tende a implicar alguma diferença entre os membros mais ricos e os mais pobres de uma sociedade [maximiza a utilidade total de todos os membros da sociedade]. Por fim, a última visão, a orientada para o mercado, pode levar a uma substancial desigualdade na alocação de bens e serviços [o resultado alcançado pelo mercado é considerado o mais equitativo].” In: RUBINFELD, Daniel L; PINDYCK, Robert S. **Microeconomia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010. p. 533-4 (as observações em colchetes são literais cópias do conteúdo da tabela referida na própria citação).

<sup>243</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2., p. 168-217, mar./apr. 1968. p. 209.

apresentadas até o momento, deve-se descartar a utilização “imediate” dos resultados das pesquisas estrangeiras como parâmetros de aplicação na sociedade brasileira. Inclusive, isso enfatiza a importância de já existir um certo grau de desenvolvimento de pesquisas empíricas realizadas por economistas brasileiros a respeito da criminalidade. Afinal, passa-se a considerar um conjunto de dados regionalizados.

Apenas para agregar mais alguns poucos exemplos (além dos já citados), no Brasil, se investigou uma possível correlação entre a criminalidade e a religião do agente, assim como do papel da agregação familiar: em ambos os casos se percebeu a existência de correlação<sup>244</sup>.

Além dessas, como o espectro das pesquisas realizadas é mais amplo, há informações que compreensivas das correlações da criminalidade com o Índice de Desenvolvimento Econômico<sup>245</sup>, com o mercado de trabalho<sup>246</sup>, com os problemas estruturais e de conjuntura (como o acesso a armas de fogo ilegais, a ineficiência judicial e policial)<sup>247</sup>, com os níveis educacionais<sup>248</sup>, o estado civil<sup>249</sup>, o nível de emprego<sup>250</sup>, a desigualdade social<sup>251</sup>.

<sup>244</sup> No caso da religião, em pesquisa realizada em 2003, Borilli e Shikida não encontraram correlação. Ver: BORILLI, Saete P.; SHIKIDA, Pery F. A. Economia e Crime: um estudo exploratório na Penitenciária Industrial de Guarapuava e Cadeia Pública de Foz de Iguaçu (PR). **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 328-346, abr.-jun./2003. p. 337. Em outra pesquisa realizada dois anos mais tarde, observou-se que “Analisando econometricamente os questionários aplicados, percebe-se que não apenas os condicionantes tradicionais (restrições impostas pelo Estado) afetam a ação dos mesmos: há indícios de que as travas morais, no caso, identificadas como a religião católica, também influenciam no grau de violência usado pelo criminoso”. In: ARAÚJO JÚNIOR, Ari F. de; SHIKIDA, Cláudio; SHIKIDA, Pery F. A. **A Moral Importa?**. Ibme MG Working Paper – WP31, Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <<http://www.ceae.ibmecmg.br/wp/wp31.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2011. p. 7. No que concerne às relações familiares, ver: BORILLI, op. cit., p. 340. O mesmo resultado aparece em: SHIKIDA, Pery F. A. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: (...). **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 324-344, jul.-dez./2010. p. 335.

<sup>245</sup> Nesse aspecto, o resultado contraria as expectativas: “não está servindo como ‘trava’ tolhedora dos crimes violentos na proporção que a própria definição de desenvolvimento pressupõe”. In: SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Crimes Violentos e Desenvolvimento Socioeconômico**: um estudo para o Estado do Paraná. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/89g1j0jc#page-1>>. Acesso em: 23 jul. 2011.

<sup>246</sup> Em alguns casos encontrou-se resultados conflitantes. Ver: CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. **Determinantes da Criminalidade**: em resenha dos modelos teóricos e resultados empíricos. Texto para Discussão IPEA n.º 956, Rio de Janeiro, jun. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0956.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0956.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011. p. 15-7.

<sup>247</sup> Encontrou-se correlação positiva. Ver: ARAÚJO JUNIOR, Ari F.; BORILLI, Saete P.; SHIKIDA, Cláudio; SHIKIDA, Pery F. Determinantes do Comportamento Criminoso: (...) penitenciárias Central, Estadual e Feminina de Piraquara (Paraná). **Pesquisa & Debate**, São Paulo, vol. 17, n. 1, p. 125-148, 2006. p. 139.

<sup>248</sup> A grande maioria dos presos possuía baixo grau de escolaridade. Ver: SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 324-344, jul.-dez./2010. p. 334.

<sup>249</sup> “Espera-se que os indivíduos casados e com filhos venham a cometer menos crimes. Nesta amostra estudada observou-se que quase a metade dos entrevistados não considerou esta pressuposição”. In: SCHAEFER, Gilberto J.; SHIKIDA, Pery F. A. Economia do Crime: elementos teóricos e evidências empíricas. **Análise Econômica**, Porto Alegre, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, ano 19, n. 36, p. 195-216, set./2001. p. 206.

<sup>250</sup> KASSOUF, Ana Lúcia; SANTOS, Marcelo J. dos. Uma Investigação Econômica da Influência do Mercado de Drogas Ilícitas sobre a Criminalidade Brasileira. **Revista EconomiA**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 187-210, mai.-ago./2007. p. 200.

### 2.2.3 A Questão da Eficiência Econômica

Durante o desenvolver das ideias precedentes, por diversas vezes se tratou a respeito de “eficiência” sem que efetivamente tenha havido uma conceitualização mais detalhada ou algum aprofundamento. Isso foi proposital.

De fato, a esta altura, já é perceptível que a eficiência econômica não estabelece um parâmetro fixo de solução para os problemas jurídicos. Ao contrário, estabelece meios de comparação entre alternativas possíveis. Em outras palavras, a noção de eficiência não está ligada a um fim propriamente dito da análise econômica, mas de um critério possível de comparação, como um julgamento de custo-benefício<sup>252</sup>.

Além disso, no que se refere à Análise Econômica do Direito Criminal, a noção de eficiência passa a não estar necessariamente ligada às propostas mais comuns da Ciência Econômica, mas, sim, a noções de meios adequados para atingir determinados fins e de julgamento de custo-benefício. A eficiência econômica não deixa de ser importante no caso do Direito Criminal, porém possui um papel diferenciado em relação às análises relacionadas ao Direito Civil e Empresarial, por exemplo.

A demonstração disso é sustentada pelo texto inaugural de Becker: o autor trabalha com noções mais amplas de “otimalidade”; como ótima alocação de recursos, ótima organização do sistema de repressão, etc. E, em tal contexto, “Decisões ‘ótimas’ são interpretados como decisões que minimizem a perda social no resultado de infrações”<sup>253</sup>.

<sup>251</sup> A taxa de desigualdade social pode se relacionar positivamente com o índice de criminalidade. Ver: KASSOUF, Ana Lúcia; SANTOS, Marcelo Justus dos. Uma Investigação Econômica da Influência do Mercado de Drogas Ilícitas sobre a Criminalidade Brasileira. **Revista EconomiA**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 187-210, mai.-ago./2007. p. 207.

<sup>252</sup> “A análise econômica se baseia em três fatos fundamentais que estão na base do funcionamento e organização da produção e do consumo em todas as instituições: - escassez de recursos e necessidades múltiplas; - possibilidade de utilização alternativa dos mesmos; - avaliação relativa de objetos concorrentes (individuais e coletivos) traduzida em prioridades econômicas. Do ponto de vista operativo, o problema econômico fundamental que a política social enfrenta pode ser resumido no seguinte: como destinar recursos escassos de maneira que se possa conseguir uma satisfação ótima das necessidades humanas priorizadas. Por isso, a avaliação da eficácia dos programas e serviços sociais tem um componente econômico claro: se definimos a eficácia como a capacidade de produzir um resultado máximo com um esforço constante ou um resultado dado com o mínimo de esforço, então é necessário examinar a rentabilidade desses programas para encontrar a solução menos cara que permite alcançar um objetivo determinado, ou para tirar o máximo proveito de um gasto dado”. In: AGUILAR, Maria José; ANDER-EGG, Ezequiel. **Avaliação de Serviços e Programas Sociais**. Tradução de Jaime A. Clasen e Lúcia Mathilde E. Orth. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 169.

<sup>253</sup> Tradução livre de: “ ‘Optimal’ decisions are interpreted to mean decisions that minimize the social loss in income from offenses”. In: BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. **The Journal of Political Economy**, Chicago, vol. 76, n. 2., p. 168-217, mar.-apr./1968. p. 209.

Como se demonstrou, há uma ampla possibilidade resultados possíveis, que variam, sobretudo, com o peso de variáveis adotadas na aferição (e o trabalho original verificou apenas algumas). Evidentemente, esta-se a falar de eficiência econômica, mas em um sentido mais amplo, não necessariamente ligado a uma relação monetária.

Não por acaso, portanto, este é o único trecho no qual Becker faz referência explícita à “eficiência”:

A conclusão de que o "crime não compensa" é uma condição de otimalidade e não uma implicação sobre a eficiência das polícias ou dos tribunais; na verdade, isso se mantém em qualquer nível de eficiência, desde que os valores ótimos de  $p$  [probabilidade de ser descoberto] e  $f$  [punição propriamente dita] apropriados a cada nível [de eficiência] sejam escolhidos.<sup>254</sup>

Como economista, Becker sabia das diferentes possibilidades da “eficiência”, sobretudo das noções de eficiência de Pareto, e, por isso, seu trabalho não reforça a noção de eficiência propriamente dita, mas de distribuição ótima de esforços para a redução dos custos sociais provenientes dos crimes. Evidente, portanto, que a cada nível a ser alcançado (seja qual for) pode-se encontrar um ótimo. Becker não aconselha um nível específico, apenas indica que, independentemente de qual seja escolhido, deve-se considerar a alocação ótima de recursos (para evitar desperdícios, que seriam ruins em qualquer sociedade). Inclusive, sequer poderia estipular qual seria o nível de eficiência, porque, no caso, deveria considerar o arranjo jurídico estabelecido. E esse foi o esforço realizado para trazer exemplos do direito brasileiro, com a ressalva de que mudanças de local e tempo poderiam afetar os resultados.

Isso significa que a “análise econômica não inclui somente a eficiência, mas também outros fatores, tais como a distribuição ou merecimento relativo dos diferentes membros da sociedade. Na análise econômica convencional, essa perspectiva mais ampla é articulada através do conceito da função de bem-estar social”<sup>255</sup>. E esse é o basicamente o conceito articulado por Becker (pelo menos ao longo de toda a sua trajetória).

Inobstante, no âmbito da Ciência Econômica, ao falar-se de eficiência, remete-se a algumas categorias específicas, sobretudo à eficiência de Pareto (de Vilfredo Pareto). Há diversos outros critérios de verificação da eficiência posteriores à Pareto, especialmente de

---

<sup>254</sup> No original: “*The conclusion that ‘crime would not pay’ is an optimality condition and not an implication about the efficiency of the police or courts; indeed, it holds for any level of efficiency, as long as optimal values of  $p$  and  $f$  appropriate to each level are chosen.*” In: BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, vol. 76, n. 2., p. 168-217, mar.-apr./1968. p. 208.

<sup>255</sup> STEPHEN, Frank H. *Teoria Econômica do Direito*. Tradução de Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993. p. 180.

modelos que pretendem superar as deficiências daquele<sup>256</sup>. Para os fins desta pesquisa, entretanto, tratar-se-á exclusivamente de Pareto e da compensação de Kaldor-Hicks. Isso, porque, de fato, nem mesmo essas duas possibilidades são perfeitamente aplicáveis ao modelo do Direito Penal (sendo a segunda mais utilizada que a primeira), ao contrário das análises econômicas do Direito Civil, por exemplo, onde encontram maiores possibilidades de emprego.

A regra de Pareto costuma ser apresentada resumidamente pela doutrina da seguinte maneira: considera-se eficiente quando “não existir nenhuma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de outra”<sup>257</sup>. Em outras palavras, “*una decisión social es óptima si no existe otra situación diferente que se prefiera unánimemente*”<sup>258</sup>.

Nas palavras de Pareto, contudo, o conceito sumário, embora correto, recebe um maior detalhamento em relação ao seu significado:

35. Trataremos de estender ao fenômeno concreto e mesmo ao fenômeno social, as considerações que desenvolvemos (III, 11, 12)<sup>259</sup> e (VI, 33)<sup>260</sup>. Todo estado

---

<sup>256</sup> Para um apanhado geral, ver: SOUSA, Luis Gonzaga de. **Economia de Bem-Estar**. [Observatório da Economia Latinoamericana]. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/11/lgs.html>>. Acesso em: 12 dez. 2012. Embora não econômica, uma contribuição interessante se refere ao “péssimo de Rousseau”: esse seria o estado no qual nenhuma pessoa poderia melhorar de posição sem que, conjuntamente, melhorasse a situação de terceiros (independentemente da cooperação daqueles). O ponto central que esse critério pretende ressaltar é que nem sempre há externalidades negativas: em muitas vezes, uma mudança de posição apenas pode ocorrer mediante externalidade positivas (que acabam sendo aproveitadas por terceiros). Nas palavras do autor: “Como se vê no quadro, nenhum dos jogadores está obrigado nem há particular incentivo (seletivo) a que coopere com os demais, tendo por objetivo melhorar a própria situação, muito menos a dos outros. Por outro lado, mesmo que ele nada faça, o status quo não coninuará intacto, desde que haja um participante que busque ativamente o próprio interesse. Na hipótese de que somente um, ou os dois membros, da interação venham a se revelar egocêntricos, indiferentes, sem simpatia, continuará causalmente irrelevante a consequência de que o ganho de um implique necessariamente em ganhos de um terceiro, que, por escolha, tenha ficado passivo. Em outras palavras, o interesse de todos pode ser atendido mesmo na ausência de participação universal. Ao mesmo tempo, sempre haverá a possibilidade de que todos venham a participar, sem coação e sem simpatia altruística, em busca tão-somente de superior satisfação de seus próprios interesses, posto que a cooperação é uma estratégia dominante.” In: SANTOS, Wanderly Guilherme dos. **O Paradoxo de Rousseau**: uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007. p. 83-4. Assim, por fim, conclui: “Os membros da comunidade de que se trata poderão cooperar, ou não, mas, democraticamente, é provável que resulte um mundo que opera a custos sociais reduzidos quando todas participam.” In: *Ibidem*, p. 88.

<sup>257</sup> VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. Tradução de Elfio Ricardo Doninelli e Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 328.

<sup>258</sup> CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho*. *Doxa*, n. 04, p. 267-287, 1987. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4\\_17.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf)>. Acesso em: 13 de janeiro de 2013. p. 273.

<sup>259</sup> “11. Existem duas grandes classes de teorias. A primeira tem por objeto comparar as sensações de um homem colocado em condições diferentes e comparar qual dessas condições será escolhida por esse homem. A Economia Política ocupa-se, principalmente, dessa classe de teorias; e, como se tem por hábito supor que o homem será sempre guiado, em sua escolha, exclusivamente pela consideração de sua vantagem particular, de seu interesse pessoal, diz-se que essa classe é constituída pelas teorias do egoísmo. Mas ela poderia ser constituída pelas teorias do altruísmo (se se pudesse definir de maneira rigorosa o que esse termo significa) e, em geral, pelas teorias que repousam sobre uma regra qualquer que o homem segue na comparação de suas

econômico ou social não é, em geral, nem absolutamente rígido nem tal que todo movimento, qualquer que seja, possa se produzir. Condições, que chamamos de *ligações*, impedem certos movimentos e permitem outros. Por exemplo, uma sociedade que tem castas, permite certos movimentos na mesma casta e impede-os entre castas diferentes. Uma sociedade, em que existem a propriedade privada e a herança, impede certos movimentos que seriam possíveis numa sociedade em que essas instituições não existissem. Existem dois tipos de problemas: 1) escolha das ligações, para atingir um fim determinado; 2) dadas as ligações, escolha dos movimentos e efetuar entre os que são possíveis. O fim que se pretende atingir pode, evidentemente, ser qualquer um. Poder-se-ia propor ter a população mais numerosa possível, ou então a mais feliz, a mais moral, etc.; mas esses termos, salvo o primeiro, são vagos e têm necessidade de serem definidos se se pretende utilizá-los num raciocínio científico. Observamos que o primeiro problema pode, a rigor, ser incorporado ao segundo; seria suficiente considerar uma sociedade sem ligações, e então as ligações a determinar para o primeiro problema seriam dadas pelo segundo. Geralmente existem ligações que todo mundo admite, e seria inútil pô-las em discussão. Por exemplo, seria completamente absurdo considerar a antropologia como coisa possível em nossa época e em nossas sociedades civilizadas. Suponhamos, portanto, que certas ligações estão dadas e ocupemo-nos do segundo problema. É preciso estudar dois tipos de movimento bem diferentes. 1) Certos movimentos podem ser vantajosos a todos os membros da sociedade, ou a uma parte apenas, sem, no entanto, serem desvantajosos para os demais. 2) Certos outros movimentos só podem ser vantajosos para uma parte dos membros da sociedade se forem desvantajosos para os outros. Enquanto os movimentos da primeira classe forem possíveis, pode-se aumentar o bem-estar material ou as qualidades morais, religiosas, ou quaisquer outras de todos os membros da sociedade, ou pelo menos de uma parte desses membros, sem prejudicar os demais. Isso não pode ocorrer quando apenas são possíveis os movimentos de segunda classe. A situação na qual os movimentos da primeira classe deixam de ser possíveis pode, portanto, ser considerada como a situação de certo máximo. Foi o que fizemos com a ofelividade

---

senações. Não é um caráter essencial dessa classe de teorias, que o homem, tendo duas sensações a escolher, escolhesse a mais agradável, ele poderia escolher uma outra, segundo uma regra que se fixar arbitrariamente. O que constitui o caráter essencial dessa classe de teorias, é que se comparam as diferentes sensações de um homem e não aquelas de diferentes homens. 12. A segunda classe de teorias compara as sensações de um homem com aquelas de um outro homem e determina as condições nas quais os homens devem ser colocados, uns em relação aos outros, se se pretende atingir certos fins. Esse estudo situa-se entre os mais imperfeitos da ciência social”. In: PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 83.

<sup>260</sup> “33. Características da ofelividade [prazer, utilidade]. – Em tudo que se segue iremos supor que a ofelividade para um indivíduo é uma quantidade; aliás, seria fácil modificar o raciocínio fazendo simplesmente uso da concepção dos índices de ofelividade. Em virtude da hipótese feita sobre a quantidade de mercadorias – e por essas quantidades compreendem-se apenas as que estão à disposição do indivíduo (§3) -, a ofelividade é sempre positiva; e essa é sua primeira característica. A segunda característica, que foi reconhecida pelos primeiros economistas que estudaram esse assunto, consistia em que, se a ofelividade de uma mercadoria é considerada dependente unicamente da quantidade dessa mercadoria, a ofelividade elementar (III, 33) decresce quando aumenta a quantidade consumida. (...) É mais conveniente recorrer diretamente à experiência, e esta nos demonstra que, efetivamente, para muitos usos e consumos, a ofelividade elementar diminui com o aumento das quantidades consumidas. [pense-se, por exemplo, no uso da água para matar a sede]. 34. Enfim, é um fato bastante geral que, quanto mais possuímos de uma coisa, menos preciosa nos é cada uma das unidades dessa coisa. Existem exceções. Por exemplo, se fazemos uma coleção, prendemo-nos mais a ela à medida que se torna mais completa; é um fato bastante conhecido que certos camponeses proprietários se tornam tantos mais desejosos de ampliar sua propriedade quanto mais esta aumenta; enfim, todo mundo sabe que o avaro deseja aumentar tanto mais seu patrimônio quanto mais este aumenta. Em geral, a poupança tem certa ofelividade que lhe é própria, independentemente do lucro que se retire de seus juros e essa ofelividade aumenta com a quantidade de poupança até certo limite, depois, exceção feita ao avaro, ela diminui.” In: PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Tradução de João Guilherme V. Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 145.

(VI, 33); e nesse caso o raciocínio adquire todo o rigor desejável (Apêndice). Ele poderá apresentar ainda esse caráter quando se tratar de algo que se possa medir; ele só pode ser mais ou menos vago, quando se trata de coisas que não se podem medir. No entanto, mesmo nesses últimos casos, muitos raciocínios que sempre foram e continuam ser feitos sobre a organização social se reduzem, na realidade, a considerações mais ou menos imperfeitas sobre esse máximo. Outros o desprezam em parte, e são os raciocínios de base metafísica ou religiosa. Entretanto, mesmo estes querem conciliar as duas coisas e pretendem atingir esse máximo. (...) Do ponto de vista econômico, todo monopólio que é eficaz, toda má determinação dos coeficientes de fabricação, todo mau uso dos bens econômicos que se encontram à disposição da sociedade, nos distancia da posição do máximo de ofelividade. Pode-se exprimir esse fato de várias formas. Por exemplo, pode-se dizer que sempre haverá maneira de mudar a organização social de forma que todos os membros da sociedade possam usufruir de mais bem-estar, ou que pelo menos uma parte desses membros possa usufruir de mais bem-estar, sem prejudicar os outros. Ou então, pode-se dizer que as pessoas que sofrem da organização social distanciada do máximo de ofelividade poderiam, se lhes deixassem atingir a posição desse máximo, pagar uma quantia tal que todo mundo encontraria vantagem na nova organização. Foi assim que outrora o resgate de certos direitos senhoriais pôde ser vantajoso aos vilões e aos senhores. Pode-se ainda dizer que, numa posição distanciada daquela do máximo da ofelividade, há contraste entre o interesse das pessoas que tiram partido dessa situação e o interesse geral. Pode-se acrescentar que enquanto a posição do máximo de ofelividade não for atingida, o desenvolvimento, o lucro de um ramo dado da atividade econômica, não é, necessariamente, um lucro para a sociedade. Isso só ocorre quando a posição do máximo de ofelividade é atingida. Todas essas proposições e ainda outras visam, no fundo, aos mesmos fatos e consideram diferentes aspectos do problema do máximo de ofelividade. 36. O estado econômico atual é, em parte, semelhante ao estado anterior, e provavelmente não mudará muito, pelo menos num futuro próximo. É um estado constituído pela livre concorrência com monopólios, privilégios. O que varia são as proposições nas quais esses elementos se combinam.<sup>261</sup>

Na verdade, a eficiência tratada por Pareto é a eficiência distributiva (de utilidade, prazer), significando a preocupação em avaliar-se a eficiência de uma distribuição qualquer. Por exemplo, “uma distribuição de recursos é eficiente se não for possível distribuir recursos de forma que pelo menos uma pessoa tenha sua situação melhorada e nenhuma outra pessoa tenha sua situação piorada”<sup>262</sup>. Quando há uma distribuição eficiente, há o chamado “ótimo de Pareto”<sup>263</sup>. O autor estava preocupado com a solução de alguns problemas do utilitarismo<sup>264</sup>,

<sup>261</sup> PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 266-7.

<sup>262</sup> STEPHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito**. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 41.

<sup>263</sup> Explicando melhor: “É de grande importância a distinção entre otimalidade de Pareto e superioridade de Pareto. O fato de uma determinada distribuição de recursos ser otimal de Pareto não significa que é superior de Pareto para todas as outras distribuições. Consideremos um exemplo: o pai de Kate e Lucy tem uma caixa contendo 100 chocolates. De acordo com a distribuição I, ele dá a Kate 60 Chocolates e a Lucy, 40. A distribuição I é superior de Pareto para a posição inicial, já que ambas melhoraram de situação. De acordo com a distribuição II, ele dá a Kate 40 chocolates e a Lucy, 60. A distribuição II também é superior de Pareto. Assim podemos concluir que a distribuição I é otimal de Pareto (pelo menos com respeito à distribuição dos chocolates). A distribuição II também pode ser chamada de otimal de Pareto, desde que não ocorra nenhuma redistribuição dos chocolates. Ambas as distribuições são otimais de Pareto, mas nenhuma é superior de Pareto em relação à outra. Observe que existem várias maneiras para se proceder à distribuição dos chocolates. Cada

que pregava a maior felicidade para o maior número, o que, evidentemente, acarretava prejuízos a uma minoria (como escravos, mulheres, etc.). Por isso, sua fórmula ultrapassa a possibilidade de supressão ou opressão de minorias, uma vez que ninguém pode se ver prejudicado com a distribuição. O enfoque se transfere do benefício da maioria para a não ocorrência de perdas de ninguém (e, por certo, de uma minoria). E, por via de consequência, não é necessário estabelecer critérios para a comparação interpessoal de vantagens: tudo que interessa é a perda e o ganho, segundo a percepção de cada um.

O importante é que o critério de Pareto, exatamente por poder ser encontrado em múltiplos estados e por pressupor um estado já dado de distribuição de direitos, não apresenta informações a respeito da justiça ou da equidade do estado inicial pressuposto<sup>265</sup>. Note-se, por exemplo, que a quebra de um monopólio é contrário à eficiência de Pareto: o detentor do monopólio “perde” (se comparado com o estado anterior), embora muitas pessoas sejam beneficiadas com a concorrência. Pareto estava preocupado com a alocação eficiente no sentido de melhorar o prazer (ou o sentimento de utilidade) que as pessoas sentem, e não

---

uma delas será Pareto-ótima, mas nenhuma será superior de Pareto em relação à outra. Não se pode dizer que cada possível distribuição é Pareto-ótima. Se a distribuição III der a Kate 40 chocolates e a Lucy 50, ela não será Pareto-ótima, porque a distribuição IV, que dá a Kate 50 chocolates e a Lucy 50, é superior em termos de Pareto: Kate melhorará de situação e Lucy não piorará de situação mais do que sob a distribuição III. Pode-se observar porque a distribuição III é considerada ineficiente: ela pode ser melhorada, visto que deixou algumas fontes (chocolates) sem uso. Se um julgamento de valor quanto ao merecimento de Kate e Lucy for acrescentado, a distribuição será superior a todas as outras. Por exemplo, se o pai julga que elas são igualmente merecedoras, a solução ótima é aquela em que ele dá 50 chocolates para cada uma. Os economistas fariam a respeito disto como a função de imposição do bem-estar social, a qual tem uma preferência por distribuições igualitárias. Por outro lado, se o pai for insensato, ele poderá dar a uma delas duas vezes mais do que à outra, em sua função de bem-estar social: 2/3 da caixa para uma e 1/3 para a outra. Esta distribuição maximizará o bem-estar, dando origem à função de bem-estar social imposta pelo pai. O ponto aqui é que o único ótimo (ou *optimum optimorum*) foi conseguido, somente por julgamento de valor quanto ao relativo merecimento dos membros da sociedade. O critério de Pareto reluta em fazer isto, deixando-nos impossibilitados de escolher entre um número infinito de distribuições ótimas de Pareto. O critério também pode ser interpretado como que a distribuição de recursos existentes (desde que não envolva desperdício) parece ser sempre ótima. Mas isto não é tudo, porque somente um recurso (chocolates) foi considerado. O quadro se altera quando um segundo recurso é introduzido.” In: STEPHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito**. Tradução de Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 42-3.

<sup>264</sup> Nesse sentido: CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho*. *Doxa*, n. 04, p. 267-287, 1987. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4\\_17.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2013. p. 272.

<sup>265</sup> MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 25. De outra forma, “*En todo caso la utilización del criterio de Pareto no supone la justicia de la decisión sino simplemente su eficiencia. Este punto es especialmente importante porque la doctrina - que no la teoría - ha inferido la moralidad del mercado del principio de eficiencia. Y es que las palabras también embrujan porque llamar óptimo ciertos estados sociales fuertemente desiguales es confuso*”. In: CALSAMIGLIA, op. cit., p. 273. Sobre definições de eficiência e problemas de sua aplicação, ver: CALABRESI, Guido. *The Pointlessness of Pareto: carrying Coase further*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. Capítulo 6.

necessariamente com a justiça de uma distribuição (pelo menos, assim costuma ser apresentado pela doutrina). Na verdade, melhor seria reconhecer que a justiça da distribuição de Pareto está ligada ao sentimento pessoal decorrente da situação anterior em relação à nova.

A justiça da distribuição é evidentemente importante para o Direito. E, por isso, há uma forte preocupação em relação à maneira de como a distribuição é realizada. Por exemplo, estando muitas pessoas com fome, se for entregue comida apenas para uma, há satisfação do critério de Pareto (embora novas distribuições melhores possam ocorrer no futuro), mas muito provavelmente essa divisão não seria considerada justa. Evidentemente, esse tipo de exemplo, muito abordado pela doutrina, não era a preocupação de Pareto, como se verifica do excerto acima apresentado. Trata-se, de fato, de uma redução do argumento ao absurdo, o que, em certas situações (sobretudo em relação à justiça das distribuições), representa dificuldades importantes do critério (e especialmente retratadas no âmbito da crítica jurídica).

Nesse contexto de multiplicidade de ótimos de Pareto, reconhece-se que o critério de Pareto (ou eficiência) é um elemento necessário, “mas não uma condição suficiente para a alcance econômico de uma máxima posição de bem-estar social”<sup>266</sup>, porque essa depende também da maneira de como a distribuição ocorre, assim como de seu estado anterior (mas, ressalta-se, para Pareto, ao menos no sentido de seu discurso, isso não é totalmente negligenciado, uma vez que pretendia trazer ganhos de bem-estar na sociedade). Ademais, como o ganho de Pareto está ligado à utilidade das coisas distribuídas, é possível que uma perda objetiva, possa ser considerada um ganho subjetivo. Varia-se a solução, variando o critério a ser considerado.

De qualquer forma, há uma observação relevante a respeito da aplicabilidade da eficiência paretiana:

Uma vez que, por definição, ninguém iria de qualquer maneira ser prejudicado pela mudança, por que alguém iria se opor a ela? A existência de objeções *ex ante*, em si, deve significar que há algumas pessoas que - com razão ou não - acreditam que irão perder algo na mudança. Colocando de outra forma: se ótimo de Pareto significa um lugar onde nenhuma melhoria pode ser feita sem *ex ante* criar a possibilidade de que haverá alguns perdedores, então estamos sempre lá. E se o teste de Pareto estrito é a

---

<sup>266</sup> Tradução livre de: “*In this regard, Pareto optimality (or efficiency) is said to be a necessary but not sufficient condition for an economy’s attainment of a position of maximum social welfare*”. In: MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 87. No mesmo sentido: a otimalidade de Pareto não é garantia de bem-estar social, “porque não tem quase nada a dizer sobre distribuição de renda ou justiça econômica”. In: VARIAN, Hal R. *Microeconomia*: uma abordagem moderna. Tradução de Elfin Ricardo Doninelli e Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 328.

definição apropriada de eficiência, em seguida, o que “é” é o eficiente, embora possa ser apenas um de muitos arranjos possíveis. Além disso, ele permanecerá eficiente pelo menos até que um novo e melhor arranjo tornar-se conhecido e realizável, sem prejudicar ninguém. Assim que isso acontecer, iremos até lá imediatamente, sem a necessidade de um monte de dispendiosos advogados-economistas nos digam para fazê-lo.<sup>267</sup>

Segundo Calabresi, portanto, estar-se-ia sempre no ótimo de Pareto. Essa crítica, contudo, quer representar a dificuldade de aferição dos estados ótimos nas sociedades atuais. Note-se, como mencionado, a ofelividade de Pareto, como ele mesmo afirma, depende da assunção de alguma finalidade, de algum objetivo. Não se trata, a exemplo da forma caricatural apresentada por Calabresi, de uma comparação geral de todo o prazer de todas as pessoas: mas, sim, de um critério de aferição de ganhos em relação a determinados objetivos que se pretende medir. Pelo menos assim é que deveria ser entendida a eficiência de Pareto nas sociedades atuais.

Ocorre que não há como se comparar a utilidade ou o prazer total dos indivíduos em relação a uma redução governamental na conta de luz, por exemplo. Isso, porque, a complexidade das consequências de tal redução não são plenamente conhecidas de antemão. Caso exista um tributo sobre a forma de contribuição para as situações de escassez de recursos hídricos, é possível que, no total, haja uma elevação dos custos (e uma perda, no sentido de Pareto). Inclusive, se houver um incremento de tributos em outros pontos de consumo, pode, ao total, haver um efetivo aumento das despesas, e não uma redução. As relações complexas existentes nas sociedades atuais podem não permitir uma aferição global. Por isso é que se sustenta a dificuldade de uma mensuração genérica da eficiência (embora, como instrumento de análise, não perca seu potencial de auxílio).

Inclusive, em razão da facilidade de alcançar a eficiência de Pareto e da dificuldade de sempre estabelecer-se modificações não prejudiciais a alguém, imaginou-se um Princípio de Compensação, também conhecido como Eficiência de Kaldor-Hicks<sup>268</sup> (que é um equivalente

---

<sup>267</sup> Original: “*Since, by definition, no one would in any way be hurt by the change, why would anyone object? The existence of ex ante objectors itself must mean that there are some people who - rightly or wrongly - believe that they will lose something from the change. Putting it another way: if Pareto optimality means a place where no improvement can be made without ex ante creating the possibility that there will be some losers, then we are always there. And if the strict Pareto test is the appropriate definition of efficiency, then what 'is' is efficient, though it may be only one of many such arrangements. Moreover, it will remain efficient at least until a new and better arrangement becomes known and achievable without hurting anyone. Once that happens, we will go there forthwith, without the need for a lot of expensive lawyer-economists to tell us to do it.*” In: CALABRESI, Guido. *The Pointlessness of Pareto: carrying Coase further*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: E. E. Publishing, 2005. p. 171.

<sup>268</sup> Junção do nome de Nicholas Kaldor (1908-1986) e John Hicks (1904-1989).

da maximização de riqueza de Posner<sup>269</sup>).

Esse critério de compensação prevê a possibilidade de, ainda que alguém perca, haveria eficiência se o ganho do outro ultrapassasse o prejuízo do primeiro (que poderia ser indenizado). Importante destacar que a compensação não precisa ser efetivamente paga, deve ser “hipoteticamente” possível de ser paga<sup>270</sup>; ou seja, que exista um ganho na riqueza total. Inclusive, se houver o pagamento da indenização, na realidade, passa a existir a eficiência de Pareto, porque economicamente um não perdeu nada e o outro teve um benefício.

Mas mais do isso é necessário:

Uma mudança pode ser considerada como melhoramento ao bem-estar da sociedade se, e somente se, aqueles que ganham com mudança poderiam compensar os perdedores por suas perdas e mesmo assim se mantiverem em situação melhor que o estado inicial, e os perdedores não poderiam ter compensado os ganhadores para que renunciassem aos seus ganhos sem que os perdedores resultassem em situação pior que na sua posição original.<sup>271</sup>

Portanto, a verificação considera dois elementos: a) os ganhos serem superiores às perdas e b) que o valor do ganho seja superior ao montante necessário para hipoteticamente compensar a perda.

Como se percebe, em linhas gerais, essa análise sopesa o tamanho da perda em relação ao tamanho do benefício. Em outras palavras, constitui-se em uma análise custo-benefício<sup>272</sup>, significando não se tratar unicamente de uma comparação “numérica”. Esse, de fato, ao contrário de Pareto, é percepção mais comum a respeito da eficiência, sobretudo na literatura

<sup>269</sup> In: MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 26. No mesmo sentido: “O critério de Kaldor-Hicks foi identificado como um critério de maximização da riqueza (particularmente na literatura das aplicações do direito na economia). Isto deve ser compreendido em termos de avaliações subjetivas das partes envolvidas (por exemplo, mudanças em suas vantagens). Por conseguinte, leva em conta fenômenos não-monetarizados”. In: STEPHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito**. Tradução de Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993, p. 55. Entretanto, observa o autor, na página 58, de que “Seria mais adequado identificá-lo com a maximização da vantagem (ou bem-estar)”.

<sup>270</sup> “Se tal compensação fosse paga de fato, ninguém pioraria de situação, mas alguns melhorariam de situação. Assim, a mudança satisfaria o critério de Pareto: daí o termo melhoria potencial de Pareto”. In: STEPHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito**. Tradução de Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993. p. 55.

<sup>271</sup> Tradução livre de: “A change may be judged to improve society well-being if and only if both the gainers from the change could compensate the losers for their losses and remain better off themselves, and the losers could not have compensated the gainers to forgo their gains without being themselves worse off than in their gains without being themselves worse off than in their original position.” In: MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 93.

<sup>272</sup> “O critério de Kaldor-Hicks é a base de grande parte da aplicação da economia no bem-estar, tal como o uso da análise custo-benefício das políticas públicas. É também o fundamento da maior parte das aplicações do direito na economia”. In: STEPHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito**. Tradução de Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993. p. 56.

sobre Análise Econômica do Direito.

Isso significa que a solução mais eficiente não é necessariamente aquela na qual ninguém sairia prejudicado, mas aquela na qual seus benefícios seriam superiores aos malefícios (o que contempla necessariamente a possibilidade de ocorrer benefícios sem malefícios, como previsto por Pareto). Em um sentido econômico, essa verificação, sobretudo quando se pensa em alcançar um bem-estar social, não é uma tarefa simples, porque dependente do critério de bem-estar, como já mencionado.

Importante ressaltar que, quando a eficiência é trabalhada no âmbito jurídico, não se pode perder de vista os critérios de justiça ou de delineamentos já estipulados na Constituição e na legislação. Isso representa a possibilidade de que a decisão mais eficiente economicamente possa não ser a melhor solução jurídica<sup>273</sup> (tema discutido adiante).

Ademais, não se utilizou a expressão “eficiência jurídica” (embora essa fosse a ideia subjacente), porque, quando se pensa em eficiência no âmbito da teoria e da aplicação do Direito, não há precisão a respeito de qual eficiência se fala: se essa é a mesma eficiência econômica; ou se, na verdade, se trata de algum tipo de transformação do conceito<sup>274</sup>. De qualquer modo, se houver no Direito algum conceito de eficiência (como prevê a Constituição Federal, no artigo 37, por exemplo, além de outras referências infraconstitucionais<sup>275</sup>) deve-se pensar em maneiras de fazer a integração desse princípio em relação aos demais princípios jurídicos (e isso também em relação à eventual situação privilegiada da eficiência), assim como sua relação com a eficiência econômica e com as ideias de justiça<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> “*Como tesis generalizada, el hecho de que exista una relación inversa entre equidad y eficiencia no quiere decir que toda la teoría económica esté a favor del principio de eficiencia ni que sea siempre deseable la solución eficiente. La teoría económica - sobre todo en los últimos tiempos- ha tendido a poner de manifiesto la contradicción o la incompatibilidad entre criterios normativos. Creo que este punto es importante porque se tiende a identificar la eficiencia con el único criterio mediante el cual se juzga un sistema. (...) Pero una sociedad idealmente justa es una sociedad eficiente. Una sociedad que despilfarra recursos no es una buena sociedad y difícilmente la calificaríamos de justa o equitativa. La eficiencia es un componente de la justicia aunque ni el único ni el principal criterio de justicia. Es decir, la eficiencia no triunfa siempre frente a los otros criterios componentes de la justicia. Por último, eficiencia y equidad no siempre se oponen. Pueden existir situaciones en las cuales la relación inversa no se da*”. In: CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho. Doxa*, n. 04, p. 267-287, 1987. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4\\_17.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2013. p. 271.

<sup>274</sup> Essa é uma questão muito relevante no âmbito do problema jurídico e cujos desenvolvimentos possivelmente poderiam reduzir a complexidade das discussões.

<sup>275</sup> Como o artigo 2º da Lei Federal n. 9.784/99.

<sup>276</sup> Para se demonstrar essa dificuldade, é interessante mencionar que existem pelo menos quatro perspectivas a respeito da relação entre eficiência e justiça. Caliendo cita: a) autonomia (eficiência e justiça são conceitos diferentes e se aplicam a campos de estudo distintos); b) primado (concebe uma interconexão entre ambos, no sentido de que um sistema eficiente é justo ou um sistema justo é eficiente – um deve prevalecer de alguma forma sobre o outro); c) contradição (imagina uma impossibilidade de conjugação de ambos, no sentido de que

Independentemente desses problemas, é interessante notar que muito dos questionamentos estão ligados exatamente ao papel que é concebido à Ciência Econômica e ao Direito (ou, no caso, o papel concedido à Ciência Econômica em relação ao Direito) e, por via de consequência, não significa dizer que a eficiência pensada no Sistema Jurídico (e na Análise Econômica do Direito) seja a eficiência econômica (em seu sentido original ou de qualquer um de seus desenvolvimentos).

Por esse motivo, enfatizou-se que a solução jurídica, ainda que decorrente de alguma análise econômica do Direito Penal, não necessariamente seja a solução economicamente mais eficiente. O Direito considera em suas verificações outros elementos além da simples distribuição ou do valor monetário (como o bem-estar social, a justiça, etc.).

De qualquer maneira, a lógica da eficiência econômica pode ser muito útil socialmente, conforme expressamente se verifica neste trecho:

Eficiência, não obstante, permanece relevante para a criatividade, pois fornece um quadro importante de referências para sinalizar a presença de algo *novo*, e para fornecer um sistema de índices para recompensar o processo de descoberta. Preocupação com a eficiência nos leva a uma reconsideração constante da prática humana de trocas. Obriga-nos a pensar sobre o futuro, mesmo que os seus métodos são ancoradas no passado e no presente. Análise de eficiência também nos pede para considerar continuamente a possibilidade de que poderíamos fazer melhor. Isso é importante porque nos leva a estar alerta para potenciais oportunidades de melhoria. Como resultado, vemos que as determinações de eficiência, por si só, são insuficientes para promover padrões de longo prazo de maximização da riqueza e de prosperidade social. Ao mesmo tempo, no entanto, é evidente que processo de pensar sobre considerações de eficiência não é completamente irrelevante.<sup>277</sup>

Essa primeira parte do trabalho, como visto, procurou reconstruir as principais ideias

---

um sistema justo não pode ser eficiente, assim como um sistema eficiente poderia gerar injustiças); d) conexão (este é basicamente o posicionamento do autor Calsamiglia: uma sociedade justa deve ser eficiente, porque dificilmente desperdiçará ou subutilizará os recursos; a eficiência é um componente da justiça, não o único e talvez também não o principal critério; a eficiência, direcionada para a maximização da riqueza social exige intervenções estatais regulatórias; deve-se verificar se o Direito é eficiente na busca pelos resultados pretendidos). In: CALIENDO, Paulo. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 75-6. Em Calsamiglia, ver: CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho. Doxa*, n. 04, p. 267-287, 1987. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4\\_17.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2013. p. 273.

<sup>277</sup> No original: “*Efficiency, none the less, remains relevant to creativity because it provides an important referential framework for signaling the presence of something new, and for providing an indexical system for rewarding the discovery process. Concern for efficiency drives us to a constant reconsideration of the human practice of exchange. It forces us to think about the future even if its methods are anchored in the past and the present. Efficiency analysis also asks us to consider continually the possibility that we could be doing better. This is important because it prompts us to be alert for potential opportunities for improvement. As a result we see that efficiency determinations, by themselves, are inadequate standards for promoting long-term wealth maximization and social prosperity. At the same time, however, it is clear that the process of thinking about efficiency considerations is not completely irrelevant.*” In: MALLOY, Robin Paul. **Law and Market Economy: reinterpreting the values of Law and Economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 138.

que envolvem as perspectivas de Análise Econômica do Direito Criminal, realizando discussões e apontamentos a respeito das dificuldades encontradas.

Provavelmente, o leitor reconheceu diversas incompatibilidades na aplicação das ideias dos autores no Sistema Jurídico brasileiro. Efetivamente, como se demonstrou existem; e aparecem tanto em um sentido de política criminal, quanto em situações individualizadas de aplicação da pena.

O principal, entretanto, é a percepção da maneira de raciocínio utilizado, que pode trazer ganhos de racionalidade para o Subsistema Criminal. Especialmente, no que tange à observação das consequências diretas dos arranjos legislativos (em alguns casos, das indiretas também). Esse tipo de abordagem demonstra que políticas criminais de recrudescimento penal podem não atingir as consequências imaginadas, porque estão envolvidos muitos fatores ainda não adequadamente estudados. Ao contrário, demonstram que um planejamento consistente da legislação penal (ou de redução do Sistema Penal) podem acarretar melhores capacidades de enfrentamento dos problemas sociais. Basicamente, deve-se investir nos incentivos adequados, e não necessariamente mais robustos.

E, nesse contexto, embora as abordagens possam direcionar também para um sistema totalizante, não é possível de ser desconsiderado o paradigma jurídico existente, que deve guiar a maneira de como os incentivos devem ser planejados.

Por fim, de uma forma genérica, até o momento fora considerado um agente que responde aos incentivos na mesma proporção que eles são oferecidos. Algumas exceções já foram apresentadas nesta parte, sobretudo como elemento crítico às abordagens econômicas.

Na próxima parte do trabalho, se considerará um agente mais próximo da realidade, e que tem sido (embora muito criticado o “homem econômico” pela doutrina jurídico-filosófica) ignorado pelo sistema jurídico.

### 3 O HOMEM E A ANÁLISE ECONÔMICA – APORTES DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL E A RELAÇÃO COM O SISTEMA DO DIREITO

*“Eu conheço uma mulher que fuma. Ela diz: ‘Não é que eu tenha que fumar; Eu escolho fazê-lo. Eu poderia facilmente deixar de fumar em qualquer momento que eu quisesse, mas eu não vejo nenhuma razão pela qual eu deveria parar. Mas posso assegurar-lhe que eu poderia se quisesse fazê-lo’. Seu marido diz a ela: ‘Isso é apenas uma racionalização! Você não poderia deixar de fumar, mesmo que você quisesse. Você não é forte o bastante para deixar de fumar; você tem que fumar.*

*Então, para se sentir melhor e evitar ter que confessar sua própria fraqueza de caráter, você se engana tentando acreditar que você escolhe fumar. Mas é apenas uma racionalização’.*

*Eu conheço uma outra mulher que fuma. Ela diz: ‘Não é que eu queira fumar; eu não consigo me ajudar! Eu tentei várias vezes parar, mas sempre falhei! Eu temo que não tenha um caráter suficientemente forte! Eu gostaria muito de parar, mas simplesmente não consigo’. Seu marido diz a ela: ‘Isso é apenas uma racionalização! Você certamente poderia parar imediatamente, se você realmente quisesse. Não, você escolhe fumar (afinal, ninguém está forçando você) e sente envergonhada e culpada por fazer isso, que você sabe ser prejudicial! Então, para evitar qualquer responsabilidade moral por seus atos, você engana a si mesmo fingindo acreditar ‘que você não consegue se ajudar’. Mas esta é apenas uma racionalização’.*<sup>278</sup>

Nas partes precedentes, a pesquisa enfatizou os delineamentos da Análise Econômica do Direito Penal, tendo sido reconstruído de maneira dialogal o modelo-padrão iniciado por Gary Becker, situando-o no tempo e delimitando suas propostas.

Nesta segunda parte, pretende-se trabalhar com elementos centrais da crítica ao modelo da Análise Econômica do Direito Penal, sobretudo discutindo os argumentos que recaem sobre a concepção de racionalidade dos agentes e com ênfase nos aportes da Economia Comportamental. Essas contribuições demonstram que o homem pressuposto pela Ciência Econômica detém dificuldades em relação à racionalidade (o que, ressalta-se, não é

---

<sup>278</sup> No original: “*I know one woman who smokes. She says: ‘It’s not that I have to smoke; I choose to. I could easily give it up any time I wish to, but I see no reason why I should. But I can assure you, I could if I wanted to’. Her Husband says to her: ‘That’s only a rationalization! You couldn’t give up smoking even if you wanted to. You are not strong enough to give it up; you have to smoke. So to make yourself feel better, and to avoid having to confess your own weakness of character, you fool yourself into believing that you choose to. But It’s only a rationalization!’.* I know another woman who smokes. She says: ‘It’s not that I want to smoke; I can’t help myself! I have tried several times giving it up, but I have failed! I’m afraid I just don’t have a very strong character. I would love to stop, but simply can’t’. Her Husband says to her: ‘That’s only a rationalization! You certainly could stop immediately, if you really wanted to. No, you choose to smoke (after all, nobody is making you) and you feel ashamed and guilty for doing that which you know to be harmful. So to avoid any moral responsibility for your acts, you fool yourself into believing that you can’t help it. But this is only a rationalization’”. In: SMULLYAN, Raymond. **This Book Needs No Title: a budget of living paradoxes**. New York: Simon & Schuster, [1986?]. p. 17.

novidade no âmbito da Ciência Econômica, como a opinião de Pareto demonstrará abaixo).

Inobstante, a importância do estudo desse tema consiste no fato de essas mesmas dificuldades influenciarem as pessoas que estão sob o alcance das normas jurídicas. Conjugado a isso, encontra-se o fato de que no âmbito jurídico esses temas são quase que integralmente desconsiderados, embora, como mencionado, o sistema jurídico-penal trabalhe com uma pressuposição semelhante, no que tange à responsividade aos incentivos legais.

A título de exemplificação, a teoria jurídica se preocupa há bastante tempo a respeito de uma teoria da decisão; todavia, não costuma considerar as circunstâncias que afetam as decisões dos seres humanos. Resumidamente, Ronald Dworkin, por exemplo, sugere um encadeamento com a tradição jurídica (ideia de “romance em cadeia”<sup>279</sup>), porém não investiga as diferenças da percepção humana, do contexto, das limitações humanas para atingir-se uma posição de efetiva inserção naquela cadeia. Isso não significa que sua teoria seja inadequada; sugere-se que poderia encontrar mais fidedignidade se considerasse outros elementos que influenciam os seres humanos em suas decisões. Presume-se sempre que todos possuem as mesmas capacidades decisórias<sup>280</sup>. Assim também aparenta ser com o Direito Penal, quando, por seu intermédio, se procura modificar as condutas na realidade: modifica-se a lei imaginando que a conduta indesejada não mais ocorrerá (pelo menos no imaginário das pessoas).

Nesse contexto, inicia-se por uma análise mais detalhada a respeito do modelo do agente racional, a respeito do qual se pretende discutir os pontos mais relevantes para a análise econômica. Em um segundo momento, discute-se a metodologia normalmente empregada pelas análises econômicas, notadamente o “individualismo metodológico”. Ambos são temas de contextualização para o terceiro momento, no qual se ingressa na análise das

---

<sup>279</sup> “Cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (...) Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.” In: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 276.

<sup>280</sup> A despeito disso, Leonel Rocha e Guilherme de Azevedo sugerem a necessidade de se ultrapassar o individualismo metodológico. Ver: Mas não se indica que essa seja a solução. Sobre o afastamento do individualismo metodológico, ver: ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma Teoria da Organização da Decisão Jurídica Autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 193-213, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.unisinos.br/revistas/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

limitações à racionalidade propriamente ditas.

Por fim, em um quarto momento, pretende-se discutir a integração da observação econômica com a observação estritamente jurídica, discutindo-se a relação entre os instrumentos da Ciência Econômica e o Sistema Jurídico (intentando verificar os impactos das propostas da análise econômica em relação à teoria jurídica) sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas Sociais. Esta, como se verá, sugere que a mesma característica que garante a separação do Sistema do Direito em relação aos demais sistemas sociais, consiste em mais uma explicação dos motivos pelos quais a legislação pode não ser respeitada socialmente. De qualquer forma, avançando teoricamente (ou, no mínimo, complementando o paradigma atual) oferece outros tipos de solução, as quais não são alheias aos pontos discutidos nesta pesquisa. Por isso, essa integração.

### 3.1 DISCUTINDO ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DO “AGENTE RACIONAL”

*“Era uma vez um homem branco, que dedicou todo o seu tempo e energias em prol da causa das pessoas negras - trabalhando para obter a igualdade econômica, política e psicológica completas. (...) ”Altruísta? Não, você não entende; Você realmente não entendeu nada mesmo! Eu não tenho um osso sequer de altruísmo em meu corpo; Tudo o que faço é direcionado por um motivo ligado ao meu futuro!”*

*“Veja, eu comecei a acreditar na reencarnação. Quando eu morrer, muitos bebês vão nascer, alguns negros e alguns brancos. Minhas chances de ser negro ou branco na minha próxima vida são implacavelmente iguais, e eu quero ter a certeza de que, se eu reincarnar como negro, não irei me dar mal!”<sup>281</sup>*

O problema da racionalidade talvez seja um dos temas mais tormentosos no âmbito da Ciência Econômica, embora seguramente não seja discutido unicamente lá (porque, como se viu, o Direito Penal a pressupõe em alguma medida). De qualquer maneira, embora Becker tenha feito menção às críticas ao modelo racional em seu texto original (1968), essas são anteriores, porque constam já em escritos de Pareto (1906):

É opinião comum, implícita ou explícita, que os homens são guiados unicamente pela razão e que, por consequência, todos os seus sentimentos são ligados de

---

<sup>281</sup> Tradução livre de: “Once there was a white man who devoted all his time and energies to working for the cause of the black people - working to obtain complete economic, political, and psychological equality. (...) ‘Unselfish? No, you don’t understand; you don’t understand at all! I don’t have an unselfish bone in my body; everything I do is for an ulterior motive! ‘You see, I happen to believe in reincarnation. When I die, many babies will be born, some black and some white. My chances of being black or white in my next life are roughly equal, and I want to be sure that if I came back black, I don’t get hurt!’.” In: SMULLYAN, Raymond. *This Book Needs No Title: a budget of living paradoxes*. New York: Simon & Schuster, [1986?]. p. 05.

maneira lógica; mas esta é uma opinião falsa e desmentida por um sem número de dados, que nos fazem pender para outra opinião extrema, completamente falsa entretanto, de que o homem é guiado exclusivamente por seus sentimentos e não pela razão.<sup>282</sup>

A racionalidade do agente racional das teorias econômicas não é completa em todos os momentos e para todas as circunstâncias e tipos de decisão.

Nesse contexto, então, o que pode ser considerado como “racional” nesse contexto da Ciência Econômica<sup>283</sup>? A título de exemplificação, pode-se apresentar alguns significados mais comuns atribuídos a essa expressão<sup>284</sup>: o de uma deliberação tomada após pensamentos; a de uma ação tomada a partir de razões internas; e a de que as pessoas tentam sempre realizar o seu melhor nas circunstâncias que presenciam, seguindo os incentivos e adaptando-se às circunstâncias que vivenciam; a racionalidade premial-pecuniária (“*payoff rationality*”); a maximizadora da utilidade/interesse, que considera uma consistência no comportamento, não importando se o interesse a ser maximizado seria de pecúnia, honra, justiça, cooperação, construção de uma comunidade, confiança ou qualquer outro “valor individual, relacional ou organizacional”<sup>285</sup>.

Evidentemente, refoge ao âmbito desta pesquisa analisar isoladamente cada uma das perspectivas, quer porque todas possuem pontos em comum, quer porque sobretudo se está pensando a respeito de sua aplicação no âmbito da Análise Econômica do Direito Criminal. E, nesse sentido, embora existam diferentes conceitualizações, aquela se originou consciente das limitações do agir humano, como advertiu Becker em seu texto de 1968<sup>286</sup>.

A pretensão, portanto, é compreender as linhas dessa racionalidade e de suas limitações. Para a aproximação do tema, entretanto, é pertinente conhecer-se as principais críticas apresentadas.

Essas são normalmente apresentadas na doutrina a partir de uma caricatura do agente racional econômico. Exalta-se que os livros de economia clássica sugerem que os indivíduos

<sup>282</sup> PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Nova Cultural, 1987. p. 40.

<sup>283</sup> Essa delimitação é relevante porque racionalidade pode ser pensada de diferentes formas. Por exemplo, ver: LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 196 e seguintes.

<sup>284</sup> Sobre o tema ver: HODGSON, Geoffrey. *On the Limits of Rational Choice Theory*. **Economic Thought**, World Economics Association, n. 1, p. 94-108, 2012.

<sup>285</sup> FELIN, Teppo; FOSS, Nicolai J. *Social Reality, the Boundaries of Self-fulfilling Prophecy, and Economics*. **Organization Science**, v. 20, n 3, p. 654-668, mai.-jun./2009. p. 662. Disponível em: <<http://orgsci.journal.info rms.org/content/20/3/654.full.pdf+html>>. Acesso em: 29 out. 2012.

<sup>286</sup> BECKER, Gary S. *Crime and Punishment: an economic approach*. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar.-apr./1968. p. 176.

“podem pensar como Albert Einstein, armazenar tanta memória quanto o Big Blue da IBM e ter a força de vontade de Mahatma Gandhi”<sup>287</sup>. Os três exemplos são apresentados exatamente como contrários às três categorias de dificuldades normalmente reconhecidas: dificuldade de computar a informação, ausência de memória e força de vontade insuficiente (implicitamente insere-se também o autointeresse). Em contraposição a isso, de fato, reconhece-se que as pessoas reais com as quais os economistas se encontram nas salas de aula e nas ruas são confusas, esquecidas, propensas a calcularem erroneamente seus próprios interesses e regularmente não existe consistência nos seus processos de tomadas de decisão<sup>288</sup>.

Isso, não significa, contudo, a inexistência do agente do modelo: “o mundo decerto tenha sua cota de Hamlets, Macbeths, Lears e Otelos”, ou seja, “tipos friamente racionais”, o mundo é muito mais complexo, porque sabidamente nos enganamos e experimentamos alternativas<sup>289</sup>. Consequentemente, isso não significa que os modelos econômicos são imprestáveis<sup>290</sup>, mas que necessitam ser melhor mapeados, sobretudo para considerar outras variáveis como a normatividade social (“*social norms*”), reações emocionais, cultura em geral<sup>291</sup>, tendências e modismos<sup>292</sup> e outros temas.

Em relação ao Sistema Jurídico, encontra-se um primo distante da concepção do agente racional das teorias econômicas, que seria a concepção-ideal do “homem-médio” (que,

<sup>287</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 07.

<sup>288</sup> SASSOWER, Raphael. *Is Homo Economics Extinct? Philosophy of the Social Sciences*, Sage Publications, n. 40 (4), p. 603-615, jun./2010. p. 605. Disponível em: <<http://pos.sagepub.com/content/40/4/603>>. Acesso em: 31 out. 2012.

<sup>289</sup> Todas as citações são de: SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 27.

<sup>290</sup> Alguns autores mencionam que as dúvidas que recaem sobre a teoria do agir racional advêm da Antropologia, da Sociologia, da Psicologia e da própria Economia. Em cada uma dessas críticas há, de forma genérica, críticas a respeito do caráter normativo e a respeito de uma noção afetiva do agir. In: HAYWARD, Keith. *Situational Crime Prevention and its discontents: Rational Choice Theory versus the ‘Culture of Now’*. *Social, Policy & Administration*, Blackwell Publishing, Oxford, v. 41, n. 3, p. 232-250, jun./2007. p. 236.

<sup>291</sup> Tentativas a esse respeito vem sendo realizadas pela Criminologia Cultural. Keith Hayward, por exemplo, sustenta que muitas vezes aquilo que pode ser imaginado, em uma primeira perspectiva, como irracional pode decorrer de subjetividades e emoções associadas aos valores consumelistas modernos. Assim, o crime poderia ser buscado em razão da sensação emocional que gera em seu autor. Sobre o assunto, ver: HAYWARD, Keith. *Situational Crime Prevention and its discontents: Rational Choice Theory versus the ‘Culture of Now’*. *Social, Policy & Administration*, Blackwell Publishing, Oxford, v. 41, n. 3, p. 232-250, jun./2007. p. 238. Literalmente: “The point being that, what at first sight may appear to be a growing tendency for individuals to engage in irrational criminal decision-making ‘strategies’ may in fact be the by-product of a series of subjectivities and emotions that are themselves simply a reflection of the central logic and material values associated with late modern consumerism (...) The seductiveness of crime may thus derive, in large part, from the new kinds of sensations it offers.” In: *Ibidem*, p. 239.

<sup>292</sup> SASSOWER, Raphael. *Is Homo Economics Extinct? Philosophy of the Social Sciences*, Sage Publications, n. 40 (4), p. 603-615, jun./2010. p. 606. Disponível em: <<http://pos.sagepub.com/content/40/4/603>>. Acesso em: 31 out. 2012.

embora muito criticada, ainda indiretamente aparece no Direito Penal quando se pensa na conduta adequada, a ser seguida). É viável pensar-se o Direito Penal como um sinal de demonstração da conduta correta a ser seguida<sup>293</sup>; e, por isso mesmo, modifica-se a lei penal com a intenção de modificar as condutas sociais. Se isso for verdadeiro, algumas das críticas ao modelo econômico também se direcionam ao Direito Penal, como será exemplificado adiante.

Historicamente, a crítica desse modelo de agente racional recebeu destaque com Herbert Simon. Este, em 1953, iniciou referências a respeito das limitações da racionalidade em um trabalho realizado (embora as ideias de “*bounded rationality*” estivessem presentes, a expressão ainda não aparecia no ensaio inicial). Nessas primeiras ideias, cujo enfoque econômico fora considerado unicamente como ponto de partida para tratar um âmbito mais amplo a respeito da tomada de decisões, Simon considera que as decisões normalmente não são tomadas como o seriam as decisões econômicas ideais. Isso, porque imaginar-se o sopesamento por parte de uma pessoa a respeito de todas as possibilidades existentes e sustentar que aquela escolhe dentre elas a mais maximizadora de sua utilidade não representaria exatamente a realidade: as preferências de uma pessoa dependem da direção na qual a sua atenção está voltada e também do grau de informações existentes (que dificilmente seria completo)<sup>294</sup>. Consequentemente, como antever as consequências de cada uma das possíveis escolhas é algo difícil (até porque há grande complexidade fática a respeito dessas possibilidades), sugere que o pressuposto da capacidade racional das teorias dominantes

---

<sup>293</sup> Independentemente, há concepções no sentido de que o papel do Direito é mais amplo: “*La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. (...) Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: una auto comprobación.*” In: JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona em uma teoria de um Derecho penal funcional**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000. p. 18. De certa forma, isso também é encontrado em Kelsen, na medida em que afirma que o Direito pode acarretar coações psíquicas nas pessoas (assim como outras ordens normativas, como religião e moral), embora esse não seja o seu aspecto mais importante. In: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979. p. 62-3.

<sup>294</sup> Em entrevista, Herbert Simon adverte que a limitação da racionalidade – como ele a vê, e que não se trata de uma teoria em si – trata-se, na verdade, de uma advertência aos economistas no sentido de que não podem prever o comportamento humano a partir de modelos teóricos abstratos. Segundo concebe, o grau de informação das pessoas, assim como seus interesses pessoais, não podem ser considerados da perspectiva de “uma escrivanhinha”, mas a partir de observações empíricas. In: SIMON, Herbert. **Os Limites ou Fronteiras da Racionalidade**. Entrevista disponível no sítio “You Tube”. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=QFLxazu6pCw&feature=player\\_embedded](http://www.youtube.com/watch?v=QFLxazu6pCw&feature=player_embedded)>. Acesso em: 30 out. 2012.

ultrapassava a habilidade computacional limitada dos organismos, de forma que se limitam a aproximações extremamente simplificadas<sup>295</sup>. Em outros termos, que a capacidade limitada dos indivíduos também se apresenta como um dos elementos que constroem o agir racional<sup>296</sup>. Por exemplo, há aspectos de limitação físicos e psicológicos que necessariamente influenciam na racionalidade, como a velocidade, a inteligência, experiência, o grau de informação atual, a possibilidade das recompensas, a sequencialidade dos fatos e outros fatores. Inclusive, Simon sugere que grande parte das decisões não são tomadas antecipadamente, mas durante o agir<sup>297</sup>, motivo pelo qual o meio no qual está inserido o

---

<sup>295</sup> Segue o contexto original: “*That is, some of the constraints that must be taken as givens in an optimization problem may be physiological and psychological limitations of the organism (biologically defined) itself. For example, the maximum speed at which an organism can move establishes a boundary on the set of its available behavior alternatives. Similarly, limits on computational capacity may be important constraints entering into the definition of rational choice under particular circumstances. (...) Because of the psychological limits of the organism (particularly with respect to computational and predictive ability), actual human rationality-striving can at best be an extremely crude and simplified approximation to the kind of global rationality that is implied, for example by game-theoretical models.*” In: SIMON, Herbert A. ***A Behavioral Model of Rational Choice***. [p-365, 17 p., datilografado], 20 de janeiro de 1953. Disponível em: <[www.rand.org/pubs/papers/2005/p365.pdf](http://www.rand.org/pubs/papers/2005/p365.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2012. p. 02.

<sup>296</sup> Interessante notar que as correntes Neoinstitucionalistas da Análise Econômica se alinham com as percepções de Simon (embora estejam preocupadas com a maximização da riqueza). É que, embora concebam igualmente o sujeito como racional, a racionalidade está sujeita a restrições: “elas incluem a existência e a definição dos direitos de propriedade, dos custos de transação, assim como o reconhecimento de uma capacidade computacional limitada para a mente humana”. Tradução livre de: “*The first is that individuals are assumed to pursue their self-interest rationally, subject to constraint. These constraints, however, are more numerous and severe than those assumed in neoclassical economic theory. They include the existence and definition of property rights and transaction costs, as well as a recognition of the limited computational capacity of the human mind.*” In: MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. ***Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond***. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 244. Segundo Peter Klein, “Nova economia institucional (NIE) é um empreendimento interdisciplinar que combina Economia, Direito, Teoria da Organização, Ciência Política, Sociologia e Antropologia para compreender as instituições da vida social, política e comercial”. Tradução de: “*The New Institutional Economics (NIE) is an interdisciplinary enterprise combining economics, law, organization theory, political science, sociology and anthropology to understand the institutions of social, political and commercial life*”. In: KLEIN, Peter G. *New Institutional Economics* [texto 0530, de 1999]. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit De. ***Encyclopedia of Law & Economics***. Disponível em: <<http://encyclo.f indlaw.com/>>. Acesso em: 14 abr. 2012. p. 456.

<sup>297</sup> No original: “*In most global models of rational choice, all alternatives are evaluated before a choice is made. In actual human decision-making alternatives are often examined sequentially.*” In: SIMON, Herbert A. ***A Behavioral Model of Rational Choice***. [p-365, 17p., datilografado], 20 de janeiro de 1953. Disponível em: <[www.rand.org/pubs/papers/2005/p365.pdf](http://www.rand.org/pubs/papers/2005/p365.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2012. p. 12. De qualquer maneira, o próprio modelo de Simon (especialmente aquele ligado à criação de uma inteligência artificial) é fortemente criticado por Lucien Sfez em razão de sua simplificação excessiva a respeito da maneira de como o ser humano computa as informações. Por exemplo: “Essa racionalidade limitada é a de um homem normal, individual, que age e pensa em curto prazo. Ele sabe o que quer, mas não sabe como fazê-lo. Conhece-se o propósito, mas não se conhece(m) o(s) caminho(s) para chegar lá. Eis o que descarta toda indecisão fundamental sobre nossos futuros aleatórios, que expulsa os miasmas deletérios da nova história, da psicanálise e da antropologia. Eis o que revela de modo gritante os limites... da racionalidade limitada e a inscreve sempre como desfaçatez ingênua (ou caricatural?) da velha racionalidade universal, ditatorial. Observemos desde já que, se for verdade que o homem age por seleções sucessivas de meios para alcançar um objetivo previamente definido, então ele está tentando estabelecer uma relação de similitude entre a atitude do ‘passo a passo’ e a do computador...”. In: SFEZ, Lucien.

agente pode ser determinante<sup>298</sup>. Há uma dinamicidade no processo de decisão, e não necessariamente uma suspensão das atividades enquanto são verificadas as possibilidades para a tomada de decisão. Além disso, muitas vezes as pessoas não estão procurando a melhor solução, mas a boa solução, que soluciona satisfatoriamente o problema<sup>299</sup>. Pretende-se muitas vezes, uma solução que resolva o problema encontrado, pelo menos até que se tenha tempo ou conhecimento para a tomada de uma decisão melhor, ou definitiva.

Em um sentido teórico, Hodgson, considerando a racionalidade como um elemento dado no âmbito da Ciência Econômica, apresenta uma crítica a respeito dos modelos principais de racionalidade: a de que, na maneira como tem sido pensado, o pressuposto do agente racional não pode ser falseado<sup>300</sup>. Em outras palavras, a teoria necessariamente é sempre verdadeira. Segundo o autor, “uma suposição consistente com tudo descreve pouco e não delimita coisa alguma”<sup>301</sup>.

No que tange às preferências, por exemplo, o modelo do agente racional possui a seguinte mecânica de funcionamento: consiste em dizer que, havendo a possibilidade de escolher entre A e B, a escolha de um em detrimento do outro demonstrou a “preferência” de

---

**A comunicação.** Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 46-7. O mesmo sentido das críticas, inclusive, assemelhando Simon à Descartes aparece também na página 49 e na seguinte obra do mesmo autor: SFEZ, Lucien. **Crítica da Comunicação.** Tradução de Maria Stela Gonçalves e Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 129 e seguintes. Interessante mencionar que nas páginas 349-350 há consta uma defesa realizada por Simon em relação às críticas de Sfez.

<sup>298</sup> “Thus, Simon’s bounded rationality is not the study of cognitive limitations. It is not a collections of irrationalities that need to be added to rational theory choice. (...) is the study of the match between cognitive heuristics and structures of environments”. In: GIGERENZER, Gerd. *Is the Mind Irrational or Ecologically Rational?* In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). **The Law and Economics of Irrational Behavior.** Stanford: Stanford University, 2005. p. 39. Segundo o autor, a teoria considera a elaboração e a testagem de modelos das heurísticas que as pessoas utilizam para decidir em um mundo de incertezas; estuda o ambiente no qual uma determinada heurística pode surgir; e, testa a utilidade das heurísticas em situações nas quais não há um modelo reconhecidamente como ótimo. In: *Ibidem*, p. 39-0.

<sup>299</sup> “The player, instead of seeking for a ‘best’ move, needs only for a ‘good’ move”. In: SIMON, Herbert A. **A Behavioral Model of Rational Choice.** [p-365, 17p., datilografado], 20 de janeiro de 1953. Disponível em: <[www.rand.org/pubs/papers/2005/p365.pdf](http://www.rand.org/pubs/papers/2005/p365.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2012. p. 09.

<sup>300</sup> Há outras posturas científicas a respeito da classificação. Sobre isso ver o próprio Hodgson. De qualquer maneira, Amartya Sen apresenta as mais comuns de maneira resumida: “Caso hoje se fizesse uma pesquisa entre economistas de diferentes escolas, você quase certamente encontraria crenças de que (i) a teoria do comportamento racional é incapaz de ser falseada; (ii) que é falseável mas até agora não falseada; (iii) é falseável e de fato é evidentemente falsa.” Tradução livre: “If today you were to poll economists of different schools, you would almost certainly find the coexistence of beliefs (i) that the rational behavior theory is unfalsifiable, (ii) that it is falsifiable and so far unfalsified, and (iii) that it is falsifiable and indeed patently false.” In: SEN, Amartya K. **Rational Fools: A critique of the behavioral foundations of economic theory.** *Philosophy and Public Affairs*, Princeton University Press, v. 6, n. 4, p. 317-344, 1977. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915%28197722%296%3A4%3C317%3ARFACOT%3E2.0.CO%3B2-Z>>. Acesso em: 24 out. 2012. p. 325.

<sup>301</sup> Tradução livre de: “An assumption that is consistent with everything describes little and delimits nothing.” In: HODGSON, Geoffrey. **On the Limits of Rational Choice Theory.** *Economic Thought, World Economics Association*, n. 1, p. 94-108, 2012. p. 97.

um em relação ao outro<sup>302</sup>. Não há a possibilidade de discussão a respeito dos motivos determinantes dessa escolha, de forma que, se houver uma inversão, por exemplo, haveria uma inconsistência. Em outras palavras, o problema consiste no fato de a teoria ser tão genérica que abarca todas as possibilidades, sendo sempre verdadeira, embora com uma capacidade muito restrita de demonstrar relações causais<sup>303</sup>. Embora seja capaz de explicar como o indivíduo atua, não apresenta qualquer evidência a respeito dos efetivos motivos, daquilo que a pessoa pretende fazer ou deseja alcançar<sup>304</sup>. Mais especificamente, desconsidera o problema da explicação das causas do comportamento e o problema do desenvolvimento das capacidades e disposições individuais<sup>305</sup>.

Por exemplo<sup>306</sup>, Hodgson faz a seguinte pergunta: se uma pessoa vai repetidamente a um restaurante e, em um dia pede um prato contendo carne de gado e, no outro, pede um prato contendo peixe, ela teve um comportamento inconsistente? Segundo alega, há duas respostas: Talvez sim e talvez não. O resultado depende unicamente do fato de as duas escolhas terem ou não o mesmo grau de informação e de circunstâncias. Se a modificação se deu em razão de o bife não ter sido tão bom quanto o esperado ou porque há notícias a respeito da doença da vaca-louca, alteram-se as circunstâncias e as informações e, por isso, a modificação não é necessariamente uma representação de um comportamento inconsistente<sup>307</sup>. Se a mudança foi

<sup>302</sup> E isso já se apresentava como elemento de crítica em 1977. Ver: SEN, Amartya K. *Rational Fools: A critique of the behavioral foundations of economic theory*. *Philosophy and Public Affairs*, Princeton University Press, v. 6, n. 4, p. 317-344, 1977 [verão]. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0048391528197722%296%3A4%3C317%3ARFACOT%3E2.0.CO%3B2-Z>>. Acesso em: 24 out. 2012. p. 322.

<sup>303</sup> Por exemplo: “Given that we can never in principle demonstrate that some unobserved variable (like utility) is not being maximized, then the theory is invulnerable to any empirical attack. No amount of evidence can establish non-existence. Hence the standard core of expected utility theory is unfalsifiable”. In: HODGSON, Geoffrey. *On the Limits of Rational Choice Theory*. *Economic Thought*, World Economics Association, n. 1, p. 94-108, 2012. p. 98. De qualquer maneira, o autor alerta que isso não significa um erro na teoria ou eventual ausência de cientificidade: “This does not necessarily mean that the utility maximization framework is useless or wrong. (...) Neither tautological nor non-falsifiable statements are necessarily meaningless or unscientific. A key problem with utility maximization is that it is so general that it can explain anything; consequently its explanatory power in specific instances is dramatically diminished. Its explanatory success is an illusion.” In: *Ibidem*, p. 98.

<sup>304</sup> Nesse sentido: SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 34.

<sup>305</sup> HODGSON, Geoffrey. *On the Limits of Rational Choice Theory*. *Economic Thought*, World Economics Association, n. 1, p. 94-108, 2012. p. 99.

<sup>306</sup> Exemplo e conclusão semelhantes são encontrados em: SEN, Amartya K. *Rational Fools: A critique of the behavioral foundations of economic theory*. *Philosophy and Public Affairs*, Princeton University Press, v. 6, n. 4, p. 317-344, 1977 [verão]. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915%28197722%296%3A4%3C317%3ARFACOT%3E2.0.CO%3B2-Z>>. Acesso em: 24 out. 2012.

<sup>307</sup> HODGSON, Geoffrey. *On the Limits of Rational Choice Theory*. *Economic Thought*, World Economics Association, n. 1, p. 94-108, 2012. p. 97. O autor satiriza com um adágio popular comum nos Estados Unidos da América, perguntando “por que a galinha atravessou a estrada? Para maximizar sua utilidade”. Explica: “Alguns

realizada sem qualquer transformação nos parâmetros informacionais das preferências, teria havido inconsistência.

Esse caráter formal de análise, por exemplo, segundo esse autor<sup>308</sup>, fez com que Gary Becker sugerisse a utilização da ideia de maximização não apenas para os seres humanos, mas também para outras espécies. Embora não tenha sido possível consultar o texto original no qual Becker teria feito essa sugestão, tem-se conhecimento de outros autores que estudaram essa possibilidade.

Similarmente, Gordon Tullock (1994)<sup>309</sup> tem sustentado que organismos – desde bactérias até ursos – podem ser tratados como detentores do mesmo tipo geral de função de utilidade que é atribuída aos seres humanos nos livros de microeconomia. Maximização da utilidade é aplicada para humanos em todas as formas de sociedades desde a origem da nossa espécie, e, em grande parte do reino animal também. Aparentemente, agora nos temos “evidências” da “racionalidade” de qualquer que esteja em evolução, desde a ameba. Consequentemente, essas assunções nos dizem muito pouco sobre aquilo que é especificamente da natureza humana e da sociedade humana.<sup>310</sup>

No mesmo sentido, Richard Posner menciona expressamente a possibilidade de uma rã racional<sup>311</sup>.

---

economistas podem estar satisfeitos com essa resposta. Entretanto, ela não nos diz nada a respeito de galinhas, estradas, motivos específicos, desenvolvimentos históricos ou sobre mecanismos causais detalhados. Nós também deveríamos estar insatisfeitos com a simplificação de toda complexidade da motivação humana in termos de uma relativamente simples função de preferência”. Tradução livre de: “*Q: Why did the chicken cross the road? A: to maximize its utility. Some economists may be satisfied with this answer. But it tells us nothing about chickens, roads, specific motives, developmental histories, or detailed causal mechanisms. We should also be dissatisfied with summarizing all the complexities of human motivation in terms of a relatively simple preference function*”. In: *Ibidem*, p. 101.

<sup>308</sup> HODGSON, Geoffrey. *On the Limits of Rational Choice Theory. Economic Thought, World Economics Association*, n. 1, p. 94-108, 2012. p. 99. Segundo o autor, isso constou na segunda edição da obra “*A Treatise on the Family*”, de 1991.

<sup>309</sup> “*The Economics of Non-Human Societies*”.

<sup>310</sup> Tradução livre de: “*Similarly, Gordon Tullock (1994) has claimed that organisms – from bacteria to bears – can be treated as if they have the same general type of utility function that is attributed to humans in the microeconomics textbooks. Utility maximization is applied to humans in all forms of society since the origin of our species, and to a large portion of the animal kingdom as well. Seemingly, we now have ‘evidence’ of the ‘rationality’ of everything in evolution from the amoeba onwards. As a consequence such assumptions are telling us very little about what is specific to human nature and human society*”. In: HODGSON, Geoffrey. *On the Limits of Rational Choice Theory. Economic Thought, World Economics Association*, n. 1, p. 94-108, 2012. p. 99.

<sup>311</sup> Nas palavras do autor: “O leitor pode estar perturbado com a aparente severidade da ausência de verosimilhança do pressuposto subjacente da teoria econômica. O pressuposto básico – que o comportamento humano é racional - parece estar em contradição com as experiências e as observações do cotidiano. Mas a contradição é diminuída quando se compreende que o conceito de racionalidade utilizado pelo economista é objetivo em vez de subjetivo, de modo que não seria um solecismo falar de uma rã racional. Racionalidade significa pouco mais para um economista do que uma disposição para escolher, consciente ou inconscientemente, um meio apto para qualquer fim que aquele que escolhe pode ter selecionado, consciente ou inconscientemente. Em outras palavras, a racionalidade é a capacidade e a inclinação para usar o raciocínio

Como se percebe, a racionalidade do “homem econômico”, pelo menos para grande parte da doutrina especializada na análise econômica não é uma questão de estado mental ou de consciência, mas unicamente de consequências, no sentido de realizarem ações propositais, como se perseguissem fins consistentes por intermédio de meios que seriam eficientes<sup>312</sup>. Trata-se, na verdade, de uma pressuposição formal, cujo conteúdo se limita em grande parte a considerar que tudo se move por alguma causa: saciar a fome, ir para a sombra, se proteger, reproduzir, comprar uma casa nova, mudar de emprego. Como se presume que os seres se movimentam para buscar algo “desejado”, esse movimento seria direcionado à “busca de uma utilidade”, seja qual for. E é por isso que, inclusive, a doutrina sugere que essa forma de racionalidade sempre existiu (mesmo nas sociedades primitivas); portanto, sem ligação com o sistema capitalista de produção<sup>313</sup>. Esse seria um meio de atuar que sempre existiu na sociedade.

O seguinte excerto é elucidativo a respeito dos delineamentos dessa racionalidade:

um camponês ansioso por obter uma boa colheita pode – dependendo do conteúdo

---

instrumental para continuar vivo. Isso certamente não assume consciência (decisões racionais são muitas vezes intuitivas). Isso certamente não assume omnisciência; custos positivos de informação são assumidos ao longo deste livro (eles são de dois tipos - os custos de aquisição de informação e os custos de processamento e uso de informações de forma inteligente [e isso pode ser chamado de "racionalidade limitada"])"'. Tradução livre de: “*The reader may be troubled by what appear to be the severely unrealistic assumption that underlie economic theory. The basic assumption - that human behavior is rational - seems contradicted by the experiences and observations of everyday life. But the contradiction is lessened when one understands that the concept of rationality used by the economist is objective rather than subjective, so that it would not be a solecism to speak of a rational frog. Rationality means little more to an economist than a disposition to choose, consciously or unconsciously, an apt means to whatever ends the chooser happens to have selected, consciously or unconsciously. In other words, rationality is the ability and inclination to use instrumental reasoning to get on in life. It does not assume consciousness (rational decisions are often intuitive). It certainly does not assume omniscience; positive information costs are assumed throughout this book (they are of two kinds - costs of acquiring information and costs of processing and using information intelligently)*”. In: POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 15. A observação entre colchetes encontra-se na nota de rodapé n. 01 da mesma página.

<sup>312</sup> No mesmo sentido: MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. *Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond*. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 102 (nota de rodapé número 18). Veja-se, por exemplo, o seguinte excerto: “Quer uma ação provenha de uma clara deliberação, quer provenha de memórias esquecidas e desejos reprimidos que, das profundezas onde se encontram, dirigem a vontade, sua natureza não se altera. Estão agindo tanto o assassino, cujo impulso subconsciente (o id) conduz ao crime, quanto o neurótico, cujo comportamento aberrante parece sem sentido para o observador superficial; ambos, como todo mundo, procuram atingir certos objetivos. É mérito da psicanálise ter demonstrado que mesmo o comportamento de neuróticos e psicopatas tem um sentido, que eles também agem com o objetivo de alcançar fins, embora nós, que nos achamos normais e são, consideremos sem sentido o raciocínio que lhes determina a escolha de fins, e inadequados os meios que escolhem para atingir esses fins.” In: MISES, Ludwig Von. *Ação Humana*: um tratado de economia. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 13.

<sup>313</sup> POSNER, Richard A. *A Theory of Primitive Society, with special Reference to Law*. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 23, n. 1, p. 1-53, 1980. p. 53. Disponível uma cópia de acesso gratuito e unicamente para leitura em: <<http://www.docin.com/p-131756705.html>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

de suas idéias – escolher vários métodos. Pode realizar algum ritual mágico, pode partir em numa peregrinação, pode acender uma vela ao seu santo padroeiro ou pode empregar mais fertilizante e de melhor qualidade. Mas, qualquer que seja a sua escolha, ela é sempre ação, isto é, o emprego de meios para atingir fins. (...) Mas o conceito de ação não implica que a mesma seja orientada por uma teoria correta e por uma tecnologia que garanta a obtenção do objetivo pretendido. Implica apenas que o executante da ação acredite que os meios aplicados produzirão o efeito desejado.<sup>314</sup>

No sentido adotado por Becker (e pela grande parte da doutrina, a exemplo de Posner) a racionalidade não se resume à ideia de que os indivíduos calculem efetivamente, em todos os momentos, suas ações, sobretudo porque seu comportamento é influenciado por fatores como a idade, o sexo, a inteligência, a escolaridade, os gostos pessoais, as necessidades, as oportunidades, o grau de informação<sup>315</sup>, etc.<sup>316</sup>. Poderia ser questionando se esse agente racional seria um agente “egoísta”, no sentido de mover-se unicamente para a satisfação de seus interesses. A resposta deveria ser “depende”. Pode haver um efetivo egoísmo, mas a satisfação do interesse pessoal pode estar na realização de interesses dos demais (a ideia de altruísmo). Haveria, assim, um egoísmo altruísta<sup>317</sup>; ou o altruísta egoísta do exemplo que inaugurou este sub-capítulo.

---

<sup>314</sup> MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: um tratado de economia. Tradução de Donald Stewart Júnior. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 37.

<sup>315</sup> Esse fator costuma ser um elemento de crítica em relação ao modelo do agente racional, porque sabe-se que as pessoas tomam as decisões conforme um conjunto de informações que estão disponíveis no momento em que decidem. Isso significa que, modificando-se ligeiramente a realidade e as circunstâncias existentes no momento da decisão, possivelmente esta seria diferente. Ademais, as pessoas tendem a focar mais no presente que no futuro, de forma que passam a reconhecer os efetivos custos de suas ações apenas quando já não podem mais desfazer seus atos (quando são presos, por exemplo). Garoupa, segundo essa percepção, sugere que o elemento importante não estaria no aumento da dissuasão penal, mas na capacidade de fazer o agente se arrepender, porque esse seria um elemento colaborador para não haver repetições da ação. Ademais, sugere que a pena corporal, por exemplo, em tal contexto, poderia ser mais eficaz que a pena de multa sugerida por Becker, uma vez que o custo para o criminoso é muito mais elevado (quer pela prisão em si, quer pelo estigma social que advém depois do cumprimento). Sobre o assunto, ver: GAROUPA, Nuno. *Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review*. *European Journal of Law Economics*, Erfurt, vol. 15, n. 1, p. 5-15, jan./2003. p. 7.

<sup>316</sup> Na atualidade, por exemplo, já se conhece que certos aspectos biológicos, como genes ou problemas neurobiológicos tendem a influenciar o comportamento dos seres. Isso, por si só, pode demonstrar que o alcance da teoria padrão pode ser em alguma medida reduzido. Por exemplo, pode significar que grupos de pessoas não respondem “racionalmente” a mudanças legais: podem existir mecanismos internos que não permitem que a pessoa atue como gostaria ou deveria. Sobre o assunto, ver, por exemplo: O’NEIL, Michael E. *The Biology of Irrationality: Crime and the Contingency of Deterrence*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University, 2005. Capítulo 12, especialmente na página 295 e seguintes. Sobre a influência do meio na formação humana e nas características físicas e psicológicas do ser humano, ver, por exemplo: GALVANI, Pascal, A Autoformação, uma perspectiva transpessoal, transdisciplinar e transcultural. In: BARROS, Vitória M. de; MELLO, Maria F. de; SOMMERMAN, Américo (orgs.). **Educação e Transdisciplinaridade II**. Centro de Estudos Transdisciplinares da Escola do Futuro da Universidade de São Paulo – CETRANS. São Paulo: TRIOM, 2002. p. 96-8.

<sup>317</sup> Esse tipo de discussão aparece em: BECKER, Gary S. *The Economic Way of Looking at Behavior: the Nobel lecture*. Stanford University, 1996. *Kindle Edition*, localização 20-1. Da mesma forma, consultar as obras de Elster, Hodgson e Sen citadas nesta pesquisa.

Provavelmente seja por isso que grande parte da doutrina da análise econômica, a exemplo de Posner, afirmem que o fato de o ser humano realizar escolhas racionais não se confunde com cálculos conscientes; mas com respostas a incentivos: se o meio em que a pessoa está é alterável de forma que possa elevar o nível de satisfação daquela, a pessoa o modificará<sup>318</sup>.

o fato óbvio de que as pessoas nem sempre fazem escolhas racionais (significando o que?) não invalida a teoria da escolha racional. A Economia está preocupada em explicar e prever tendências e agregados, e não o comportamento de cada indivíduo, e, em uma amostra razoavelmente ampla, desvios aleatórios de comportamento racional normal acabarão compensados. Mas suponhamos que, talvez porque nosso cérebro evoluiu em um ambiente muito diferente daquele da sociedade moderna, o comportamento humano apresenta desvios sistemáticos de racionalidade. Os psicólogos cognitivos, economistas e analistas econômicos do direito apresentaram evidências de que a maioria de nós comete uma série de erros cognitivos sistemáticos.<sup>319</sup>

Portanto, ao contrário do que parte da crítica assume como “hiper-calculabilidade”, trata-se de uma racionalidade ampla e extremamente simplificada, um agir que seria “como se fosse racional”. Essa percepção encontra dificuldades, não necessariamente em razão da fidedignidade do modelo em relação à capacidade psíquica do homem cuja pretensão é descrever seu comportamento, mas porque, sua simplicidade (mesmo sendo apta como instrumento) a tornaria excessivamente limitada a aferição dos comportamentos em uma sociedade complexa (sobretudo em sociedades funcionalmente diferenciadas, no sentido de Niklas Luhmann<sup>320</sup>), porque não seria apta a visualizar aspectos do comportamento, sobretudo

<sup>318</sup> MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: um tratado de economia. Tradução de Donald Stewart Júnior. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 04.

<sup>319</sup> “The obvious fact that people do not always make rational choices (meaning what?) does not invalidate rational-choice theory. Economics is concerned with explaining and predicting tendencies and aggregates rather than the behavior of each individual; and in a reasonably large sample, random deviations from normal rational behavior will cancel out. But suppose that, perhaps because our brains evolved in a very different environment from that of modern society, human behavior exhibits systematic departures from rationality. Cognitive psychologists, economists, and economic analysts of law presented evidence that most of us commit a variety of systematic cognitive errors”. In: POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. p. 17.

<sup>320</sup> “La diferenciación funcional se basa en una clausura operativa de los sistemas-función incluyendo la autorreferencia. (...) Con el peso hacia la diferenciación funcional, la sociedad renuncia a imponer a los sistemas parciales un esquema común de diferenciación. Mientras que en el caso de la estratificación cada sistema parcial debe definirse a sí mismo frente a los otros mediante una diferencia de rango para sólo así llegar a la identidad propia; en el caso de la diferenciación funcional cada sistema de función determina su propia identidad – y esto sin excepción (como todavía lo veremos) a través de una semántica elaborada de reflexión, de autonomía, de darse sentido a sí mismo. Por lo demás, la sociedad ya sólo se considera como entorno del sistema funcional considerado y no como inferioridad o supremacía específica. Con todo, esto no significa que las dependencias entre los sistemas parciales disminuyan; al contrario, aumentan. Pero adquieren la forma de la diferencia entre sistema y entorno: no pueden ya normarse específicamente, no pueden

os motivacionais. Mesmo assim, muitos autores, a exemplo de Nuno Garoupa<sup>321</sup>, Steven Shavell<sup>322</sup> e Becker<sup>323</sup>, sustentam que, embora alguns pesquisadores procurem modelos melhores, ainda não os encontraram. Afirmam que não há modelos alternativos capazes de realizar uma aproximação entre a teoria e a prática com a mesma qualidade de resultados que a teoria da escolha racional apresenta.

O fato, portanto, de existirem problemas em relação a um certo número de indivíduos não altera a percepção dos autores da Análise Econômica do Direito Criminal. Em primeiro lugar, porque grande parte das condutas (e a resposta aos incentivos) confirmam as hipóteses levantadas. Em segundo lugar, porque, na verdade, a Economia não se preocupa com o comportamento humano de maneira individualizada; intenta “perceber as consequências colectivas que resultam da interacção entre comportamentos individuais”<sup>324</sup>. Assim, o interesse científico está exatamente na percepção de como uma determinada coletividade responde a incentivos positivos e negativos. Esse, inclusive, é o motivo pelo qual as críticas

---

*legitimarse dentro del todo de la sociedad como condición del orden en sí; sino que consisten ahora en una dependencia – general y altamente diferenciada – de condiciones constantemente cambiantes del entorno interno a la sociedad. Diferenciación funcional significa que el punto de vista de la unidad bajo el cual se ha diferenciado una diferencia de sistema/entorno es la función que el sistema diferenciado (y no su entorno) desempeña para el sistema total.(...) La diferenciación funcional – como forma de diferenciación de la sociedad – enfatiza la desigualdad de los sistemas de función. Pero en esta desigualdad son iguales”. In: LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrete. México: Herder, 2007. p. 590-1. Mais adiante: “Todos estos análisis se pueden resumir en el reconocimiento general de que clausura operativa y autonomía autopoietica permiten a un sistema una alta compatibilidad con el desorden del entorno. Mientras sea posible controlar los acoplamientos estructurales y absorber y procesar las irritaciones, el entorno puede por demás seguir siendo intrasparente, supercomplejo e incontrolable. Este mecanismo que mostro ya ser efectivo en los límites externos del sistema de la sociedad, mediante los cuales la comunicación se distancia del resto del mundo, se traslada mediante la diferenciación por funciones al interior del sistema de la sociedad. La consecuencia es que la sociedad se vuelve capaz de aumentar su desorden interno y de inmunizarse, al mismo tiempo, en contra de él. Con ello sin embargo aumenta su sensibilidad a las perturbaciones y se hace más dependiente del modo de observación de segundo orden. Cada sistema funcional opera en un entorno interno a la sociedad que es incontrolable para él. El que eso sea posible con éxito ocasiona que otros sistemas funcionales no puedan controlar su entorno. Como resultado se disuelve todo orden que puede obligar a la sociedad total respecto a la relación de los sistemas funcionales entre sí; y tanto más cuanto cada sistema de función depende de su propia clausura, de su propia autopoiesis – por bien o mal equipado que se encuentre para ello”. In: Ibidem, p. 610.*

<sup>321</sup> “My view is that the classical theory, even though suffering from some weak aspects which we have identified, is still the best approach to law enforcement”. In: GAROUPA, Nuno. *Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review*. **European Journal of Law Economics**, Erfurt, v. 15, n. 1, p. 5-15, jan./2003. p. 12.

<sup>322</sup> SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. New York: Foundation Press, 2004. p. 112.

<sup>323</sup> BECKER, Gary S. *The Economic Way of Looking at Behavior: the Nobel lecture*. Stanford University, 1996. Kindle Edition, localização 262.

<sup>324</sup> RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 25. Seguindo na mesma página: “O que a Economia faz é assentar a sua análise naquele que parece ser o traço comum à actuação da generalidade dos seres humanos: a tentativa de ter uma vida tão satisfatória quanto possível, dados os constrangimentos com que se debatem. É nisso, afinal, que consiste o pressuposto da escolha racional”.

ao modelo do agente racional não rechaça a sua aplicação na teoria econômica: não é necessário que todas as pessoas se comportem conforme o modelo, desde que coletivamente respondam de acordo com as descrições e previsões. E mais do que isso: que os problemas de racionalidade sejam suficientemente sistemáticos a ponto de permitir uma verificação do volume das exceções ao modelo geral<sup>325</sup>.

Nessa mesma linha é que o modelo possui utilidade para se pensar os problemas sociais ligados à violência. Talvez fosse mais adequado cientificamente não considerar a racionalidade propriamente dita, mas unicamente um conceito aproximado à noção de “responsividade”. Assim, seria possível conceber que as pessoas respondem aos incentivos por diversos motivos (racionais ou não), que efetivamente deveriam ser os pontos de estudo. Assim, englobar-se-ia toda a gama de motivos e circunstâncias que envolvem as respostas aos incentivos, mesmo as instintivas, por exemplo.

Por fim, em um sentido epistemológico, seria possível questionar se a necessidade<sup>326</sup> humana de classificar eventos segundo uma lógica causa-consequência também não acarretaria uma limitação da racionalidade dos cientistas. No âmbito da psicologia, por exemplo, há exemplos de que o ser humano “procura encontrar a lógica causal” nos acontecimentos. Riedl (dentre outros) cita pesquisas empíricas na quais as pessoas procuram pela “lógica causal” mesmo quando isso deveria ser manifestamente afastado por uma pessoa racional. Por exemplo, cita pesquisa na qual fora instalada uma buzina (escondida) no exterior de um automóvel e a cada vez que o motorista entrava no automóvel e fechava a porta ela era disparada por um observador. Evidentemente, para a cobaia, esse era um acontecimento inusitado, mas a conclusão do indivíduo fora pela causalidade entre a buzina e o fechar da porta, algo absolutamente contrafático. No mesmo texto, cita o exemplo de uma mãe que ingressa em um transporte coletivo com uma criança com ataduras na cabeça. O autor narra o acontecido com detalhes, desde a percepção inicial dos passageiros (que, por exemplo, deram seus lugares, etc.) até o desentendimento da mãe com os demais em razão do seu

---

<sup>325</sup> “Con ello se hace claro sin embargo, que la racionalidad en cierto modo sea social; o mejor, que la imputación social (...) hace en cierto modo las veces de expectativa social en la conducta individual dentro de un estado social determinado, pero más allá de todas las intenciones individuales originadas en la lógica de la situación.” In: NASSEHI, Armin. *La Diferencia de la Comunicación e la Comunicación de la Diferencia: sobre los fundamentos de la Teoría de la Comunicación el la Teoría Social de Niklas Luhmann*. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: COMARES, 2005. p. 30.

<sup>326</sup> WATZLAWICK, Paul. Efeito ou Causa. In: WATZLAWICK, Paul (org.). *A Realidade Inventada*. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1994. p. 67.

comportamento “rude” perante os atos da criança. De fato, os passageiros supunham a desproporcionalidade do comportamento por enxergarem uma criança doente, conclusão tomada a partir da visualização de uma criança chorosa com ataduras na cabeça (visivelmente feitas em casa); porém, a mãe, ao contrário de estar levando a criança para o médico, como se descobriu ao final, procurava um ferreiro para retirar um penico que ficara entalado na cabeça do “Don Quixote”<sup>327</sup>.

Nesse contexto é que se pode questionar se as dificuldades encontradas no que tange ao agir racional (e igualmente as que são trabalhadas pela Economia Comportamental, adiante) não influenciam toda a formação do conhecimento humano. Nesse caso, não se trata unicamente de um ou outro modelo de estudo da realidade, mas talvez todo o conhecimento científico seja tomado pelos mesmos indivíduos “racionais” (que sofrem de diversos vieses e possuem interesses inconstantes, como os tratados abaixo). Os problemas ligados à consequentialidade (causa e efeito) se constituiriam apenas parte de uma problemática muito mais ampla a ser estudada. Pode-se vislumbrar o impacto desse tipo de questionamento nas teorias jurídicas da decisão.

Entretanto, independentemente dessa “incerteza” científica relativa, é possível se fazer ciência segundo as exigências de alguns paradigmas. E nessa linha, pode ser possível a realização de análises econômicas pressupondo agentes “racionais” (inclusive, porque, as limitações não são totalmente aleatórias), como demonstrado no item 3.1.2 do trabalho.

De fato, embora existam dificuldades teóricas, ainda assim o modelo apresentado é funcional, e pode ainda ser desenvolvido, como aparentemente Gary Becker (e outros autores citados) vem realizando ao longo do tempo, quando passou a agregar novos elementos complexificadores (como capital individual, capital social, etc.). Não se trata, como algumas vezes se supõe, de um modelo estático.

---

<sup>327</sup> RIEDL, Rupert. As Consequências do Pensamento Radical. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **A Realidade Inventada**. Campinas: Editorial Psy II, 1994. p. 74-5. O mesmo tipo de exemplos e análises a respeito do conhecimento se encontra em: WATZLAWICK, Paul. Profecias que se Autocumprem. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **A Realidade Inventada**. Campinas: Editorial Psy II, 1994. p. 97 e seguintes. Nessa obra há um conjunto de textos sobre a maneira de como o conhecimento é construído na sociedade.

### 3.1.1 Individualismo Metodológico

Essa forma de observação científica que focaliza o indivíduo como o elemento inicial de análise tem recebido o nome de individualismo metodológico (exatamente porque as aferições ocorrem a partir do comportamento individual). No caso, por exemplo, um incentivo legal deveria acarretar uma mudança no comportamento individual, embora tenha sido ressalvado que isso só é pertinente quando aplicável a uma gama de pessoas.

Em se tratando de problemas sociais, pretende-se encontrar incentivos que modifiquem a maneira de como as pessoas em geral se comportam, não significando que todas devem responder da mesma maneira. Ganham importância as pesquisas empíricas e o uso da estatística, por exemplo. Note-se que

Chamo de individualismo metodológico a doutrina segundo a qual todos os fenômenos sociais (sua estrutura e sua mudança) são explicáveis, em princípio, apenas em termos de indivíduos: de suas características, fins e crenças. Essa doutrina não é incompatível com nenhuma das proposições verdadeiras que seguem: (a) indivíduos frequentemente têm fins que envolvem o bem-estar de outros indivíduos; (b) eles frequentemente acreditam em entidades supra-individuais não redutíveis às crenças que têm sobre os indivíduos. (...) (c) muitas características dos indivíduos, tais como ‘autoridade’ ou ‘poder’, são irredutivelmente relacionais, de modo que uma descrição precisa de um indivíduo deve ser feita por referência a outros indivíduos.<sup>328</sup>

O ponto central dessa concepção se liga à igualdade entre racionalidade e justificação para o atuar (agir), significando que: “Os individualistas metodológicos não oferecem, e não enxergam a necessidade de fazê-lo, qualquer programa para estudar como os indivíduos pensam: a maneira como os indivíduos pensam é tomada como dado”<sup>329</sup>. É pressuposto que todas as pessoas pensam igualmente<sup>330</sup>; no caso, de que os indivíduos são maximizadores e,

<sup>328</sup> ELSTER, Jon. *Marxismo, Funcionalismo e Teoria dos Jogos*. Tradução de Regis de Castro Andrade. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 17, p. 163-204, jun./1989. p. 164.

<sup>329</sup> Tradução livre de: “*Methodological individualists do not offer, and see no need for, any program for studying how individuals think: the way individuals think is taken as given*”. In: WETTERSTEN, John. *Beyond Methodological Individualism: Social Scientific of Rational Practice*. **European Journal of Sociology**, v. 53, p. 97-118, mai./2012. p. 104.

<sup>330</sup> John Wettersten pretende ultrapassar o individualismo metodológico a partir de um pensamento institucionalista: investigar-se como as normas institucionais influenciam a maneira de como as pessoas agem, raciocinam e solucionam os problemas em seus âmbitos. Transcreve-se três excertos a respeito: “*Instead of starting, as methodological individualists must do, with constructions of ‘typical situations’ and asking how any rational person would act in those situations, one begins with institutions, that is to say, with the rules which institutions impose on individuals as they pose problems, construct solutions and critically evaluate them. Instead of asking how rational individuals respond to the logic of their situation, one asks how institutional rules determine how individuals pose problems, construct solutions and critically appraise them. We may form, then, theories about these rules, even when they are not used by individuals to achieve their own (private) goals in the*

sempre que for possível, atuarão para maximizar seus interesses.

Concede-se ênfase à circunstância de “indivíduos perseguem seus próprios objetivos considerando a lógica de sua situação (como eles a percebem) em relação ao planejamento realizado para atingi-los”<sup>331</sup>.

Na versão da Teoria Econômica, essa concepção é traduzida no sentido de as ações individuais serem explicadas no sentido de maximizar as recompensas e de minimizar as consequências indesejadas.

Embora a expressão sugestione a “indivíduos” tão somente, essa suposição é equivocada, conforme sustenta Geoffrey Hodgson (motivo pelo qual sugere o abandono dela)<sup>332</sup>. Segundo o autor, desde quando Joseph Schumpeter cunhou a expressão (em 1908), ela pretendeu conceber exclusivamente uma explicação a partir dos indivíduos em si, a despeito de a expressão sempre ter tido seu conteúdo sob controvérsia. Em maior ou menor medida, sempre se considerou a atuação dos indivíduos não de maneira isolada no mundo; mas sob a forma de relacionamentos, interações e posições sociais em um primeiro momento<sup>333</sup>. O indivíduo necessariamente seria um ser social (inter-relacional)<sup>334</sup>. E, como consequência dessa lógica, as instituições são tratadas como um mecanismo de perseguição de interesses individuais<sup>335</sup>.

---

*logic of their situation. Individuals may use such rules to seek to preserve their societies and/or to improve them even without regard to their private welfare.” In: WETTERSTEN, John. *Beyond Methodological Individualism: Social Scientific of Rational Practice. European Journal of Sociology*, v. 53, p. 97-118, mai./2012. p. 112. “If we presume that rationality is social and critical, we may reformulate the tasks of social scientists. Instead of investigating the consequences of rational actions given the logic of the situation, social scientists may investigate the impact of institutional rules on the actions of individuals and the consequences that thereby ensue.” In: Ibidem, p. 113. Por fim, “A criticism of my claim that this approach is methodologically superior to that which now dominates much of social science in the name of methodological individualism and/or rational choice theory is the following. My claim that this method leads to testable theories and the ability to make responsible prognoses far better than alternatives is belied by the fact that I also have to use a ceterus paribus clause. For, any institutional practice may have various contexts. And these contexts can never be completely spelled out.” In: Ibidem, p. 114-5.*

<sup>331</sup> Tradução livre de: “(...) *that individuals pursue their own aims in the logic of the situation (as they perceive it) with plans they have devised to achieve their goals*”. In: WETTERSTEN, John. *Beyond Methodological Individualism: Social Scientific of Rational Practice. European Journal of Sociology*, v. 53, p. 97-118, mai./2012. p. 104.

<sup>332</sup> HODGSON, Geoffrey M. *Meanings of Methodological Individualism. Journal of Economic Methodology*, v. 14, n. 2, p. 211-226, jun./2007. Disponível em: <<http://www.geoffreyhodgson.info/user/image/meanmethind.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2012. p. 223.

<sup>333</sup> HODGSON, Geoffrey M. *Meanings of Methodological Individualism. Journal of Economic Methodology*, v. 14, n. 2, p. 211-226, jun./2007. p. 218.

<sup>334</sup> Nesse sentido, por exemplo: MATURANA, Humberto. *Biología del Fenómeno Social*. Disponível em: <<http://www.ecovisiones.cl>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

<sup>335</sup> John Wettersten critica esse raciocínio, porque compreende que muitas vezes as instituições trabalham com uma lógica geral que é contrária aos interesses das próprias pessoas que nela trabalham. Ver: WETTERSTEN,

Assim, a despeito de existir controvérsia em relação à similitude (ou não) da noção de indivíduos e das inter-relações entre si e com a de estruturas sociais, porque “alguns cientistas sociais podem sustentar que estruturas sociais poderiam abarcar mais do que relações entre indivíduos (relações que também abarcariam as posições sociais)”<sup>336</sup>, é inequívoco que em ambos os casos ultrapassa-se uma análise meramente individual-isolacionista. Sempre se concebeu o homem em relação a outros homens. Aparentemente sustentam essa tese, por exemplo, a Teoria dos Jogos e as próprias análises econômicas, que corriqueiramente consideram a atuação de um indivíduo em relação com outros, e suas possíveis consequências<sup>337</sup>.

A exemplo da teoria dos jogos, Jon Elster afirma expressamente: “Através da interdependência tripla que a teoria dos jogos analisa – entre ganhos, entre escolhas, e entre ganhos e escolhas – o indivíduo surge como um microcosmo que representa em miniatura toda a rede de relações sociais”<sup>338</sup>. Embora “individual” seja relevante como elemento mínimo de observação, ele apenas interessa à análise econômica se é confirmado como um “padrão” ou quando se pretende compreender o motivo pelo qual não se enquadra no “padrão” (que pode, por sua vez, se tornar uma regra geral). Inclusive, essa é uma das

---

John. *Beyond Methodological Individualism: Social Scientific of Rational Practice*. *European Journal of Sociology*, v. 53, p. 97-118, mai./2012. p. 105 e 106. Embora não seja exemplo do autor, pode-se pensar numa grande empresa poluidora que, embora imediatamente acarrete ganhos para os funcionários, no sentido de percepção de salários, prejudica a coletividade como um todo, na qual se inclui os próprios funcionários.

<sup>336</sup> Tradução livre de: “Some social scientists may uphold that social structures involve more than relations between individuals (where such relations also include social positions)”. In: HODGSON, Geoffrey M. *Meanings of Methodological Individualism*. *Journal of Economic Methodology*, v. 14, n. 2, p. 211-226, jun./2007. Disponível em: <[http://www.geoffreyhodgson.info/u\\_ser/image/meanmethind.pdf](http://www.geoffreyhodgson.info/u_ser/image/meanmethind.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2012. p. 221.

<sup>337</sup> Ehrlich sustenta que muitas das ambiguidades de comportamento encontradas em nível individual desaparecem quando são analisadas em um nível de mercado. Por exemplo, alguns incentivos que podem ser considerados ineficazes em um âmbito individual podem ser eficazes em um âmbito de “mercado”. Ver: EHRlich, Isaac. *Crime, Punishment, and the Market for Offenses*. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n. 1, p. 43-67, 1996. p. 54. No original: “The general theme that is emerging here is that while specific incentives may be effective at the level of individual offenders, the market model points to significant limitations of their potential efficacy in reducing the aggregate flow of many crimes. By the same token, even if general incentives have a weak effect at the individual level, they may be efficacious at the market level because of the impact they have on the entry and exit of marginal offenders”.

<sup>338</sup> ELSTER, Jon. Marxismo, Funcionalismo e Teoria dos Jogos. Tradução de Regis de Castro Andrade. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 17, p. 163-204, jun./1989. p. 191. Em outro trecho, assim complementa essa ideia: “O valor da teoria, portanto, está principalmente em iluminar a natureza da interação social e em criar categorias mais discriminantes para a análise sociológica. (...) se aceitarmos que a interação é da essência da vida social, então pode-se afirmar que os três conjuntos interligados de interdependências mencionados acima apreendem o fenômeno da interação melhor do que qualquer modalidade alternativa de análise. A teoria dos jogos proporciona sólidas microfundações para qualquer estudo da estrutura e de mudança social”. In: Idem, p. 203-4.

observações feitas por Gary Becker em seu discurso de aceitação do Prêmio Nobel<sup>339</sup>.

Em um sentido mais elementar, isso é encontrado no próprio pressuposto da Economia: o agente racional (maximizador). A teoria econômica da demanda e da oferta pressupõe esse agente racional-maximizador. Note-se que dizer que uma redução no preço acarreta elevação na demanda, significa exatamente que há mais demanda porque se torna mais fácil o acesso a determinado bem, ou seja, mais pessoas (ou uma pessoa em relação aos bens) podem maximizar a utilidade, representada pela aquisição (porque se houvesse indiferença, não haveria a compra). Da mesma forma, a elevação dos preços acarreta maior oferta, porque mais pessoas estão interessadas em maximizar a utilidade da venda dos bens. Inobstante essas perspectivas parciais, o mercado é formado exatamente pelo equilíbrio da demanda com a oferta, ou seja, a inter-relação entre indivíduos que pretendem comprar em relação àqueles que pretendem vender. De fato, não dos indivíduos propriamente ditos (embora também possa ocorrer por esse meio), mas das relações que conformam e influenciam a oferta e a demanda. Assim, o estudo de cada uma das perspectivas auxilia na maneira de como se compreende o plano inter-relacional. Em outras palavras, até quando a regra geral é aplicável e se o não-enquadramento na regra geral pode significar uma circunstância capaz de modificar a teoria.

A dificuldade, entretanto, consiste no problema de investigações a partir de um âmbito restrito (“micro”, “individual”) podem não contribuir para explicação de fenômenos cujas implicações são amplas. Isso, porque as relações podem alcançar uma dinâmica diversa quando verificadas em níveis de maior abstração: algo pode se tornar mais complexo que apenas a soma de suas partes. Como mencionado, grande parte das pesquisas correlacionam variáveis, o que, não significa uma relação de causalidade. Assim, em uma perspectiva micro, pode ser encontrada uma correlação entre determinadas variáveis que, quando pensadas em

---

<sup>339</sup> “Embora essa abordagem do comportamento seja construída sobre uma teoria expandida da escolha individual, ela não se preocupa com indivíduos. Essa abordagem utiliza a teoria em um nível macro, como uma ferramenta poderosa para derivar implicações ao grupo ou em um nível macro”. Tradução livre de: “*While this approach to behavior builds on an expanded theory of individual choice, it is not mainly concerned with individual. It uses theory at the microlevel as a powerful tool to derive implications at the group or macrolevel*”. In: BECKER, Gary S. *The Economic Way of Looking at Behavior: the nobel lecture*. Stanford University, 1996. *Kindle Edition*, localização 13. Em trecho mais adiante, complementa: “A escolha do indivíduo racional é combinada com suposições sobre tecnologias e outros determinantes de oportunidades, com o equilíbrio no mercado e situações fora do mercado, com as leis, com as normas sociais e com as tradições com a finalidade de obter resultados a respeito do comportamento de grupos”. Tradução livre de: “*Rational individual choice is combined with assumptions about technologies and other determinants, equilibrium in market and nonmarket situations, and laws, norms, and traditions to obtain results concerning the behavior of groups*”. In: *ibidem*, localização 265.

sentido “macro” não se confirmam, exatamente porque o fenômeno pode envolver outras variáveis apenas percebidas com outro espectro de observação. Por exemplo, a partir de pesquisa de um grupo pequeno, pode-se concluir que não há nenhum estigma social em relação a um ex-condenado do Sistema Penal. Entretanto, quando se verifica em um sentido mais amplo, essa solução pode ser diferente, assim como pode ser em relação a cada um dos entrevistados. Quando o interesse seja por alcançar explicações com um elevado grau de abstração, dificilmente pode ser sustentada a partir dessa metodologia individual<sup>340</sup>.

Por outro lado, nesse contexto, mesmo que não seja adequada em todos os momentos a ideia de agente racional (mesmo com racionalidade limitada), caso fosse desconsiderada completamente essa perspectiva, nenhuma pesquisa empírica que considerasse a opinião individual seria válida.

No âmbito da sociologia, por exemplo, as microanálises se encontram intimamente ligadas às pesquisas de perspectiva macro<sup>341</sup>. Não são excludentes; ao contrário, possuem caracteres de complementaridade e de mútua compreensão, no qual uma perspectiva (e em diferentes matizes) contribui para a compreensão da outra. Giddens, por exemplo, menciona expressamente ser evidente que “as pessoas não vivem suas vidas como indivíduos isolados, e nem suas vidas são determinadas completamente por Estados nacionais”<sup>342</sup>.

A sociologia nos conta que a nossa vida cotidiana é vivida em famílias, grupos sociais, comunidades e bairros. Nesse nível – o nível *meso* (ou ‘médio’) da sociedade – é possível enxergar as influências e os efeitos de fenômenos nos níveis micro e macro. Muitos estudos sociológicos sobre comunidades locais específicas lidam com o impacto macrosociológico de grandes mudanças sociais, como a industrialização e a globalização econômica. Todavia, eles também exploram a maneira como indivíduos, grupos e movimento sociais lidam com essas mudanças e tentam usá-las para seu benefício.<sup>343</sup>

Note-se que, embora possa ser questionada atualmente a noção de convivência em bairros (especialmente em grandes cidades, nas quais não há muitas vezes qualquer tipo de vínculo nem mesmo com um vizinho próximo), é difícil negligenciar a noção de família, de grupos sociais e de comunidades, além de outros conceitos que poderiam ser levantados. É possível afirmar-se que a composição ou que a estrutura das famílias se modificou ao longo do tempo, porém ainda existe a categoria “família” (embora com um conteúdo diferente em

---

<sup>340</sup> Nesse sentido, ver: **METHODOLOGICAL INDIVIDUALISM**. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/methodological-individualism/>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

<sup>341</sup> Nesse sentido, por exemplo: GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed., Porto Alegre: Penso, 2012. p. 33.

<sup>342</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed., Porto Alegre: Penso, 2012. p. 34.

<sup>343</sup> GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed., Porto Alegre: Penso, 2012. p. 34.

algumas tradições, o que pode, inclusive, ser estudado). E, mais do que se estudar a “família”, pode-se estudar se a relação interindividual entre as pessoas que integram uma família se modificou no tempo e se há alteração em relação ao espaço. Essa, por exemplo, seria uma perspectiva micro, que poderia certamente complementar uma análise macro, que verifica como as famílias se relacionam com os Estados nacionais ou com os organismos internacionais, ou a respeito do tipo de apoio ou proteção que o Estado deve a elas conceder (e se deve).

Assim, embora possam existir limitações evidentes no modelo do agente racional, isso não significa que as análises não cumprem algum papel social; ao contrário, permitem a abertura para observações mais complexas a respeito das inter-relações sociais, permitindo maior capacidade de verificação científica. Assim, ao contrário de haver um prejuízo, as deficiências metodológicas acabam por se demonstrarem positivas, na medida em que permitem observações variadas a respeito dos fenômenos. Afinal, por exemplo, uma pessoa pode ser analisada a partir do seu discurso a respeito de sua percepção do mundo, pode ser analisada em relação com seus grupos sociais imediatos (família e trabalho), mediatos (cidade, Estado) e distantes (países, organizações internacionais, etc.), assim como pode ser analisado o seu discurso em relação ao comportamento em todas essas esferas, e assim por diante. Desconfiar-se da capacidade preditiva de cada uma dessas análises é um ganho científico, e não um prejuízo.

### 3.1.2 Economia Comportamental

Evidentemente, não é apenas sobre as questões metodológicas que recaem dificuldades, mas também ao conteúdo da racionalidade propriamente dito, como mencionado. Essas limitações têm sido estudadas pela Psicologia Cognitiva, cujos aportes ingressaram na Ciência Economia, gerando um sub-ramo denominado de Economia Comportamental. Na atualidade, esse é um tema normalmente já ensinado aos economistas, quando estudam as questões contextuais das escolhas dos consumidores<sup>344</sup>.

---

<sup>344</sup> Por exemplo, em duas obras de microeconomia consultadas, consta especificamente capítulos destinados à economia comportamental. Por exemplo: VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Capítulo 30. E, RUBINFELD, Daniel L; PINDYCK, Robert S. **Microeconomia**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010. Item 5.5 do Capítulo 5.

Na verdade, o enfoque de trabalho se dá em relação aos elementos que demonstram haver fraquezas no modelo da racionalidade adotado na Ciência Econômica.

Tais fraquezas podem ser sistematizadas em três principais categorias principais: (a) em razão de dificuldades cognitivas – sistemáticas – as pessoas não conseguem computar as possibilidades de forma a encontrar as escolhas que melhor promoveriam os seus interesses (racionalidade limitada - “*bounded rationality*”); (b) ainda que seja possível descobrir a melhor escolha, muitas vezes não há a força de vontade suficiente para executá-la (força de vontade limitada - “*bounded willpower*”); e, (c) além disso, muitas vezes se persegue metas incompatíveis com o interesse pessoal, compreendido em um sentido restrito (autointeresse ou egoísmo limitado - “*bounded self-interest*”)<sup>345</sup>.

Ressalta-se, não há efetivamente um abandono da teoria racional, porque a economia comportamental não elide a perspectiva de incentivos existente na economia tradicional, mas efetua tentativas de suprir suas deficiências. Considera, nessa linha, que as “pessoas respondem a incentivos, embora não necessariamente de maneiras previsíveis ou manifestas”<sup>346</sup>.

Isso não significa, porém, a existência de relativismos. Ao contrário, sustenta-se, por exemplo, que muitas vezes as pessoas atuam de maneira irracional, porque não refletem adequadamente sobre suas preferências, como deveria ocorrer segundo as suposições da Ciência Econômica. Inobstante, essa irracionalidade é previsível, ou seja, não é aleatória: “Nossos comportamentos irracionais não são aleatórios nem insensíveis – são sistemáticos e previsíveis”<sup>347</sup>. De fato, é tão previsível que grande parte das empresas de publicidade e propaganda utilizam essa “irracionalidade” contra os consumidores, gerando incentivos – intuitivos - para que decidam conforme esperam (direcionando-os para determinadas escolhas).

Por exemplo, como se discutirá abaixo, a maneira como os preços são apresentados

---

<sup>345</sup> FRANK, Robert. *Departures from Rational Choice: with and without regret*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University, 2005. p. 13. Ver, também: JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008. p. 14.

<sup>346</sup> DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven D. *Superfreakonomics: o lado oculto do dia a dia*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Nota explicativa.

<sup>347</sup> ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 196. No mesmo sentido: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 14. Igualmente: SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008. p. 01.

modifica a dinâmica de decisão; o mesmo efeito possui as sugestões de preços realizadas pelos fabricantes, por exemplo. Nos dois casos, estabelece-se uma espécie de parâmetro a partir do qual o consumidor passa a realizar comparações de produtos. Indiretamente, há uma facilitação na tomada de decisões difíceis, como comparar atributos de objetos variados, estabelecendo-se padrões indutores da atuação.

E nesse contexto de previsibilidade, sugere-se a utilização de algo denominado por Sunstein e Thaler como “arquitetura das escolhas”<sup>348</sup>. Uma engenharia do processo de escolha (direcionada especialmente para ajudar as pessoas a melhorar a capacidade de escolher). Afinal, se as pessoas sistematicamente cometem os mesmo tipos de equívocos, é possível que a Economia e o Direito possam trabalhar para deixar as pessoas cientes de suas dificuldades e auxiliá-las tomar decisões melhores. Assim,

O objetivo dos economistas comportamentais é compreender a fragilidade humana e descobrir maneiras mais compassivas, realistas e eficazes de evitar tentações, incentivar o auto controle e, em última instância, reforçar a visão dos objetivos de longo prazo. Para a sociedade como um todo, é extremamente importante como e quando falhamos e, com nesse aprendizado, projetar/inventar/criar novas maneiras que possibilitem a superação dos nossos erros. À medida que desenvolvemos nosso conhecimento sobre os fatores que realmente impulsionam nosso comportamento e nos desviam do rumo – (...) – podemos exercer maior controle sobre nossos comportamentos e decisões, referentes a dinheiro, relacionamentos, recursos, segurança e saúde, tanto como indivíduos quanto como sociedade. Esse é o verdadeiro objetivo da economia comportamental: tentar explicar a maneira como realmente atuamos, para nos tornarmos mais capazes de observar nossos vieses, de nos conscientizarmos de suas influências sobre nossas atitudes e, assim se espera, decidir melhor. Embora eu não consiga imaginar que um dia nos transformaremos em decididores perfeitos, acredito piamente que a melhor compreensão das múltiplas forças irracionais que nos influenciam pode ser o primeiro passo muito importante rumo a decisões mais adequadas.<sup>349</sup>

A preocupação com a percepção das dificuldades das pessoas quando se deparam com

---

<sup>348</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: o empurrão para a escolha certa. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Por exemplo, na página 87 e seguintes. Importante mencionar que o conteúdo desse conceito reflete a pretensão dos economistas comportamentais, embora nem todos utilizem a mesma nomenclatura. Ver, por exemplo, neste trabalho, as indicações das obras de Dan Ariely, cujas soluções se coadunam perfeitamente com essa categoria.

<sup>349</sup> ARIELY, Dan. **Positivamente Irracional**: os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 08. Interessante notar que, embora o autor afirme a irracionalidade humana em grande parte dos momentos decisórios, ao mesmo tempo, e isso aparece nas duas obras citadas neste trabalho, sustenta a possibilidade de superação racional dessas irracionalidades, sobretudo a partir do conhecimento de sua existência e das maneiras pelas quais influenciam os seres humanos. Na outra obra, por exemplo, pode-se citar este trecho: “Assim que entendemos quando e onde podemos tomar decisões errôneas, podemos tentar ser mais vigilantes, nos obrigar a pensar de outra maneira acerca dessas decisões ou usar a tecnologia para superar nossas deficiências inerentes”. In: ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 199.

escolhas, iniciou-se com o trabalho de dois psicólogos, Daniel Kahneman e Amos Tversky<sup>350</sup>. Esses reconheceram, pelo menos didaticamente, a existência de duas maneiras de raciocinar: uma intuitiva e automática e outra reflexiva e racional, geralmente trabalhadas como Sistema 1 e Sistema 2<sup>351</sup>, respectivamente.

O Sistema Automático é um sistema instintivo (Sistema 1<sup>352</sup>): não-controlado, sem esforço consciente, associativo, rápido, inconsciente e habilidoso. Por sua vez, o Sistema Reflexivo (Sistema 2<sup>353</sup>) é o sistema consciente: controlado, com esforço, dedutivo, lento e que segue regras. Thaler e Sunstein apresentam diversos exemplos da diferenciação do modo de funcionamento de ambos, como a pergunta de “quanto é 411 vezes 37?”<sup>354</sup>. O sistema reflexivo terá que realizar um grande esforço e utilizará tempo para solucionar essa pergunta, embora as chances de a resposta ser correta ao final são elevadas. Por outro lado, o sistema automático desde já pode fornecer informações úteis (e talvez equivocadas) como saber que a multiplicação certamente é maior que dez mil, mas certamente menor que cem mil, por exemplo. Dependendo da pessoa, é possível que o sistema reflexivo apresente soluções muito mais precisas (pode-se pensar, por exemplo, no fato de a pergunta ser feita para um matemático, habituado a realizar cálculos mentais de maior complexidade)<sup>355</sup>.

Ambas as formas de pensar são manejadas pelas pessoas a todo o tempo. Essas percepções apresentam um quadro de complexidade muito mais ampla quando se trata de analisar a maneira pela qual as pessoas tomam decisões. Constantemente, segundo essas premissas, as pessoas sofrem influências no momento de suas decisões, levando-as, muitas vezes, a não escolher a melhor opção; aquela que seria esperada pela teoria do agente racional.

A gama de influências que a doutrina sugere envolve, desde o ambiente no qual as pessoas irão realizar escolhas, o grau de dificuldades dessas (ou com as quais não estão

<sup>350</sup> Daniel Kahneman recebeu, em 2002, um Prêmio Nobel em razão das pesquisas realizadas em conjuntos com Amos Tversky, que já era falecido na data (morreu em 1996).

<sup>351</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 29.

<sup>352</sup> “O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário”. In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 29. Para outras informações do sistema 1, ver página 136.

<sup>353</sup> “O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração.”. In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: (...). Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 29.

<sup>354</sup> O mesmo tipo de demonstração é amplamente encontrado ao longo do texto de: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

<sup>355</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: o empurrão para a escolha certa. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 21-2.

acostumadas - como escolher um plano de saúde, casar, comprar uma casa na praia, etc.)<sup>356</sup>, até a maneira de como a informação é disposta. Por isso, sugerem uma “arquitetura” de escolhas, de forma a “orientar”, “cutucar” (“*nudge*”), quase sugestionar as pessoas a enxergarem as influências que não são percebidas ou, simplesmente, facilitarem o alcance da melhor escolha. No mínimo, procuram garantir um grau de informação suficiente e útil, capaz de facilitar a tomada de decisões (e por isso mesmo, a questão informacional é muito relevante nesse contexto, embora, muitas vezes, complexifique ainda mais o processo de escolha: quanto maior o número de informações, mais elementos devem ser computados).

Perceba-se que a própria maneira pela qual a informação é apresentada, pode modificar a dinâmica:

Um exemplo que Amos conduziu com colegas na Harvard Medical School é o clássico exemplo de enquadramento emocional. Os médicos participantes recebiam estatísticas sobre os resultados de dois tratamentos para câncer de pulmão: cirurgia ou radiação. As taxas de sobrevivência de cinco anos claramente favorecem a cirurgia, mas a curto prazo a cirurgia é mais arriscada do que a radiação. Metade dos participantes lia estatísticas sobre taxas de sobrevivência, os outros recebiam a mesma informação em termos de taxas de mortalidade. As duas descrições dos resultados de curto prazo de cirurgia eram:

A taxa de sobrevivência de um mês é de 90%.

Há 10% de mortalidade no primeiro mês.

Você já sabe os resultados: a cirurgia foi muito mais popular no primeiro quadro (84% dos médicos a escolheram) do que no último (onde 50% favoreceram a radiação). A equivalência lógica das duas descrições é transparente, e um tomador de decisão delimitado pela realidade faria a mesma escolha independentemente de que versão ele visse. Mas o Sistema 1, tal como o conhecemos, raramente fica indiferente a palavras emotivas: mortalidade é ruim, sobrevivência é bom, e 90% de sobrevivência soa encorajador, ao passo que 10% de mortalidade é assustador.<sup>357</sup>

A partir desse tipo de exemplo do “efeito de enquadramento” (na nomenclatura de

<sup>356</sup> O fator “costume” é relevante porque grande parte das pessoas realiza suas escolhas pelo método da tentativa e erro: realiza-se uma avaliação com as informações que se possui no momento e sob as influências psicológicas e vai-se ajustando a solução ao longo do tempo, até atingir-se a mais adequada.

<sup>357</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 459. Note-se, o próprio texto cita outros exemplos de pesquisas que demonstraram a mesma hipótese e suas consequências: “O poder do formato cria oportunidade de manipulação, coisa que pessoas com segundas intenções sabem como explorar. Slovic e seus colegas citam um artigo que afirma que ‘aproximadamente mil homicídios por ano são cometidos em todo o país por indivíduos com alguma grave enfermidade mental que não estão tomando sua medicação’. Outro modo de expressar o mesmo fato é que ‘mil de cada 273 milhões de americanos vão morrer dessa maneira todo o ano’. Outro é que ‘a probabilidade anual de ser morto por um indivíduo assim é de aproximadamente 0,00036%’. Outro, ainda: ‘mil americanos vão morrer dessa maneira todo ano, ou menos de um trigésimo do número vai morrer de suicídio e cerca de um quarto do número que vai morrer de câncer de laringe’. Slovic observa que ‘os defensores dessa causa são bem claros sobre sua motivação: eles querem assustar o público em geral em relação à violência de pessoas com distúrbio mental, na esperança de que esse medo se traduza em fundos ampliados para os serviços de saúde mental’”. In: *Ibidem*, p. 413.

Kahneman e Tversky), economistas e psicólogos demonstram a importância do planejamento de como a informação é apresentada, porque esse tipo de elemento afeta o sistema intuitivo a ponto de dificultar ou direcionar para decisões que poderiam ser melhores (esse é o caso, por exemplo, da conhecida má-impressão em uma entrevista de emprego: é muito provável que a primeira impressão ruim a respeito do candidato influencie o entrevistador a questionar e conduzir a reunião de maneira a reprová-lo<sup>358</sup>). Tais pesquisas predentem ressaltar que muitas das decisões humanas não são tomadas a partir de uma consulta ao sistema reflexivo. Muitas delas (talvez a maioria) são tomadas a partir do sistema “automático” de resposta. Essa é a grande divergência entre os economistas comportamentais e psicólogos em relação aos economistas clássicos (que supostamente apenas consideram as decisões do sistema reflexivo)<sup>359</sup>.

Além desse exemplo, a doutrina elenca diversas possibilidades de situações nas quais os agentes são influenciados ou se autoinfluenciam, o que modifica grandemente o resultado de suas decisões. Para os fins deste trabalho, interessa demonstrar-se algumas dessas possibilidades, sobretudo aquelas que podem influenciar a maneira de como o Direito procura elaborar seus incentivos.

Apresenta-se, abaixo, algumas dessas dificuldades elencadas pela doutrina especializada<sup>360</sup>, que abarcam os três grupos de dificuldades práticas que contradizem a teoria racional padrão, que podem ser resumidamente denominados de “Racionalidade Limitada”, “Força de Vontade Limitada” e “Autointeresse Limitado”. Ressalta-se que, as categorias, na forma como são apresentadas não são estanques, da mesma maneira que não excluem outros elementos que também influenciam a atuação pessoal, como o grau de informação

---

<sup>358</sup> Esse, por exemplo, é um exemplo do “efeito halo”. “A sequência em que observamos características de uma pessoa muitas vezes é determinada pelo acaso. A sequência importa, contudo, porque o efeito halo aumenta o peso das primeiras impressões, às vezes a tal ponto que a informação subsequente é em grande parte desperdiçada.”. In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 108.

<sup>359</sup> “O quadro que emerge é o de pessoas ocupadas tentando dar conta de um mundo complexo, em que não podem se dar ao luxo de pensar profundamente sobre todas as escolhas que têm de fazer. As pessoas adotam regras gerais sensatas que às vezes as desencaminham. Por estarem ocupadas e terem atenção limitada, elas aceitam as perguntas da maneira como são feitas, em vez de tentar determinar se suas respostas seriam diferentes com formulações alternativas. O resultado final, segundo nosso ponto de vista, é que as pessoas são, digamos, orientáveis. Suas escolhas, até mesmo nas decisões mais importantes da vida, são influenciadas de uma maneira que não seria prevista em um arcabouço econômico padrão”. In: SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 40.

<sup>360</sup> O presente rol não é exaustivo, uma vez que grande parte das contribuições da economia comportamental são provenientes de aportes da Psicologia. Nesse contexto, inequivocamente estão sendo realizados desenvolvimentos teóricos sobre o assunto.

propriamente dito, dentre outros. A escolha destes elementos e a separação nas categorias que seguem se deu em razão de sua possível aplicação ao Sistema Jurídico, embora seja também crível que alguns não se apliquem propriamente em relação ao Subsistema Penal (o que exige pesquisas futuras):

### 3.1.2.1 Ancoragem e Ajuste

Esse fenômeno ocorre quando um agente procura raciocinar a respeito de em algo novo, momento em que instintivamente compará-o ou adequá-o a categorias já conhecidas, ainda que completamente aleatórias em relação ao problema atual. A “âncora” é o elemento já “conhecido” que passa a influenciar o novo, o que pode se dar segundo alguns ajustes.

Por exemplo, pode-se perguntar qual o número de habitantes de Porto Alegre. O número dificilmente é conhecido imediatamente, porém o agente compara com cidades cujo número de habitantes já conhece e, a partir daí, realiza ajustes para “advinhar” o número de habitantes de Porto Alegre. De fato, isso demonstra que as pessoas tomam decisões em contextos: “os humanos raramente fazem escolhas absolutas. (...) nós nos concentramos na vantagem relativa de uma coisa sobre a outra e calculamos o valor adequadamente”<sup>361</sup> (daí a importância do contexto para os agentes que vislumbram a possibilidade de cometer um crime). Uma espécie de relatividade, porque há a dependência de uma comparação, normalmente realizada com alguma informação já disponível<sup>362</sup> (que pode não ser a melhor).

Esse processo é muito conhecido por empresas e associações, porque, ao oferecerem algum serviço ou produto, realizam um direcionamento da decisão das pessoas. Sunstein e Thaler apresentam um exemplo das associações que solicitam doações: “As pessoas doarão mais se as opções forem US\$100, US\$250, US\$1 mil, US\$5 mil do que se forem US\$50, US\$75, US\$100 e US\$150”<sup>363</sup>. Note-se que, embora seja possível que menos pessoas realizem as doações da primeira opção, cada doação recebida é maior do que as doações da segunda opção. Por isso, embora menos pessoas possam doar, os valores individuais são

---

<sup>361</sup> ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 02.

<sup>362</sup> ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 16.

<sup>363</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 26.

maiores, exigindo menos doadores. No caso, de qualquer maneira, mais importante que isso é que na primeira opção há uma clara indicação para que as pessoas doem cem dólares, ou seja, estipulou-se a menor doação possível (exatamente a que normalmente as pessoas estão dispostas a realizar) de forma relativamente superiora quando comparada à outra opção. Além disso, a segunda menor opção da primeira possibilidade é mais que o dobro da primeira, “dificultando” o seu acesso. Inobstante, algumas pessoas podem contribuir nesse segundo valor exatamente para não parecerem mesquinhas, o que poderia acontecer se doassem no valor mínimo<sup>364</sup> (e essa dinâmica pode modificar-se se a doação for feita de forma anônima e/ou desconhecida dos outros, ou com indicação do doador e/ou de forma pública). Por fim, é interessante notar o efeito psicológico de “importância” da primeira instituição em relação à segunda: talvez maior, mais organizada, mais efetiva, com finalidade mais relevante (por isso precisaria de uma contribuição elevada). Esse mesmo processo é comumente visto nas opções de assinaturas de canais de televisão, revistas, etc., nos quais se apresenta uma gama de opções que tendem a, a partir de uma comparação, levar o consumidor a adquirir um produto mais caro.

Da mesma forma, Dan Ariely oferece uma gama de exemplos sobre essa possibilidade, desde o arranjo de preços de uma assinatura de revista até a formatação de um cardápio de um restaurante (porque as pessoas tendem a pedir o segundo prato mais caro), incluindo a análise de uma oferta de televisores (na qual a conjugação de preços deixa evidente qual o modelo que o ofertante pretende vender)<sup>365</sup>.

O grande resultado desse fenômeno está em estabelecer uma “coerência arbitrária”,<sup>366</sup> nas decisões ao longo do tempo, porque as comparações tendem a se dar a partir das decisões anteriores, independentemente da qualidade daquelas. Isso significa que as escolhas futuras

<sup>364</sup> Esta possibilidade aparece em: RUBINFELD, Daniel L; PINDYCK, Robert S. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010. p. 164. Por outro lado, Sunstein trabalha essa hipótese no sentido de as pessoas terem aversão aos extremos (tanto ao mais alto, quando ao mais baixo). Por isso, tendem a consumir o segundo produto mais barato ou o segundo mais caro. Isso significa, por exemplo que alguém pode fazer uso proposital de alguma outra possibilidade de escolha (um terceiro produto “chamariz”, por exemplo), unicamente para gerar esse fator interno de comparação, direcionando para uma decisão diferente. Ver: SUNSTEIN, Cass R. (org.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University, 2008. p. 03.

<sup>365</sup> Inclusive, em alguns desses casos, o autor realizou testes empíricos para a verificação dos resultados. Ver: ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 03 e seguintes.

<sup>366</sup> “A idéia fundamental de coerência arbitrária é esta: embora os preços iniciais (como o preço das pérolas de Assael) sejam ‘arbitrários’, depois que se fixam em nossa cabeça, eles não definem só os preços atuais, mas também os preços futuros (isso os torna ‘coerentes’).” In: ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 22.

“podem ser influenciadas por informações complementemente espúrias”<sup>367</sup>, simplesmente porque precederam a uma decisão, acabando por se tornar um “auxílio” àquela<sup>368</sup>.

Por outro lado, é evidente que muitas vezes essa ferramenta é útil para estabelecer um patamar em relação a algum preço, como uma pesquisa de preços de algum produto demonstra no cotidiano das pessoas. Após a pesquisa, sabe-se o preço “de mercado” de algum bem, de forma que se estabelece uma âncora valiosa para demonstrar quando um preço é excessivamente caro ou barato, por exemplo.

Essa categoria pode demonstrar que, independentemente do arranjo de incentivos legais existentes, ainda assim, em razão de alguma circunstância específica imediatamente anterior, uma pessoa pode tomar uma decisão equivocada. Por exemplo (embora pudesse ser colocado em outras categorias das seguintes), há o que na psicologia se denomina de “constelação”. De forma sumária, esse conceito representa a influência que experiências imediatamente antecedentes refletem, no sentido de determinação, do comportamento presente: “é evidente que um indivíduo que sai de um concêrto de música ou acaba de ouvir um sermão religioso não se encontra em idêntica disposição para distribuir bengaladas que quando acaba de ver uma luta de boxe ou uma partida de futebol”<sup>369</sup>. Mesmo intuitivamente, se percebe a relevância dessa categoria para o Direito Penal, porque alguns fatos dolosos ou culposos podem ser decorrência de um estado de espírito não relacionado com o fato em julgamento (o que poderia atenuar e, em algumas hipóteses, agravar a situação do agente).

---

<sup>367</sup> VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. Tradução de Elfio Ricardo Doninelli e Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 597.

<sup>368</sup> “Amos e eu certa vez adulteramos uma roda da fortuna. Ela estava marcada de 0 a 100, mas a construímos de modo que só parasse no 10 e no 65. (...) Um de nós ficava na frente de um pequeno grupo, girava a roda e lhes pedia para escrever o número em que a roda parava, que é claro era 10 ou 65. Então lhes fazíamos duas perguntas: A porcentagem de nações africanas entre membros da ONU é maior ou menos do que o número que você acabou de escrever? Qual é sua melhor estimativa sobre a porcentagem de nações africanas na ONU? O giro da roda da fortuna – mesmo de uma que não seja adulterada – não tem como fornecer qualquer informação útil sobre o que quer que seja, e os participantes do nosso experimento deveriam simplesmente tê-la ignorado. Mas não o fizeram. As estimativas médias dos que viram 10 e 65 foram 25% e 45%, respectivamente. (...) os julgamentos das pessoas eram influenciados por um número obviamente não informativo.” In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 152-3.

<sup>369</sup> LÓPEZ, E. Mira y. **Manual de Psicologia Jurídica**. São Paulo: Mestre Jou, 1967. p. 35. Segue, na mesma página, com o seguinte exemplo: “Se antes de discutir com B o agressor acabava de deixar sua noiva e ainda se encontrava submerso na ventura proporcionada (...) não reagirá do mesmo modo que se êle se encontrava meditando as conseqüências de ter sido despedido da repartição. A ‘constelação’ tem, pois, um intenso valor na determinação da reação pessoal, e isso é conhecido empiricamente pelas pessoas que perguntam que hora é melhor para pedir um favou ou fazer uma visita... mas parece ser ignorado por não poucos juristas que dedicam parágrafos luminosos de seu relatório em a análise do delito e da personalidade do delinquente sem levar suficientemente em conta qual era sua atitude de reação imediatamente anterior”.

### 3.1.2.2 Disponibilidade

Essa categoria se liga ao acesso mental das experiências passadas (“peso”, “impacto”, “recordabilidade”). Liga-se, portanto, ao impacto de fatos passados nas decisões presentes. Didaticamente, pode ser dividido em três concepções principais, ligados à intensidade/temporalidade, dramaticidade/choque e experiencialidade dos eventos:

Um evento proeminente que chama sua atenção será facilmente recuperado da memória. Divórcios entre celebridades serão facilmente recuperados da memória. Divórcios entre celebridades de Hollywood e escândalos sexuais entre políticos atraem muita atenção, e os exemplos virão facilmente à sua mente. Você é desse modo propenso a exagerar a frequência tanto de divórcios em Hollywood como de escândalos sexuais de políticos.

Um evento dramático aumenta temporariamente a disponibilidade de sua categoria. Um acidente de avião que atrai cobertura da mídia vai alterar temporariamente seus sentimentos sobre a segurança de voar. Acidentes ficam na sua cabeça, durante algum tempo, depois de você ver um carro pegando fogo na beira de uma estrada, e o mundo se torna por algum tempo um lugar mais perigoso.

Experiências pessoais, fotos e exemplos vívidos são mais disponíveis do que incidentes que aconteceram com outros, ou meras palavras, ou estatísticas. Um erro judicial que o afete vai minar sua fé no sistema de justiça mais do que um incidente similar sobre o qual você tenha lido em um jornal.<sup>370</sup>

Como se percebe, esses influxos são intuitivos e, em grande parte das vezes, exercem uma importância decisiva nas escolhas atuais. Se “eventos recentes também causam um impacto maior em nosso comportamento, e em nossos medos, do que eventos mais antigos”<sup>371</sup>, é muito provável que o ser humano se preocupe com um elemento atual, porém estatisticamente irrelevante (como um naufrágio), ao invés de reconhecer a importância de um evento muito mais relevante, porém que remete à uma sensação de “distância psicológica”.

Esse é motivo pelo qual nos períodos finais dos mandatos do Poder Executivo são realizados diversos eventos de inauguração de obras; ou porque o término traumático de um relacionamento pessoal tende a gerar um sentimento negativo em relação a todo o relacionamento (um fato “transforma” todo o restante); ou porque imagens associativas ruins são colocadas nas carteiras de cigarro; advertências após a publicidade de medicamentos ou de bebidas alcólicas; ou, porque depois de algum desastre natural, há um grande número de pessoas contratando seguros<sup>372</sup>; ou, após algum fato de violência, pode ocorrer um processo

<sup>370</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 166-7.

<sup>371</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 27.

<sup>372</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 175.

de “vitimização prévia” ou “indireta”<sup>373</sup> na população, desencadeando-se processos tendentes a realizar uma lei para “solucionar” o problema (para o que os meios de comunicação exercem um papel muito relevante<sup>374</sup>); ou, ainda, porque com maior regularidade e visíveis fiscalizações pode-se gerar uma sensação de segurança social; e assim por diante.

Em muitas oportunidades, isso acarreta erros de avaliações, acabando por afetar a tomada de decisões: tende-se a uma supervalorização de questões menos importantes ou subvaloriza-se questões relevantes<sup>375</sup>. Note-se que é possível a criação de medidas penais (ou administrativas, legislativas) inefetivas, mas que gerem um efeito social de apaziguamento. Pode-se, por exemplo, quebrando uma política social de recuperação de presos, recrudescer-se os requisitos para a progressão de regimes prisionais ou facilitar-se os requisitos das prisões cautelares. De qualquer maneira, além dessa perspectiva social, tais influências podem ocorrer diretamente nos juízes (modificando a interpretação da lei), os quais evidentemente também sofrem influências desse tipo de viés<sup>376</sup>. Por outro lado, em alguns casos, as consequências

---

<sup>373</sup> Nesse sentido: RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 27-8. De qualquer maneira o autor adverte que não se trata unicamente de um sentimento de medo de ser vitimizado, mas também a criação de sentimentos que modificam a dinâmica de vida das pessoas (como permanecerem mais “alertas” contra potenciais delinquentes). Em sentido semelhante, ver “efeitos sociais do crime”, em: CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 68-70.

<sup>374</sup> Callegari e Wermuth realizaram um interessante trabalho a respeito da influência dos meios de comunicação em relação às respostas do Direito Penal. Consultar: CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel A. D. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Capítulo 2. No mesmo sentido: BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

<sup>375</sup> Esse fenômeno também é conhecido como “lei dos números pequenos”. “A Lei dos Pequenos Números é a afirmação psicológica de que as pessoas tendem a ser muito influenciadas por pequenas amostras, especialmente se são elas mesmas que as observam.” In: VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. Tradução de Elfio Ricardo Doninelli e Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 601. Igualmente, “quando dispõe de poucas informações na memória recente, tende a superestimar a probabilidade de determinados eventos ocorrerem. Os indivíduos tendem, por exemplo, a superestimar muito a possibilidade de eles mesmos ou alguém que conhecem morrer num acidente de avião, ou ganhar na loteria. Recorde o caso do jogador de roleta, que apostou no preto após ver que havia dado vermelho três vezes em seguida, achando improvável que a roleta caísse cinco vezes seguidas no vermelho: ele ignorou as leis da probabilidade.” In: RUBINFELD, Daniel L; PINDYCK, Robert S. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010. p. 165. Exemplificando duas consequências: “A fé exagerada em amostragens pequenas é apenas um exemplo de uma ilusão mais geral – prestamos mais atenção ao conteúdo das mensagens do que à informação sobre sua confiabilidade, e como resultado terminamos com uma visão do mundo em torno de nós que é mais simples e mais coerente do que os dados justificam. Pular para conclusões precipitadas é um esporte mais seguro no mundo de nossa imaginação do que é na realidade. As estatísticas produzem muitas observações que parecem pedir por explicações causais, mas que não se prestam a tais explicações. Muitos fatos do mundo devem-se ao acaso, incluindo acidentes de amostragem. Explicações causais de eventos ao acaso estão inevitavelmente erradas.” In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: (...). Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 151.

<sup>376</sup> E isso, evidentemente, é verdadeiro para todos os vieses e heurísticas. Exemplos dessas influências são encontrados em: KELMAN, Mark; ROTTENSTREICH, Yuval; TVERSKY, Amos. *Context-Dependence in*

desses erros também podem ser socialmente interessantes, como elevar a sensação de que o agente pode ser pego, evitando que cometa um crime.

Nessa categoria também pode ser incluída a noção de “efeito manada” ou “efeito rebanho”. Isso, porque, embora também tenha forte correlação com a ancoragem, está mais ligada à formação dos hábitos pessoais, os quais, por sua vez, estão fortemente conectados com as experiências passadas (significativas). Esse efeito pode ser dividido em dois<sup>377</sup>: um relativo à cópia do comportamento das outras pessoas e, outro, relacionado à cópia do próprio comportamento.

No primeiro caso, o ser humano tende a copiar o comportamento dos demais, que presumivelmente seria bom. Esse é o motivo, por exemplo, pelo qual muitas pessoas entram no restaurante que está mais cheio (em casas noturnas com filas na porta), presumindo que, se há grande número de pessoas, deve ser a melhor opção (nem sempre o é, evidentemente)<sup>378</sup>. Esse raciocínio também é válido para certos modismos; e esse fenômeno de “cópia” é aplicável para aquilo que é positivo (presumidamente ótimo) e para aquilo que pode ser negativo (assumido como ruim).

O segundo caso, refere-se à imitação de comportamentos anteriores, presumindo-se que a decisão anterior era a mais acertada (ou errada). Assim, ao contrário de novamente realizar-se um julgamento a respeito da melhor decisão a ser tomada, imita-se a própria decisão anterior, presumindo-se que fora uma boa escolha. Dan Ariely analisa essa atitude com o seguinte exemplo, reproduzido parcialmente:

Na semana seguinte, entra de novo da Starbucks. Será que deve entrar? O processo decisório ideal deve levar em conta a qualidade do café (Starbucks versus Dunkin' Donuts), os preços nos dois lugares e, naturalmente, o custo (ou valor) de andar mais algumas quadras para chegar à Dunkin' Donuts [no caso, estar-se-ia na frente da Starbucks]. É um cálculo complexo – então, em vez de fazê-los, você recorre ao

---

*Legal Decision Making*. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008. Capítulo 2. Igualmente: SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order Decisions*. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008. Capítulo 7, especificamente, páginas 188-90. E: RUBIN, Paul H. *Judge-made Law* [Texto 9200, de 1999]. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit De. *Encyclopedia of Law & Economics*. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/>>. Acesso em: 14 abr. 2012. Inobstante, ressalta-se que muitas das discussões desses textos se referem à atuação dos jurados, sobretudo porque são comuns nas causas cíveis nos Estados Unidos da América. De qualquer maneira, o raciocínio é válido para juízes e tribunais. Mais desse tipo de estudo são encontrados na terceira parte de: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University, 2005.

<sup>377</sup> ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 29 e seguintes.

<sup>378</sup> No mesmo sentido: BECKER, G. S.; MURPHY, K. M. *Social Economics: (...)*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. *Kindle Edition*, p. 10, localização 211.

método simples: ‘Já estive na Starbucks, tive prazer e gostei do café, portanto, esta deve ser uma boa decisão para mim.’ Você entra e toma mais um cafezinho. Ao fazê-lo, você se tornou a segunda pessoa da fila, atrás de si mesmo. Alguns dias depois, você volta a passar pela Starbucks e, desta vez, lembra-se com clareza das decisões anteriores e age em conformidade com elas – voilá! Você se torna a terceira pessoa da fila, atrás de si mesmo. Com o passar das semanas, você volta a entrar muitas outras vezes e, a cada vez, acredita com firmeza que está agindo com base em suas preferências. (...) Se parasse para pensar nisso, não estaria claro se você deve gastar todo esse dinheiro em café na Starbucks, em vez de tomar o café mais barato da Dunkin’ Donuts, ou mesmo o café gratuito do escritório. Mas você já não pensa mais nessas trocas. Já tomou essa decisão muitas vezes no passado, então presume que é assim que quer gastar o dinheiro. Você fez fila atrás de sua decisão inicial de entrar na Starbucks – e agora faz parte do rebanho.<sup>379</sup>

Como é perceptível, esse mesmo raciocínio é aplicável à compra de bens, como automóveis (muitas pessoas adquirem sempre o mesmo modelo - ou da mesma marca - apenas de ano de fabricação mais contemporâneo), sapatos, roupas (muitas pessoas mandam fabricar roupas semelhantes àsquelas que não encontram mais no mercado), e assim por diante. No caso do Direito Penal, talvez a sociedade tenha adquirido o “hábito” de criar leis penais incriminadoras para todo o tipo de problema social<sup>380</sup>, desconsiderando, por exemplo, a possibilidade de serem tomadas outras decisões diferentes. Por exemplo, o oferecimento de recompensas para os comportamentos adequados tende a encontrar resultados mais positivos em comparação com punições para as ações inadequadas em determinadas condições<sup>381</sup>. Essa percepção, no sentido de comparação entre os benefícios de um crime e de uma ação legal, aparece em Gary Becker, Posner, Ehrlich, dentre outros citados.

Em um sentido de política criminal, pode-se pensar em criar mecanismos especializados ou com procedimentos mais complexos para a tomada de decisões coletivas, evitando, por exemplo, que sejam tomadas decisões coletivamente vinculantes (sobretudo penalizantes) sem um tempo adequado de debate social. Talvez incluir no procedimento legislativo a obrigatoriedade de debates com especialistas de diversas áreas do conhecimento, audiências públicas, etc.

Outro ponto possível de contato está na análise da reincidência, por exemplo, como uma situação de reprodução de um padrão de comportamento, que pode não ter sido percebido pelo indivíduo ou que não recebera o incentivo/estímulo adequado para modificá-

<sup>379</sup> ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 30-1.

<sup>380</sup> Nas palavras de Nilo Batista, “crêem na pena como rito sagrado de solução de conflitos.” In: BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2013. p. 03.

<sup>381</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 222.

lo. Note-se que, mesmo que a repetição do comportamento possa ocorrer por outros motivos determinantes, o conhecimento desse tipo de heurística de decisão, permite uma ampliação da maneira de como um jurista pode compreender a realidade que observa.

### 3.1.2.3 Representatividade

Trata-se de uma questão de semelhança, de estereótipo<sup>382</sup>. Da mesma forma que os viéses anteriores, muitas vezes a representatividade gera resultados corretos.

Entretanto, em muitos casos, esse tipo de verificação transforma processos aleatórios em situações relacionadas (equivocadamente). Por exemplo, normalmente as pessoas que caminham numa calçada não se sentem inseguras quando cruzam por um transeunte vestido de terno; todavia, o contrário ocorre se a pessoa está mal vestida. Inclusive, algumas quadrilhas de criminosos sabem disso: e passam a utilizar pessoas bem vestidas, para facilitar o acesso a determinados locais, como condomínios, restaurantes, etc.

No Direito Penal há um exemplo muito conhecido, e há muito apontado pela criminologia crítica, consistente na semelhança entre os presos; geralmente negros e pobres. Ocorre que os mecanismos de repressão trabalham com uma “lógica” de representatividade, porque, “como geralmente os pobres são mais criminosos” (o resultado de uma operação com viés), acaba-se procurando os criminosos dentre os pobres, prendendo-se mais ainda aqueles que se enquadram no estereótipo (fechando-se o ciclo)<sup>383</sup>. Isso pode se dar, também, em um

---

<sup>382</sup> “O estereótipo, afinal, é um modo de categorizar informações, na esperança de prever sensações. O cérebro não pode partir da estaca zero a cada nova situação. Ele precisa partir de algo que já tenha visto, por isso, os estereótipos não são intrinsecamente maus. Eles são atalhos em nossa eterna tentativa de compreender ambientes complicados”. In: ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 135.

<sup>383</sup> Isso também é pesquisado pela Economia, sobretudo após a percepção de que esse tipo de atuação modifica o resultado das estatísticas. Ver: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. *Economic Contributions to the Understanding of Crime. The Annual Review of Law and Social Science*, n. 2, p. 147-164, 2006. Disponível em: <<http://lawsocsci.annualreviews.org>>. Acesso em: 25 de julho de 2012. p. 157-8. No mesmo sentido da seletividade do Sistema Penal, ver: CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel A. D. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 37 e seguintes. Ver, também: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 265. Interessante notar que, talvez esse fenômeno não seja estático, uma vez que a doutrina vem apontado um fenômeno em sentido oposto: “associações ecologistas, feministas, de consumidores, de vizinhos (...), pacifistas (...), antidiscriminatórias (...), ou, em geral, as organizações não governamentais (ONGs) que protestam contra a violação de direitos humanos em outras partes do mundo. Todas elas encabeçam a tendência de uma progressiva ampliação do Direito Penal no sentido de uma crescente proteção de seus respectivos interesses. (...) A reviravolta tem sido tamanha que aqueles que outrora repudiavam o Direito Penal como braço armado das classes poderosas contra as ‘subalternas’ agora clamam

sentido oposto: o sistema não enxerga os fatos cometidos pelas pessoas integrantes de grupos economicamente mais significativos, com maior grau de escolaridade, nos crimes econômicos, etc. Essa pode ser denominada como “cifra dourada”<sup>384</sup>.

De fato, a representatividade torna a observação direcionada para um certo aspecto (ou característica), reconhecível com maior facilidade. Em alguns casos, isso pode ser negativo; em outros, passa a ser um elemento de racionalização de esforços.

Por exemplo, há uma grande possibilidade de se encontrar mais agentes que cometem crimes de colarinho-branco em centros econômico-financeiros, ao contrário de pequenas cidades ou bairros pobres (assim, pode não ser eficiente colocar um agente especializado em investigação de crimes de lavagem de dinheiro em alguma comunidade muito pequena e pouco desenvolvida economicamente). Da mesma forma, é provável que pedófilos procurem suas vítimas em lugares com concentração de crianças (permitindo tornar mais direcionada a vigilância) ou em ambientes familiares das vítimas (tornando os familiares mais vigilantes com as pessoas que vivem próximas das crianças). Nesse contexto, pode ser uma ferramenta para facilitar a tomada de decisões, sobretudo quando é reconhecido não haver outra possibilidade melhor.

Por outro lado, pode gerar consequências graves no processo penal. Pense-se, por exemplo, na hipótese de súmulas judiciais (vinculantes ou não): sem uma adequada análise a respeito da semelhança entre o caso atual e o paradigma da súmula, pode-se, em razão da representatividade, aplicar um padrão de decisão inadequado para o caso presente.

Em um sentido de políticas públicas, de outro lado, pode-se conduzir a um embelezamento das cidades, o recolhimento do lixo das vias públicas, melhor iluminação noturna, o que poderia ocasionar um melhor sentimento de conforto e, inclusive, modificar o comportamento das pessoas (talvez, até, afetando os índices de violência).

Por fim, talvez seja possível incluir nessa categoria o fenômeno da “escolarização” do preso no cárcere, o qual ocorreria pela convivência com os demais detentos, reforçando ou permitindo uma interiorização de uma maneira de compreender o mundo não aceita pela

---

precisamente por mais Direito Penal contra as classes poderosas.” In: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81-3. No mesmo sentido, páginas 68-9. Esse assunto também é abordado em: MELIÁ, Manuel Cancio. O Estado da Política Criminal e a Ciência do Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 90-2.

<sup>384</sup> AMARAL, Thiago Bottino do; SHIKIDA, Pery F. A. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. Capítulo 12. p. 303.

sociedade. Em outras palavras, o preso pode acabar tendo o seu estereótipo reforçado pelo seu meio (como consequência da prisão)<sup>385</sup>; o que se constituiria em outra perspectiva dos efeitos negativos da condenação (conforme apontado por Giddens, Baratta, Young e Andrade, já citados).

#### 3.1.2.4 Otimismo e Confiança Excessivos

Nos casos de otimismo e confiança excessivos, pode-se considerar o motivo pelo qual muitas pessoas não utilizam preservativos<sup>386</sup>, trafegam com excesso de velocidade, jogam na loteria (considerando que são ínfimas as chances de ganhar)<sup>387</sup>, realizam condutas criminosas: acreditam que a situação na qual se encontram (por diversos motivos) é distinta da situação dos demais. Podem se julgar melhores, mais aptas, escolhidas de Deus, estimarem incorretamente as probabilidades (por, por exemplo, os fatos ruins parecerem acontecimentos distantes), etc.

As pessoas não realizam julgamentos unicamente em razão das probabilidades envolvidas (o que poderia levar a uma conclusão diferente daquela tomada). Há, conjuntamente na escolha, elementos de utilidade, tendentes a supervalorizar as vantagens que são consideradas possíveis (mas pouco prováveis) e subvalorizar aquilo que é meramente provável. Isso demonstra que a aversão, a neutralidade ou o gosto pelo risco são dependentes não unicamente de disposições subjetivas, mas de contextos comparativos: se o agente tem a perspectiva de receber algo (positiva), tende a ser avesso ao risco, realizando escolhas que garantam o ganho, ainda que escolhendo outra possibilidade mais arriscada pudesse encontrar um prêmio superior. Por outro lado, se a perspectiva é de perder algo (negativa), o sujeito tende a buscar o risco, de forma que aceita concorrer a perder menos, ainda que, quando

---

<sup>385</sup> Nesse sentido: CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 53.

<sup>386</sup> Neste caso há, igualmente, influência da excitação, que auxilia na “perda da razão”. Nesse sentido, ver: ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 81.

<sup>387</sup> Interessante notar que “claro, o que as pessoas adquirem quando compram um bilhete é mais do que uma chance de ganhar; é o direito de sonhar agradavelmente com ganhar”. In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 396. De fato, a questão dos bilhetes da loteria não se resume ao problema estatístico, porque a sua aquisição garante ao portador “vivências” psicológicas prazerosas, de como, por exemplo, viveria caso fosse o efetivo ganhador. Isso aparece, também em conversas informais, as quais normalmente são engraçadas e prazerosas. Portanto, corroborando as demonstrações da psicologia, não se trata apenas de julgamento racional de estatísticas.

confirmada a pior hipótese, perca mais<sup>388</sup>. Em outras palavras, sente-se mais a perda que o ganho.

Teoricamente, a certeza nem sempre é o mais desejado pelo agente. Essa variação demonstra que há outros elementos que influenciam na escolha, e não apenas o ganho ou a perda final; que as escolhas não são tomadas considerando uma escala absoluta, mas uma escala relativa, considerada a partir de algum ponto de referência (assim como algum objeto aparenta estar menos frio ao toque quando se está em um ambiente mais frio; de quanto ganham ou perdem considerando o seu estado atual-inicial), e não um estado ideal<sup>389</sup>. Algumas dessas hipóteses serão estudadas abaixo, no item relativo à aversão a perdas.

De qualquer maneira, no âmbito do Direito Penal, isso pode demonstrar uma situação relevante: se as pessoas tendem a ser otimistas em relação às suas específicas probabilidades de serem descobertas e presas, essa percepção, por exemplo, demonstraria que esse viés pode reduzir drasticamente o potencial dissuasório da legislação (independentemente da ameaça da punição)<sup>390</sup>. Essa poderia ser mais uma demonstração de que unicamente estabelecer-se maiores punições às condutas (ou transformar-se uma conduta indesejada em crime) pode não ser suficiente (e isso poderia, inclusive, ser independente do tamanho da pena a ser dada). Além disso, pode-se vislumbrar que condutas diferenciadas, cujas características já integrem situações específicas ou indivíduos com personalidades específicas (como atos que ocorrem

---

<sup>388</sup> Esse tema foi trabalhado primeiramente por: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: an analysis of decision under risk*. **Econometrica**, v. 47, n. 2, p. 263-292, mar./1979. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0012-9682%28197903%2947%3A2%3C263%3APTAAOD%3E2.0.CO%3B2-3>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

<sup>389</sup> A economia explica isso diferenciando “utilidade” de “valor”. O valor está ligado a uma concepção atuarial, enquanto a utilidade contempla a relação do agente com os riscos percebidos. Nesse sentido, ver: POSNER, Richard. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 59, nota de rodapé 05. Os próprios Kahneman e Tversky demonstram essa diferença a partir das relativas “contradições” de respostas dadas pelos sujeitos em relação à possibilidade de ganhar ou pagar imediatamente uma quantia com certeza ou correr o risco, junto com outras pessoas, a ganhar ou pagar uma quantia muito maior depois. Em geral, segundo os autores, as pessoas preferem pagar a quantia menor imediatamente a correr o risco de pagar uma quantia significativamente maior, assim como preferem correr o risco de receber a quantia maior depois a imediatamente receber a menor. Inobstante essa ordem de preferências, o valor econômico envolvido é o mesmo: computando-se o valor imediato (pago ou recebido) com as chances e o montante maior, economicamente o resultado é o mesmo (na hipótese testada pelos autores). Sobre o assunto ver: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: an analysis of decision under risk*. **Econometrica**, v. 47, n. 2, p. 263-292, mar./1979. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0012-9682%28197903%2947%3A2%3C263%3APTAAOD%3E2.0.CO%3B2-3>>. Acesso em: 12 mar. 2012. Exemplo semelhante, porém agora estudando o efeito do “grátis” em diversas situações envolvendo escolhas, é encontrado em: ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 41-52.

<sup>390</sup> JOLLS, Christine. *On Law Enforcement with Boundedly Rational Actors*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). **The Law and Economics of Irrational Behavior**. Stanford: Stanford University, 2005. Capítulo 11, p. 273-5.

sistematicamente no âmbito privado das famílias ou em situações de difícil descoberta), pode ser totalmente inócua qualquer solução ligada à criminalização. Como a percepção dos indivíduos exagera a possibilidade de não serem pegos, um tipo penal específico pode se demonstrar completamente sem valor em relação ao caráter dissuasório (embora possa trazer ganhos em termos de retribuição penal e em relação ao sentimento de vigilância).

### 3.1.2.5 Autocontrole e Adiamento

Situação cotidiana dos seres humanos (e que direcionou muitas das críticas contra o modelo racional) é a da dificuldade de autocontrole das pessoas - de cumprir as metas e os desejos -, que envolve muitas das vezes um retardamento (ou simplesmente inércia) no agir.

Esses dois temas são tão conhecidos que nas vésperas de final de ano há conselheiros indicando como estabelecer as metas/promessas a serem cumpridas no ano vindouro. O mesmo ocorre com o problema da obesidade e, por consequência, a dificuldade em se cumprir dietas (constantemente quebradas ou adiadas). O mesmo raciocínio vale para os endividamentos econômicos, concretizados a partir de sucessivas compras impulsivas. Esse problema se relaciona também com o caso de um viciado em drogas<sup>391</sup> (lícitas e ilícitas) que, embora conheça os efeitos desastrosos das drogas no organismo e em sua saúde econômica, ainda assim não consegue deixar de utilizá-las.

Nesses temas, grande parte da doutrina se preocupa em demonstrar mecanismos para controlar a impulsividade e mecanismos para forçar o atingimento das metas: “pré-compromissos”. Dan Ariely, dentre outros exemplos, cita a possibilidade de congelar o cartão de crédito dentro de um copo de água<sup>392</sup>. Assim, quando há a vontade de realizar uma compra, em primeiro lugar, o cartão não está imediatamente acessível. Em segundo lugar, o tempo necessário para o descongelamento é um tempo de reflexão (porque se o copo for colocado no micro-ondas, por exemplo, o cartão perde a funcionalidade). Em muitas vezes, segundo o autor, esse tempo é capaz de quebrar a dinâmica que levava à compra. Note-se que, além de descongelar o cartão, é necessário retornar à loja (ou ao computador, etc.), o que sempre demanda um certo custo (no caso, especialmente de esforço). O prazo de reflexão previsto no

---

<sup>391</sup> ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009. p. 23.

<sup>392</sup> ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 99.

Código de Defesa do Consumidor (artigo 49<sup>393</sup>) é um exemplo do reconhecimento dessa impulsividade no Direito.

Interessante mencionar, os supermercados trabalham com uma lógica invertida: deixam dispostos ao lado da fila dos caixas de pagamento um grande número de bens, com a intenção de provocar a “tentação” nos clientes. Esses bens provocam exatamente os impulsos hedonistas da compra (o que é facilmente verificado pelo tipo de produto disposto normalmente: balas, chocolates, salgadinhos, refrigerantes, revistas – embora também sejam dispostos eventualmente produtos que são mais facilmente controlados na proximidade do caixa, como pilhas, embalagens com porções pequenas, por exemplo). Alguns estabelecimentos chegam a construir um verdadeiro corredor de guloseimas pelo qual os consumidores necessitam passar. O questionamento que resta é saber se isso também não influencia no número de furtos de produtos (talvez houvesse um incentivo; talvez o maior movimento de pessoas, por outro lado, reprima a atuação). Por outro lado, praticamente todas as pessoas já passaram pela experiência de demorar bastante tempo na fila para realizar o pagamento e, provavelmente, “devolveram” ou “abandonaram” produtos perto do caixa (e, se não o fizerem, certamente reparam na grande quantidade de produtos abandonados), exatamente porque o tempo de espera permite a reflexão a respeito daquilo que está dentro do carrinho de compras. Todos esses são exemplos da importância do tempo para a tomada de decisões (e, ao contrário, da intenção de muitas empresas de fazer o consumidor pensar que é o “último dia da promoção”, “precisa decidir agora”, o “produto está à disposição, basta concordar”, etc., levando-o a tomar uma decisão “impulsiva”).

Jon Elster trabalhou longamente o assunto sob o enfoque daquilo que denomina como “ausência de vontade e de autocontrole”<sup>394</sup>. Um de seus exemplos<sup>395</sup> de pré-compromisso é o

---

<sup>393</sup> “Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.”

<sup>394</sup> ELSTER, Jon. *Egonomics: análisis de la interacción entre racionalidad, emoción, preferencias y normas sociales en la economía de la acción individual y sus desviaciones*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 42. Sobre a nomenclatura “egonomics”, explica: “El término <egonomics> fue acuñado por Thomas Schelling en 1978 para referirse al análisis económico de los conflictos motivacionales que se producen dentro de las personas y del manejo (<automanejo>) de dichos conflictos. En este ensayo, empleo el término en un sentido más amplio, marcando su diferencia con la teoría económica estándar. (...) La egonomics, en cambio, explora la posibilidad de que los agentes sean irracionales, no egoístas ni unitarios y que sus preferencias estén sujetas a formas sistemáticas de cambio”. In: *ibidem*, p. 37.

de Ulisses e as Sereias (retirado da obra “Odisséia”), que acabou, inclusive, fazendo parte do título de um de seus livros. O texto original narra uma situação na qual Ulisses já conhecia o perigo do canto das sereias, que embriagava os navegantes, os quais, em decorrência, navegavam em direção às rochas; e naufragavam. Conhecendo essa realidade, Ulisses toma o pré-compromisso de ordenar aos marinheiros que tapem os ouvidos com cera (para que ficassem imunes aos chamados das sereias) e determina que tenha seu corpo amarrado ao mastro do navio, proibindo, ao final, o cumprimento de suas ordens futuras, até o afastamento do local. Assim, ao se aproximarem das sereias, Ulisses fica embriagado e pede para ser solto; porém não é obedecido. Entrementes, os marinheiros não sofrem qualquer influência porque não as escutavam. Assim, navegaram com segurança e saíram incólumes.

Partindo desse exemplo é que Jon Elster cria um “teoria da restrição”<sup>396</sup>. Trata-se, na verdade, da percepção de que nem sempre ter mais (opções, bens, etc.) é positivo. O autor demonstra o fato de as pessoas estrategicamente restringirem a liberdade de escolha (própria ou de outros, e por diversos meios, incluída a legislação) de forma que possam manter-se fieis aos seus desejos e compromissos, evitando-se, assim, inconsistências ao longo do tempo (decorrentes dos impulsos, paixões, fraquezas, etc.).

Isso significa, portanto, que as pessoas desviam-se de seus planos na normalidade, modificando preferências ao longo do tempo (as quais, como visto, são consideradas constantes pela economia tradicional). Explicando melhor, “Agir no presente tendo em vista o futuro envolve antecipar conseqüências (antevisão), delinear um caminho (estratégia) e atuar consistentemente (implementação). O problema é que cada uma dessas etapas da ação intertemporal está sujeita a interferências, golpes e reviravoltas que subvertem o ideal da ação racional”<sup>397</sup>. Na vivência do cotidiano, “a tensão entre o desejado e o desejável faz da escolha intertemporal um campo minado de armadilhas e efeitos inesperados”<sup>398</sup>. Nesse contexto,

<sup>395</sup> Esse exemplo consta pelo menos das seguintes obras: ELSTER, Jon. *Egonomics: análisis de la interacción entre racionalidad, emoción, preferencias y normas sociales en la economía de la acción individual y sus desviaciones*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 40. E, também: ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: UNESP, 2009. p. 13-4.

<sup>396</sup> ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009. p. 10-1.

<sup>397</sup> GIANNETTI, Eduardo. **O valor do Amanhã**: ensaio sobre a natureza dos juros. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 173.

<sup>398</sup> GIANNETTI, Eduardo. **O valor do Amanhã**: ensaio sobre a natureza dos juros. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 173. Logo adiante, “A cada passo do caminho, a pergunta se recoloca: vale ou não a pena? Compensam ou não os custos e riscos envolvidos? Qual o valor das alternativas que tiveram de ser adiadas ou preteridas – futuros não trilhados – em prol da escolha efetivamente feita? O problema é que a resposta a essas

Elster passa a analisar os motivos que reconhece como preponderantes para a formação dos pré-compromissos, os quais são a superação das paixões<sup>399</sup>, do egoísmo, do desconto hiperbólico<sup>400</sup>, da inconsistência temporal estratégica e a procura pela neutralização ou impossibilidade de mudanças de preferências<sup>401</sup>.

Uma questão importante é saber se as pessoas têm consciência de suas próprias dificuldades com o autocontrole. Se eu souber que tenho uma tendência a adiar tarefas, talvez precise admitir que quando surgir algo importante para fazer, devo fazê-lo imediatamente. Ou se eu tiver uma tendência a me comprometer em excesso, talvez eu deva aprender a dizer não com mais frequência. Mas há outra possibilidade: se eu souber que provavelmente cairei na tentação de repetir a sobremesa amanhã. Posso querer repeti-la hoje também. A carne é fraca, mas o espírito também pode ser fraco. Uma das maneiras de dar conta do autocontrole é encontrar uma forma de comprometer-se com ações futuras. Quer dizer, você pode tentar achar um modo de aumentar o custo do desvio da ação futura desejada.<sup>402</sup>

Traduzindo para a concepção de Elster, criar restrições a si mesmo (embora Elster considere a possibilidade de outras pessoas criarem restrições na sociedade, como leis,

---

perguntas pode ser uma *antes*, outra *durante* e outra ainda *depois* de efetuada a ação. A identificação e a pesagem dos custos e benefícios de cada alternativa meneiam em traiçoeira balança”. In: *Ibidem*, p. 173-4.

<sup>399</sup> Essas também podem ser consideradas meios de manutenção da constância ao longo do tempo, porque, enquanto o agente estiver “apaixonado pela causa”, envidará mais esforços para alcançar o objetivo final ao longo do tempo. A paixão, assim, passa a ser um elemento que direciona as decisões subsequentes. Nesse sentido, ver: ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Tradução de Cláudia Sant’Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009. p. 19 e seguintes.

<sup>400</sup> “O desconto hiperbólico produz uma reversão de preferências temporais em prejuízo da intenção de dar o devido peso ao bem-estar futuro. No calor da hora, a poupança planejada vira gasto e, não raro, vai além: no afã de consumir ela acaba virando dívida, isto é, poupança negativa. A gratificação é imediata, mas a conta vem depois: em vez de juros a receber (posição credora), juros a pagar (posição devedora). O pagamento do principal acrescido de juros significa que uma parte do salário ou renda futura *já foi gasta*, antes mesmo de ser recebida. O consumidor soberano nem sempre é senhor de si. Antecipar custa: é o preço da impaciência. Antevisão míope, agir imprevidente.” In: GIANNETTI, Eduardo. **O valor do Amanhã**: ensaio sobre a natureza dos juros. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 180-1. Na linguagem da microeconomia, o desconto hiperbólico representa uma modificação na taxa de substituição do consumo. Em regra, havendo uma constância ao longo do tempo, a taxa permaneceria a mesma. Assim, “um indivíduo que desconta o valor futuro a uma taxa hiperbólica atribui um peso muito maior ao desconto de longo prazo do que atribuiria no curto prazo”. Faz parecer que o futuro é mais barato do que efetivamente o é. In: VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. Tradução de Elfio Ricardo Doninelli e Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 604-5.

<sup>401</sup> Todos esses assuntos são ligados pela noção de ausência de controle ou de inconsistência nas escolhas ao longo do tempo. Por exemplo, Varian explica que a inconsistência temporal se refere ao não cumprimento de uma racionalização passada em um momento futuro: planejar começar a poupar dinheiro para no próximo verão. “Mas, quando o próximo verão chegar, eles decidirão gastar seu dinheiro em um cruzeiro”. Esse é um caso de quebra de consistência da decisão ao longo do tempo. Mudando o tópico, assim inicia o autor: “um problema intimamente relacionado ao da inconsistência temporal é o do autocontrole”. Após, segue suas explicações, semelhantes as de Elster, Ariely, Sunstein e outros citados, a respeito de meios de manter as preferências ao longo do tempo, dentre eles, pré-compromissos. In: VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. Tradução de Elfio Ricardo Doninelli e Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 605.

<sup>402</sup> VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. Tradução de Elfio Ricardo Doninelli e Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 605-6.

constituições, acordos, etc.). Em tal contexto, são sugeridas e trabalhadas a possibilidade de: eliminar opções disponíveis, impor custos, definir recompensas para o cumprimento, criar atrasos (sobretudo em relação às paixões, para controlar a raiva – como “contar até dez” – e outras emoções, como fazer acordos pré-nupciais escritos prevendo as causas mais comuns de separação, etc.), gerar mudanças de preferências (como evitar ser motorista quando sabe que enfrentará engarrafamentos, não tomar a primeira dose – para não perder o controle com as seguintes -, não ir em restaurantes de comida “livre” após certo preço mínimo, não adquirir um automóvel caro para evitar querer adquirir outro mais caro ainda<sup>403</sup>, etc.), investir no poder de barganhar (como cortar comunicações ou melhorá-las, a ponto de gerar algum tipo de constrangimento), induzir a paixão (circunstância que pode servir como freio ou elemento desencadeador de uma reação) e induzir a ignorância (porque não saber algumas vezes é melhor do que conhecer bem a realidade). Elster, entretanto, ressalta que nem todas as possibilidades de solução servem como compromissos para todos os motivos<sup>404</sup>.

Agregam-se alguns exemplos trazidos por Varian, que corroboram os de Elster. Importante ressaltar que muitos desses exemplos constam também nas outras obras citadas neste trabalho:

Por exemplo, as pessoas que anunciam publicamente uma decisão sobre seu comportamento no futuro poderiam diminuir as chances de desviar-se de suas intenções. Há pílulas para deixar de beber que causam um violento mal-estar após a ingestão de álcool [ou utilização de esmalte com gosto ruim, para evitar roer as unhas]. Também há mecanismos de comprometimento para quem faz uma dieta: é muito menos provável que alguém que fez uma cirurgia e grampeou o seu estômago venha a comer em excesso. Os contratos entre indivíduos existem para garantir que as pessoas levem a cabo suas intenções para o futuro – ainda que, no futuro, graças à mudança nas condições, possa não ser mais atrativo fazê-lo. De forma semelhante, é possível que alguém contrate outras pessoas para lhe impor custos se desviar das ações planejadas: isso equivale a fazer um contrato consigo mesmo. *Spas, personal trainers* e orientadores nutricionais são formas de “autocontrole comprado”.

Interessante notar que Gary Becker não desconhece esse tipo de mecanismo. Ele considera que muitas vezes as pessoas trabalham para evitar problemas nas suas decisões futuras, o que equivale a dizer que essas pessoas colocam preferências sobre os bens futuros (ou sobre as consequências futuras das decisões atuais), direcionando-se não apenas ao presente. Becker denomina de “capital imaginativo”: elementos que aprimorem o indivíduo

<sup>403</sup> Esse exemplo específico consta em: ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: as forças ocultas que formam as nossas decisões. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 17.

<sup>404</sup> Por isso, cria um quadro que auxilia o leitor na verificação de suas sugestões. Ver: ELSTER, Jon. **Ulisses Liberto**: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: UNESP, 2009. p. 18.

em relação à sua percepção do futuro<sup>405</sup>. Isso poderia significar, por exemplo, que essa pessoa seria menos propensa a utilizar drogas e realizar atividades perigosas<sup>406</sup>. Ele considera que as decisões que seriam tomadas no futuro passam a ser consideradas como tomadas no presente, de modo que há uma constância das preferências (que é reconhecida por Becker como uma simplificação útil, embora não precisa, de como as coisas ocorrem)<sup>407</sup>. Em outros termos, as pessoas podem investir tempo e dinheiro na tentativa de ultrapassar suas fragilidades, como, por exemplo, “podem escolher uma educação melhor, em parte porque esta tende a melhorar sua apreciação do futuro e, assim, reduzir o desconto do futuro. Os pais ensinam os filhos a ficarem atentos às consequências futuras de suas escolhas”<sup>408</sup>, assim como a religião pode elevar o peso das utilidades futuras, sobretudo quando oferece a proposta de uma vida atraente após o falecimento<sup>409</sup>.

Em um trabalho em conjunto com Mulligan, Becker e aquele sugerem que o processo

---

<sup>405</sup> BECKER, Gary S. *Accounting for Tastes*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p.11

<sup>406</sup> Assim como, de uma maneira geral, poder-se-ia ter mais consciência daquilo que Dan Ariely denomina de “esteira hedonista”. Basicamente isso significa que “quase sempre compramos em excesso, na esperança de que novos itens de consumo nos deixem mais felizes”. Esse efeito dura até a pessoa se acostumar com o novo produto, momento em que a atenção passa a um outro. “Conclusão: mesmo que você se sinta entusiasmado com alguma coisa no curto prazo, no longo prazo suas novas condições dificilmente o deixarão tão feliz ou infeliz quanto você supunha”. In: ARIELY, Dan. **Positivamente Irracional: os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. A primeira citação é da página 152 e, a segunda, da página 153.

<sup>407</sup> Becker discorda de Elster ao considerar que não há verdadeira inconsistência no comportamento das pessoas. Segundo ele, há consistência, porém há mudança no “capital pessoal” ao longo do tempo. Em uma simplificação, pode-se dizer que, como a pessoa aprende outros elementos (sofre, vivencia fatos), isso modifica a maneira de como percebe as coisas, e isso não significaria modificar as preferências. As preferências seriam constantes; modificou-se o capital pessoal. Becker está preocupado com o conflito e a relação entre pessoas e indivíduos e não especificamente com os eventuais conflitos da mesma pessoa ao longo do tempo. In: BECKER, Gary S. *Accounting for Tastes*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 12.

<sup>408</sup> Tradução livre de: “*They may choose greater education in part because it tends to improve the appreciation of the future, and thereby reduces the discount on the future. Parents teach their children to be more aware of the future consequences of their choices*”. In: Gary S. *Accounting for Tastes*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 11. Cooter, por outro lado, embora concorde com o argumento sobre tratar-se como um meio de si próprio, compreende que as preferências podem não ser estáveis. De qualquer forma, os valores e o comprometimento pessoal com algo pode ser estável, atingindo-se o mesmo efeito que Becker pretende. Cooter sugere que comprometer-se com algo modifica a percepção da pessoa ao longo do tempo em relação aos valores que possui sobre algo. E, da mesma forma, é possível modificar-se os valores de forma a garantir-se um maior comprometimento pessoal com os objetivos. Sugere, então, exemplificando, que uma democracia bem organizada concede vantagens aos cidadãos que cumprem a lei e participam na direção do país. Isso gera um comprometimento de ser um bom cidadão, que será mantido enquanto não houver a percepção de que agir diferente pode trazer novos benefícios (uma “eficiência intrapessoal de Pareto”). Assim, quando se expande os benefícios de fazer parte da democracia, maior número de pessoas passam a ter o compromisso de serem bons cidadãos também. In: COOTER, Robert. *Treating Yourself Instrumentally: Internalization, Rationality, and the Law*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University, 2005. Capítulo 4.

<sup>409</sup> Tradução de: “*Religion often increases the weight attached to future utilities, especially when it promises an attractive afterlife*”. In: Gary S. *Accounting for Tastes*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 11.

de determinação das preferências temporais pode ser endógeno, ou seja, construído a partir de dentro do indivíduo. Explicam que o “capital imaginativo” pode ser criado a partir da estimulação mental: da criação de cenários mentais de simulação do futuro (os quais devem ser repetidos ao longo do tempo). Isso não significa necessariamente ser um processo simples e barato, que pode ser realizado desde já. Em grande parte dos casos é necessário investimentos, não apenas em educação, como já mencionado, mas com a aquisição de bens, como a leitura de jornais (direcionando a visão do indivíduo para o futuro), assim como alarmes despertadores, “porquinhos” de poupança, destruir o cartão de crédito, ir excessivamente tomar sorvete, estudar história ou outros assuntos que demonstrem as dificuldades vivenciadas pelos adultos, dar ênfase a um ensino de solução de problemas, etc.<sup>410</sup>. De fato, qualquer aparato ou medida que auxilie as pessoas a enxergar o futuro, no sentido de dar maior importância às decisões presentes e em sustentá-las ao longo do tempo. Um direcionamento pessoal (pré-concebido).

A observação dessas questões inequivocamente interessa ao Direito Penal, quer como meio de aprimorar os estímulos legais, quer como meio de interpretação da realidade. Por exemplo, diante da observação de que as pessoas possuem dificuldades em lidar com o futuro, é possível vislumbrar alternativas antecipadas aos momentos de impulsividade mais comuns. Provavelmente a proibição de porte de armas de fogo restrinja o número de mortes impulsivas em discussões no trânsito. A autorização de compra de fogos de artifícios unicamente por pessoas com treinamento comprovado para utilizá-los pode reduzir o número de acidentes por queimaduras (por outro lado, esse tipo de restrição pode levar o comércio para a clandestinidade – e apenas verificações estatísticas podem auxiliar na escolha da situação mais adequada). O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, como “poupança obrigatória”, também é um exemplo institucionalizado de garantia de um estado futuro contra flutuações de preferências.

De qualquer maneira, deve-se ressaltar que essas manobras podem acabar não sendo efetivas no futuro (quando ele chegar), exatamente em razão dos outros vieses que também influenciam os indivíduos.

---

<sup>410</sup> As ideias deste parágrafo foram retiradas de: BECKER, Gary S.; MULLIGAN, Casey B. *On The Endogenous Determination of Time Preferences*. Working Paper n. 98. Center for the Study of the Economy and State from The University of Chicago, 1994. Disponível em: <<http://research.chicagobooth.edu/economy/research/articles/98.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2011.

### 3.1.2.6 Normas Sociais e Emoções

As hipóteses das normas sociais e das emoções estão fortemente relacionadas com o autocontrole, porque é a inexistência de autocontrole, em geral, que ocasiona problemas em relação às normas sociais. De qualquer forma, podem ocorrer problemas com as normas sociais em razão, simplesmente, de seu desconhecimento ou pela incompatibilidade das emoções em relação à situação vivenciada. Destaca-se, porém, que para alguma norma ser “social” (no sentido aqui empregado), deve ser compartilhada com outros membros da sociedade (com todos ou apenas com um grupo) e necessariamente deve ser garantida por alguma forma de sanção aplicada pelas outras pessoas<sup>411</sup>.

Exemplificando, as mais proeminentes são as regras de etiqueta, de vestimenta e de linguagem<sup>412</sup>, modos à mesa<sup>413</sup>, respeitar as filas, proibição de comer carne humana, do incesto<sup>414</sup>, retribuição de favores<sup>415</sup>. Optou-se por incluir nesse rol também a representação pessoal nas interações face-a-face e o comportamento nos lugares públicos, ambos estudados por Erving Goffman. Isso, porque, em primeiro lugar, o pano de fundo de Goffman é exatamente a socialização (ou não) decorrente dessas formas de interação, as quais, por isso mesmo, são sujeitas a normas ou rituais de realização.

Esse tipo de norma tende a ser muito eficaz<sup>416</sup>, em razão da vigilância que recai sobre elas e pelo sentimento de indignação do observador (e o de vergonha para o violador da

<sup>411</sup> ELSTER, Jon. *Egonomics: análisis de la interacción entre racionalidad, emoción, preferencias y normas sociales em la economía de la acción individual y sus desviaciones*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 91.

<sup>412</sup> ELSTER, Jon. *Egonomics*: (...). Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 92.

<sup>413</sup> “Uma forma de controle de envolvimento muito comum ocorre na hora das refeições, onde, em muitas partes da sociedade anglo-americana, espera-se que o indivíduo coma de forma relativamente lenta, que não tire comida do prato de seu vizinho, e que de modo geral se comporte como se encher a barriga não fosse a coisa mais importante no mundo – como se, de fato, o ato de comer precisasse de muito pouca atenção”. In: GOFFMAN, Erving. **Comportamento em Lugares Públicos**: notas sobre a organização social dos ajuntamentos. Tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 73.

<sup>414</sup> ELSTER, Jon. *Egonomics*: (...). Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 115.

<sup>415</sup> ARIELY, Dan. **Positivamente Irracional**: os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 56.

<sup>416</sup> ARIELY, Dan. **Positivamente Irracional**: (...). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 70. Por sua vez, Brenner cita uma pesquisa realizada em 1968, por Willcock e Stokes, cujo resultado apontou que 46% dos jovens pesquisados (o trabalho era unicamente com jovens do sexo masculino e questionava sobre os motivos subjetivos que impediam que as pessoas cometessem crimes) respondeu que não cometiam crimes por força de princípios morais (dentre os quais problemas de consciência, por exemplo), 18% em razão das consequências sociais de serem descobertos e punidos (como efeitos em sua situação social), 6% em razão da vergonha que estariam sujeitos perante familiares e de seus grupos sociais, e 13% responderam não cometer crimes estritamente em razão da possibilidade de ser pego e punido. In: BRENNER, Geraldo. **Entendendo o Comportamento Criminoso**: (...). Porto Alegre: AGE, 2009. p. 69. Embora o resultado da pesquisa seja antigo (e na fonte consultada, que relata a pesquisa, a soma não alcance os 100%, talvez por omissão de alguma categoria) o resultado poderia apontar a relevância das normas sociais como elementos de controle individual na sociedade.

norma), que pode chegar, inclusive, a um “*ostracismo social y la violencia física*”<sup>417</sup>. Ligue-se ao sentimento de pertencimento das pessoas à sociedade e aos grupos sociais de família, amizade, trabalho, etc., e, pela indispensabilidade dessa convivência humana, acabam sendo compartilhadas e seguidas no meio social<sup>418</sup>. Esse é um motivo por que as pessoas se comportam diferentemente quando estão em um ambiente público (de livre acesso a todos<sup>419</sup>), por exemplo. Segundo Goffman, há uma comunicação, ainda que não seja verbal, incluindo tanto a aparência corporal, quanto os atos pessoais (“vestuário, postura, movimento e posição, volume de som, gestos físicos como acenar ou saudar, decorações faciais e expressão emocional ampla”<sup>420</sup>). Becker aponta que muitas escolhas pessoais são tomadas “com um olho” na intenção de agradar as pessoas próximas ou considerando a rede social (como escolher restaurantes, ler certos livros, morar em certos lugares, colocar os filhos em certas escolas, compartilhar determinadas opiniões políticas, lazer, etc.), não em um sentido econômico-interessado, mas unicamente para permanecer integrado a certos grupos, ter reconhecimento, aceitação<sup>421</sup>.

De fato, o relevante para os fins do trabalho é exatamente a demonstração de que o cumprimento das normas sociais gera incompatibilidades com o agir racional estrito<sup>422</sup>, uma vez que muitas normas sociais são cumpridas, embora prejudiquem os interesses dos agentes:

---

<sup>417</sup> ELSTER, Jon. *Egonomics*: (...). Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 121.

<sup>418</sup> Sobre a formação e a internalização das normas sociais a partir da perspectiva da psicologia, ver: FELDMAN, Yuval; MACCOUN, Robert. *Some Well-aged wines for the ‘new norms’ bottles: implications of social psychology for law and economics*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University, 2005. Capítulo 11, p. 273-5.

<sup>419</sup> GOFFMAN, Erving. **Comportamento em Lugares Públicos**: notas sobre a organização social dos ajuntamentos. Tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 19.

<sup>420</sup> GOFFMAN, Erving. **Comportamento em Lugares Públicos**: (...). Petrópolis: Vozes, 2010. p. 43.

<sup>421</sup> Tradução livre e parcial de: “*Men and women want respect, recognition, prestige, acceptance, and power from their family, friends, peers, and others. Consumption and other activities have a major social component partly because they take place in public. As a result, people often choose restaurants, neighborhoods, schools, books to read, political opinions, food, or leisure activities with an eye to pleasing peers and others in their social network*”. In: BECKER, Gary S. *Accounting for Tastes*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 12.

O contexto da obra apresenta um sentido de cumplicidade social, de adequação às normas sociais.

<sup>422</sup> Embora algumas vezes, essa percepção possa ser decorrente da negligência de outros fatores determinantes para o agir. Por exemplo, normas sociais de grupos, como no caso das normas internas de uma gangue, por exemplo, podem forçar condutas contrárias à legislação penal. Assim, mesmo modificações legais podem não gerar efeitos nas condutas, porque as normas do grupo exercem papel determinante no agir (papel que não foi atingido pelas normas legais). Nesse contexto, embora possa parecer uma ausência de racionalidade em relação ao incentivo legal, no fundo, tratar-se-ia de um incentivo direcionado incorretamente; e o agente racionalmente atua conforme a norma que lhe acarreta maior constrangimento (ou punição, por exemplo – Sirberg sugere que a vontade de abandonar uma gangue pode considerar um custo impagável: de sérios danos físicos, mas normalmente a morte). Nesse sentido ver: SIEBERG, Katri K. *Criminal Dilemmas: understanding and preventing crime. Studies in Economic Theory*, n. 12. Berlin: Springer-Verlag, 2005. p. XIII e capítulo 5 (problemas para se retirar de uma gangue, página 118-120).

“El temor de crear un precedente de infelicidad me oprimirá a apegarme a la regla, incluso en casos en que existen buenas razones para infringirla”<sup>423</sup>. Considere-se, por exemplo, a utilização de instrumentos na alimentação (quando utilizar as mãos poderia ser muito mais eficiente), ou o uso de vestimentas desconfortáveis (mas cujo uso é esperado em razão de alguma norma social, como terno, etc.).

O indivíduo, semiconsciente de que um certo aspecto de sua atividade pode ser percebido por todos aqueles presentes, tende a modificar esta atividade, empregando-a com seu caráter público em mente. Às vezes, na verdade, ele pode empregar esses sinais somente porque eles podem ser testemunhados. E mesmo que aqueles em sua presença não tenham exatamente consciência da comunicação que estão recebendo, eles de qualquer forma sentirão algo fortemente incorreto se algo incomum for transmitido. Há, então, um simbolismo do corpo, um idioma das aparências e gestos individuais que tende a evocar no ator aquilo que evoca nos outros, e “os outros” aqui significa aqueles, e apenas aqueles, que estão imediatamente presentes.<sup>424</sup>

Por outro lado, as normas sociais se ligam também às emoções, o que ocorre, preponderantemente, de duas maneiras. A primeira, na medida em que essas podem respaldar e sustentar aquelas. Pode-se citar o sentimento de vergonha de ter violado as normas sociais, ou a indignação daquele que observa a violação. Em segundo, porque as normas sociais podem estipular quais as emoções que devem ser sentidas e expressadas em determinados momentos e contextos. Nessa hipótese, há, por exemplo, o caso da secretária de alguém falecido, que não pode aparentar maior tristeza que a viúva<sup>425</sup>, ou, ainda estas duas demonstrações de Goffman:

Em nossa sociedade, chamamos de “sem-coração” uma pessoa que consegue testemunhar a humilhação de outra mantendo impassivelmente um semblante frio, assim como aquela que consegue impassivelmente participar de sua própria desfiguração é considerada “sem-vergonha”<sup>426</sup>.

<sup>423</sup> ELSTER, Jon. *Egonomics: análisis de la interacción entre racionalidad, emoción, preferencias y normas sociales em la economía de la acción individual y sus desviaciones*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 99.

<sup>424</sup> GOFFMAN, Erving. **Comportamento em Lugares Públicos**: notas sobre a organização social dos ajuntamentos. Tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 43-4. Importante esclarecer que, embora em um sentido geral a citação possa transparecer uma atuação estratégica por parte do agente, Goffman compreende que o agente não tem como deixar de se comunicar corporalmente ou por suas aparências, de forma que sempre comunica algo, ainda que não queira. Nota-se, então, uma confluência com Becker (e também da economia comportamental e dos pré-compromisso de Elster), na medida em que o agente pode procurar antecipar e planejar essa comunicação (utilizando uma determinada roupa ou adereço, por exemplo). Evidentemente, não há garantia de que atingirá seu objetivo.

<sup>425</sup> Exemplo de Paul Ekman, citado por Elster. In: ELSTER, Jon. *Egonomics: análisis de la interacción entre racionalidad, emoción, preferencias y normas sociales em la economía de la acción individual y sus desviaciones*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997. p. 92.

<sup>426</sup> GOFFMAN, Erving. **Ritual de Interação**: (...). Petrópolis: Vozes, 2011. p. 18.

Quando um indivíduo se encontra numa situação que deveria fazê-lo corar, os outros presentes normalmente também enrubescem com ele e por ele, mesmo que ele possa não ter um sentimento de vergonha ou apreciação das circunstâncias suficientes para corar sozinho<sup>427</sup>.

Esse tipo de situação encontra outra forma de percepção, tratada em outro tópico, referente à expectativa sobre a expectativa dos demais que estão observando a atuação.

No âmbito do Subsistema Penal esse tópico poderia ser focado de diversas maneiras; entretanto, em razão das limitações de espaço do presente trabalho, limitar-se-á a duas observações.

A primeira se refere à percepção de as normas sociais poderem complementar os incentivos do Sistema Jurídico (e vice-versa), quando ambos estão relativamente alinhados. Isso significa, inclusive, que normas sociais podem ser induzidas a partir de um certo contexto legislativo, modificando os comportamentos ao longo do tempo. Em segundo lugar, é possível que as normas sociais sejam elementos que orientem comportamentos em contrariedade aos estímulos gerados pelo Direito Penal. Nesse caso, pode-se pensar em comportamentos de grupos específicos, como gangues, comunidades temáticas em favor de entorpecentes, etc. Por exemplo, em algumas comunidades mais antigas era algo tradicional que as filhas tivessem a primeira relação sexual com o pai. Em razão de ser um elemento cultural, talvez de tradição, é necessário trabalhar algum tipo de estímulo não necessariamente penal (cujo caráter tende a ser socialmente traumatizante para a comunidade), porque permite o sentimento de que é algo “de fora” do grupo (e, como tal, poderia ser considerado ilegítimo – e não respeitado).

Assim, o Direito Penal acaba se relacionando de uma maneira complexa com a sociedade e, muitas vezes, sendo escolhido como instrumento inadequado. No caso das normas sociais, por exemplo, essas poderiam ser influenciadas a partir de políticas de informação (como campanhas de vacinação, ações contra o mosquito transmissor da dengue), de demonstração de utilização de outras possibilidades de escolha, talvez até mediante o oferecimento de premiações quando acatadas as sugestões governamentais (como alguma forma de benefício social temporário).

A grande dificuldade, entretanto, de conjugação das normas sociais com o Direito está na atual complexidade cultural das sociedades. Sociedades que não são homogêneas em

---

<sup>427</sup> GOFFMAN, Erving. **Ritual de Interação**: ensaios sobre o comportamento face a face. Tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 97.

termos de valores, de ética<sup>428</sup>. Evidentemente, isso não significa que não exista algum tipo suficiente de integração (que possa ser explorada socialmente) em determinados grupos.

### 3.1.2.7 Sentimento de Ganhos e Perdas

Esse tópico reconhece a diferença na atuação dos indivíduos quando percebem algo como ganho ou como perda. Não há uma correlação exata entre ambos. Se o agente já possui o bem, tende a haver uma inércia, que evita a modificação do estado atual de coisas quando imagina poder perdê-lo. Por outro lado, tende-se a aceitar situações nas quais pode haver um ganho, sobretudo se houver a perspectiva de que há algo “grátis”.

Por exemplo, reconhece-se que “as pessoas odeiam perdas (e o Sistema Automático pode se tornar bastante emotivo a esse respeito). De qualquer maneira, a tristeza pela perda de algo é duas vezes maior do que a alegria proporcionada pelo ganho dessa mesma coisa”<sup>429</sup>. Na linguagem econômica tradicional é a “aversão às perdas”<sup>430</sup>.

---

<sup>428</sup> Daí, inclusive, a pertinência da seguinte crítica de García Amado: “*En su configuración moderna, y aún actual, el derecho, con su pretensión de ser factor causal del desarrollo social, presupone modelos sociales simples, con escasa complejidad, dirección centralizada, canales de comunicación fluidos entre las partes de la sociedad, previsibilidad de las reacciones, basada en el conocimiento de las linealidades causales, y conflictos simples y fácilmente adaptables al código bipolar de legalidad/ilegalidad.*” In: AMADO, Juan Antonio García. *Sociología Sistémica y Política Legislativa*. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: COMARES, 2005. p. 160.

<sup>429</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 36.

<sup>430</sup> Entretanto, deve-se destacar que o pano de fundo desse evento é teoricamente mais complexo, porque trata-se de um afastamento da teoria da utilidade esperada (ligada ao modelo do agir racional) para uma aproximação da teoria da perspectiva, sugerida por Kahneman e Tversky: “o fracasso da racionalidade que está incorporada à teoria da perspectiva é muitas vezes irrelevante para as previsões da teoria econômica, que funciona com grande precisão em algumas situações e fornece boas aproximações em muitas outras. Em alguns contextos, porém, a diferença se torna significativa: os Humanos descritos pela teoria da perspectiva são guiados pelo impacto emocional imediato de ganhos e perdas, não por perspectivas de longo prazo de riqueza e utilidade global”. In: KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 357. Essa teoria é mais complexa que a anterior, na medida em que não basta saber o estado de riqueza anterior para apurar-se a utilidade, mas precisa também considerar um ponto de referência para a decisão. Isso, porque em muitas situações de fato, as pessoas raciocinam a partir de um ponto de referência, e não unicamente a respeito da utilidade que eventual riqueza acarreta. Em outras palavras, a utilidade não depende unicamente do momento atual, mas de seu histórico. Kahneman exemplifica com o estado atual de duas pessoas que possuem cinco milhões cada. O leitor fica com a sensação de que ambos estão muito felizes, uma vez que possuem muito dinheiro. Entretanto, se for agregado um fator histórico afirmando que ontem um deles tinha apenas um milhão e outro tinha nove milhões, a percepção do leitor muda completamente (porque um deve estar muito feliz e outro muito triste). In: *ibidem*, p. 342-3. De qualquer modo, a teoria da perspectiva também possui dificuldades, como o problema em computar a decepção humana. O seguinte exemplo, demonstra que, embora o resultado econômico de não ganhar nada seja o mesmo em todas as hipóteses, em relação a uma comparação com o estado atual daquele que escolhe, o resultado psicológico é muito distinto, sendo

Você aceitaria uma aposta que oferece 10% de chance de ganhar 95 dólares e 90% de chance de perder cinco dólares?

Você pagaria cinco dólares para participar de uma loteria que oferece 10% de chance de ganhar cem dólares e 90% de chance de não ganhar nada?

Primeiro, dê um tempo para se convencer de que os dois problemas são idênticos. Em ambos você deve decidir se aceita uma perspectiva incerta que vai deixá-lo mais rico em 95 dólares ou mais pobre em cinco dólares. Alguém cujas preferências são delimitadas pela realidade dariam a mesma resposta a ambas as perguntas, mas indivíduos assim são raros. Na verdade, uma versão atrai muito mais respostas positivas: a segunda. Um resultado ruim é muito mais aceitável se está enquadrado como o custo de um bilhete de loteria que não foi premiado do que se for simplesmente descrito como a perda de uma aposta. Não devemos nos surpreender: *perdas* evocam sentimentos negativos mais fortes do que *custos*.<sup>431</sup>

Como esse trecho demonstra, as influências psicológicas são tão complexas que apenas a sutileza de perceber algo como perda e não como custo, modifica integralmente a perspectiva de solução do problema. Assim, embora matematicamente as duas posições sejam equivalentes, subjetivamente estão colocadas em pontos muito distantes: “perda” acarreta sentimentos negativos e de proteção (evita-se a decisão), enquanto “custos” representa algo de valor aproximadamente neutro.

Essa lógica aparentemente se encontra na ameaça penal: como o indivíduo pode perder a liberdade ou a tranquilidade (em um sentido amplo) em razão de um processo penal (ainda que gere absolvição), recebe um indicativo de que não deve realizar aquilo que é proibido. Essa aversão à perda da tranquilidade ou da liberdade tendencialmente serve como incentivo para a não realização de determinadas ações.

Outro exemplo dessa situação de manutenção do estado atual é o caso das renovações automáticas de assinaturas. Sunstein e Thaler exploram duas situações muito didáticas<sup>432</sup>.

A primeira consiste no exemplo das renovações automáticas de revistas. Normalmente, se recebe uma “cortesia” por algum tempo cujo contrato prevê expressamente que o beneficiado deve se manifestar ativamente se não pretender continuar com a assinatura, sob pena de renovação automática. Como a situação de se manifestar pela discordância exige maior esforço do que permanecer inerte, grande parte das pessoas continua recebendo revistas que nunca leem. Algumas empresas, inclusive, dificultam ao máximo a desistência dos

---

reconhecidamente muito pior a hipótese de deixar-se de ganhar na terceira situação: “A. Uma chance em um milhão de ganhar um milhão de dólares; B. 90% de chance de ganhar 12 dólares e 10% de chance de não ganhar nada; C. 90% de chance de ganhar um milhão de dólares e 10% de chance de não ganhar nada”. In: *Ibidem*, p. 357.

<sup>431</sup> KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. p. 455.

<sup>432</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. **Nudge**: (...). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 38.

clientes, tornando as ligações telefônicas demoradas e necessariamente repetitivas, criando muitas pela quebra da fidelidade, etc. O segundo exemplo dos autores se refere à manutenção do espectador no mesmo canal de televisão quando os programas iniciam diretamente após o término do anterior (embora os autores não digam, de fato, troca-se o momento da publicidade para logo antes do término do anterior e para depois do início do próximo, gerando uma sensação de que o programa “já começou” – em alguns casos, como no do “JA”, da RBS TV do Rio Grande do Sul, segue-se uma publicidade curta, porém com a vinheta do programa, dando a impressão de que o “programa está começando”). Com esse tipo de alteração simples, as pessoas deixam de trocar o canal da televisão, porque recebem um estímulo gerador da sensação de que não precisam ou não “podem” mais mudar de canal para procurar opções.

No caso do processo penal, seria possível ressaltar aos acusados que a suspensão condicional do processo (ou outras medidas processuais) se constitui em efetivo “ganho”, de forma a incutir o sentimento de que uma eventual violação poderia significar a perda do benefício e da liberdade (eventualmente). Isso, associado ao natural constrangimento de responder-se a uma demanda penal, poderia gerar um reforço em termos de incentivo para o cumprimento adequado das obrigações. Diversas outras medidas podem ser pensadas nesse sentido.

É possível incluir-se nessa categoria a influência da tradição (e o sentimento de “perda” por uma eventual desvinculação a ela), a partir da qual comportamentos passam a ser socialmente arraigados, mesmo que originalmente tenham uma natureza aleatória. No Direito, por exemplo, a importância da tradição é muito forte, podendo ser representada a partir dos precedentes jurisprudenciais, mesmo que não sejam vinculantes (acabam sendo seguidos em decorrência de inúmeros motivos, até mesmo amizade e o papel do indivíduo nas organizações decisórias<sup>433</sup>).

---

<sup>433</sup> O professor Leonel Severo Rocha vem realizando pesquisas a respeito desse tópico. Em suas aulas e em manifestações orais tem sustentado que a discricionariedade judicial é muito mais reduzida do que efetivamente se tem imaginado. Isso, porque os juízes estão ligados em âmbitos organizacionais de decisão, nos quais, além de determinantes sociais comuns (como o papel social de juiz), estão influenciados por questões psicológicas (como amizade, simpatia, adequação social, imaginar que as pessoas estão prestando atenção em sua atuação, etc.) e informacionais (como dados da mídia, expectativas). Nesse contexto, ao se reconhecer a conjugação dessas possibilidades de influência, verifica-se que o papel da discricionariedade do juiz é efetivamente restrito. Sunstein e Thaler apresentam um exemplo que corrobora a opinião de Leonel Severo Rocha: “Em painéis tripartites, os juízes federais são afetados pelos votos de seus colegas. O típico juiz republicano demonstra padrões de voto bastante liberais quando está sentado ao lado de dois juízes democratas, e o típico juiz

### 3.1.2.8 Enquadramento

A noção de enquadramento está ligada à maneira de como as informações são apresentadas às pessoas. Diversos exemplos apresentados ao longo do trabalho ligam-se a essa perspectiva, como a escolha do tratamento médico, das possibilidades de contribuição para uma entidade de caridade, da divulgação das estatísticas criminais, dentre outras.

Comumente se sabe que a maneira de como os problemas são apresentados modifica a dinâmica de decisão. Pode haver um direcionamento da decisão: é que as escolhas tendem a ser influenciadas pelos contextos externos e internos, e o grau e a forma da apresentação dos dados a serem considerados geram influências que também são emocionais. Por exemplo, se alguém imagina cometer um crime e recebe a notícia de que noventa a cada cem agentes é preso, tende a imaginar que pode ser um daqueles que será pego, porque, afinal, o número daqueles que são presos é muito significativo. Por outro lado, se a informação for apresentada no sentido de que dez a cada cem nunca são presos, o agente pode perceber que há um número relevante de pessoas que nunca é preso. Esse fenômeno ocorre porque “as pessoas tendem a tomar decisões de forma distraída, passiva. O Sistema Reflexivo não realiza o trabalho necessário para verificar e ver se o reenquadramento das perguntas produziria uma resposta diferente”<sup>434</sup>.

Nesse caso, pode-se estabelecer uma lei considerando esse tipo de viés. Por exemplo, na hipótese de pretender que as pessoas deixem de digirir sob a influência de álcool, ao invés de prometer uma pena criminal (que dificilmente garantirá prisão efetiva, em razão da proporcionalidade geral com os demais crimes), poderia ser mais efetivo reter-se imediatamente o automóvel utilizado (permanecendo retido por algum tempo, ou

---

democrata demonstra padrões de voto bem conservadores quando está sentado ao lado de dois juízes republicanos. Ambos os grupos de juízes demonstram padrões de voto muito mais moderados quando estão ao lado de pelo menos um juiz nomeado por um presidente do partido político oposto.” In: SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: (...). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 59. Por outro lado, essa não é ocorrência exclusiva dos tribunais norte-americanos, porque é conhecido na jurisprudência brasileira julgamentos tomados à unanimidade nos quais, porém, consta no corpo da decisão expressões do tipo “ressalvada a opinião do julgador tal”, “ressalvada a minha opinião pessoal”, e assim por diante. Apenas para exemplificar, apresenta-se alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça: HC 130837/PE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 26/05/2009, DJe 31/08/2009; HC 128343/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 15/03/2012, DJe 24/04/2012; REsp 189857/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 11/05/1999, DJ 01/07/1999, p. 174; AgRg no REsp 660.269/MG, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 10/08/2006, DJ 30/10/2006, p. 295. Em todos esses casos, dentre um conjunto muito maior, as decisões foram tomadas à unanimidade. Todavia, ficou expressamente consignado que, mesmo tendo alguém votado conforme com os demais, possuía uma opinião divergente da maioria.

<sup>434</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *Nudge*: (...). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 40.

simplesmente perdido em favor do Estado, após o término de um procedimento específico).

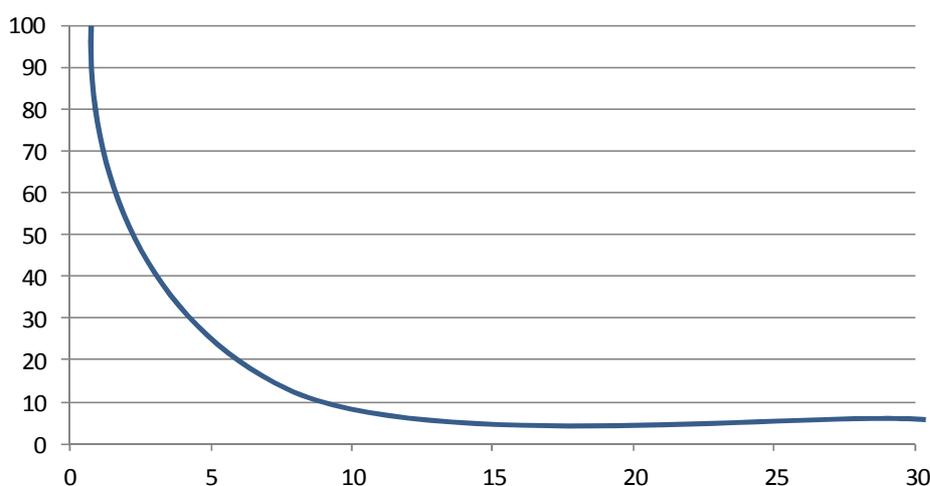
Da mesma forma, por exemplo, há diferença na colocação de um radar móvel (escondido) em relação a uma lombada eletrônica, por exemplo. A lombada apresenta, por suas características ostensivas, maior probabilidade de ser visualizada como um sinal de advertência/perigo, algo que inequivocamente representa ao motorista o dever de reduzir a velocidade. Em determinados locais (como na frente de escolas, cruzamentos) esse poderia ser um grande diferencial em relação ao radar, que não possui o mesmo impacto presencial para o motorista (até porque este não “impede” o ato que não se quer ver realizado; apenas se paga a multa depois). Por outro lado, é possível que a ameaça constante de um radar, gere um sentimento maior e permanente de cuidado nos motoristas (mas talvez houvesse perda em termos de atenção ao trânsito, em razão da concentração constante a respeito da velocidade).

Essas, dentre muitas outras possibilidades, só podem ser adequadamente verificadas a partir de pesquisas empíricas, da mesma forma que a solução do paradoxo da fumante (no início deste sub-capítulo). Apenas um detalhamento maior das pesquisas permitiria a eliminação do paradoxo, no sentido de saber em qual das possibilidades (dentre outras não apresentadas no exemplo) a situação se enquadra, permitindo um adequado diagnóstico.

O relevante, de qualquer maneira, é a percepção de que muitos dos problemas sociais podem receber uma outra forma de abordagem jurídica, que não necessariamente a criminalização. E mesmo no âmbito do Direito Penal, o incentivo criado pode ser diferente em relação ao “padrão” atual (de transformar grande parte dos problemas sociais em condutas criminosas punidas com pena de prisão, mesmo quando fixada em montantes autorizadores de uma conversão em medidas restritivas de direitos).

Esse tipo de possibilidade de observação só é visível quando se investiga a maneira pela qual as pessoas interagem com o mundo, como decidem, como julgam, como computam as informações que recebem. Isso não está naturalmente no Direito Penal. E a incapacidade do pesquisador em apresentar outros exemplos de aplicação é a demonstração de que necessita-se de mais pesquisas para o desenvolvimento da habilidade de modificar a forma de observação do Direito Penal. Afinal, o próprio autor sofre com os constrangimentos que a tradição jurídico-penal impõe.

É perceptível a aplicação desse conhecimento no âmbito do Sistema do Direito. Em todos os casos apresentados, há uma demonstração no sentido de algumas situações não seguirem a linearidade existente no gráfico presente na introdução do trabalho.



**Gráfico 2 - Relação entre comportamento criminoso (0-100) e incentivos (0-30).**

Ao contrário, de fato, embora em muitas oportunidades possa haver uma certa linearidade, conforme apresentado, há uma considerável gama de fatores também influenciando a atuação dos agentes.

Por isso, um incentivo penal pode levar a modificações no comportamento (conforme pressupõe a teoria do agir racional), mas de uma maneira não proporcional ao grau de estímulo fornecido. Considerando o gráfico acima (que é meramente especulativo), pode-se imaginar que algum incentivo pode gerar uma modificação no comportamento de forma parcial e, após determinado ponto não gerar mais modificações. Inclusive, segundo o gráfico, passaria a ser necessário um incentivo muito maior para atingir-se poucos resultados em termos de redução do comportamento indesejado. Se fosse uma situação verdadeira, poderia sugerir a modificação do incentivo apresentado (atuar de maneira informativa, tratar-se em outros âmbitos não penalizantes, gerar estímulos de recompensa, por exemplo).

Essas dificuldades levaram a doutrina a trabalhar com perspectivas comportamentais ou “irracionais” na análise econômica do Direito. Essas concepções, muito mais do que contraditar a assunção da racionalidade, procuram torná-la mais compatível com realidade social, como se procurou demonstrar.

O impacto disso no âmbito do Direito é evidente, embora em grande parte tenha sido desconsiderado ao longo do tempo.

De qualquer forma, com intuito de complementar a análise das perspectivas, é pertinente discutir os dois exemplos que seguem, um ligado à interpretação da lei por parte do Poder Judiciário e um com características de política criminal.

O primeiro se refere ao Viés de Retrospectiva (“*hindsight bias*”)<sup>435</sup>, não trabalhado explicitamente acima. Segundo esse viés, as pessoas exageram de forma consistente na capacidade de previsão de algum acontecimento após a sua ocorrência. Assim, depois de ocorrer alguma tragédia, por exemplo, ao olhar-se para trás, tende-se a exagerar a possibilidade de o evento ter sido previsto, inclusive em relação à capacidade das pessoas em vislumbrá-lo, parecendo algo que claramente iria acontecer e que poderia (ou não) ser evitado.

Note-se o impacto dessa informação nos julgamentos nos quais são discutidos no Brasil a culpa consciente e o dolo eventual. Não se pretende discutir a diferenciação de ambas as categorias neste momento, mas unicamente demonstrar que, após acidentes graves, ou com consequências desastrosas, tende-se a supervalorizar a capacidade alheia de ter previsto a possibilidade do fato ocorrer ou de suas consequências (presumindo-se, muitas vezes, a assunção dos resultados “previsíveis”, especialmente após o fato). Essa informação poderia permitir que os julgamentos fossem mais adequados às circunstâncias efetivas, afastando-se, por consequência, muitas das alegações de dolo eventual. As pessoas não se comportam, via de regra, na forma classicamente exigida pelo dolo eventual (previsibilidade e assunção consciente do risco de o resultado ocorrer<sup>436</sup>). Ao contrário, poder-se-ia reconhecer as dificuldades de previsão do evento, as dificuldades em antecipar – e aceitar – seus resultados, condenando por intermédio da culpa consciente – ou, mesmo, aceitando a culpa inconsciente.

As pessoas não calculam efetivamente suas ações quando atuam nos atos do dia-a-dia (talvez o façam quando planejam algum negócio diferenciado, quando pretendem comprar uma casa, etc.); em grande parte, apenas agem conforme as normas sociais que acabaram internalizando ao longo da vida<sup>437</sup> e, ao mesmo tempo, sofrendo influências dos elementos ressaltados pela Economia Comportamental e pela Psicologia. Assim, há grande dificuldade em medir-se quando uma pessoa está atuando racionalmente (como a intencionalidade do dolo exigiria), especialmente quando o cálculo é apenas de probabilidades, porque é difícil de ser realizado. Pense-se, por exemplo, em um caso de dolo eventual em acidente de trânsito.

O segundo exemplo, a respeito de política penal, foi construído a partir de um programa diário de notícias do Rio Grande do Sul. Durante a realização do trabalho, no dia 07

---

<sup>435</sup> Sobre o tema, ver: RACHLINSK, Jeffrey I. *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008. Cap. 03.

<sup>436</sup> CALLEGARI, André Luis. *Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 107.

<sup>437</sup> GAROUPA, Nuno. *Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review*. *European Journal of Law Economics*, Erfurt, v. 15, n. 1, p. 5-15, jan./2003. p. 8.

de janeiro de 2013, foi veiculado no Programa “JA” (jornal do almoço), da RBS TV de Porto Alegre, um programa sobre a “impunidade” do trânsito.

Durante o programa foram apresentadas diversas notícias a respeito de mortes no trânsito e fora entrevistado um promotor de justiça e alguns familiares de vítimas. Após algumas discussões, o promotor concluiu que é necessário maior educação no trânsito e mudanças para agravamento da lei penal (sobretudo porque as pessoas ficam pouco tempo presas, gerando uma sensação de impunidade). Para finalizar, a entrevistadora conclui: “temos que mudar a lei, então”<sup>438</sup>. Essas conclusões certamente não são novidades. O aspecto que interessa a este trabalho se refere a duas fontes: à escolha de quem será entrevistado e aos direcionamentos da discussão.

Inicialmente, pode-se questionar o motivo de ser entrevistado um promotor de justiça, e não um advogado, um psicólogo, um sociólogo, um antropólogo, um economista, ou a todos. Como se percebe, essa escolha já apresenta elementos de direcionamento do resultado. Em segundo lugar, o próprio título do programa (“impunidade”) já representa a opinião de que há impunidade no trânsito: um pressuposto que talvez não se confirme (sobretudo se fossem verificadas taxas de mortalidades de outras causas, em relação ao número de veículos existentes, por exemplo). Ademais, na fala do promotor de justiça, quando questionado a respeito dos motivos que elevam as estatísticas a respeito de envolvimento de jovens nos acidentes de trânsito, aparece a impulsividade, a sensação de poder que o carro concede ao motorista física e psicologicamente (como meio de estravassamento de violência, reconhecimento social, etc.). Em outras palavras, na maioria dos acidentes estão envolvidos

---

<sup>438</sup> Sobre esse tipo de proposta, Nilo Batista responde com a seguinte observação: “Alguém se lembra da última vez – à parte o caso da chamada ‘lei da mordaca’, que pretendia intervir nos canais de comunicação entre operadores do sistema penal e suas agências de comunicação – alguém se lembra da última vez em que a promulgação de uma lei criminalizante foi objeto de crítica pela imprensa? Também aqui pouco importa que a criminalização provedora seja uma falácia, uma inócua resposta simbólica, com efeitos reais, atirada a um problema real, com efeitos simbólicos: acreditar em bruxas costuma ser a primeira condição de eficiência da justiça criminal (...).” In: BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2013. p. 05. Na observação de Niklas Luhmann: “Em conseqüência surge o problema da política acabar por resolver apenas os problemas políticos – por exemplo ao estabelecer uma lei sobre o trabalho doméstico apenas para comprovar o ativismo assistencial, com o que essa lei poderia configurar-se como impraticável ou até mesmo sem efeitos práticos pela ausência de um objeto”. In: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 50. Ademais, Essa conclusão tomada por uma jornalista, assim como o próprio tema do programa (impunidade), podem demonstrar a hipótese de Kahan, no sentido de que a pena de prisão é sempre preferida socialmente porque acarreta um sentimento efetivo de punição. In: KAHAN, Dan M. *What Do Alternative Sanctions Mean?* In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 76.

jovens e os principais motivos levantados para isso seriam aspectos psicológicos e sociais.

Nesse contexto de motivos preponderantes (segundo a fala), é possível que a solução apresentada, sobretudo a modificação da lei para agravar a situação, não seja suficiente; sequer seja necessária. Tende-se a adotar uma solução para o problema sem que se considere efetivamente se é apta a solucioná-lo. Note-se que estabelecer um agravamento da situação penal neste caso, significa confiar em uma linearidade de resposta (inexistente) em relação à normatividade penal (ou, pelo menos, não no grau esperado – afinal, os jovens e as motocicletas estão envolvidos na maioria dos acidentes, segundo o discurso apresentado).

Além disso, praticamente todos os exemplos apresentados como perda de vidas se referiam a acidentes nos quais motociclistas estavam envolvidos. Nesse sentido, ao contrário do agravamento da situação penal, portanto, seria possível propor restrições à utilização de motocicletas, como limitações de profissões e idade mínima. Não se discutiu a respeito de tornar obrigatórios os sistemas antibloqueadores de freios (“ABS”) e as bolsas de ar protetoras (“Airbags”), o que o Brasil tem adiado ao longo do tempo, dentre muitas outras possibilidades que esta pesquisa indiretamente permite construir.

Solução bem distinta (e certamente bem-humorada) seria a de Dan Ariely:

Precisamos, da mesma maneira, ensinar os adolescentes (e os demais) a não dirigir quando as emoções estiverem em ebulição. Não são só a inexperiência e os hormônios que fazem com que tantos adolescentes batam com o carro, próprio ou dos pais. Também são os amigos rindo, o CD tocando em volume de decibéis que bombeia adrenalina e a mão direita do motorista procurando as batatas fritas no joelho da namorada. Quem pensa em riscos nessa situação? Provavelmente ninguém. Estudo recente descobriu que o adolescente que dirige sozinho tem 40% mais probabilidades de sofrer acidente do que o adulto, mas, com outro adolescente dentro do carro, a porcentagem dobra – e com um terceiro adolescente no mesmo carro, a porcentagem dobra novamente. Para reagir a isso, precisamos de uma intervenção que não se fundamente na premissa de que os adolescentes lembrarão como queriam se comportar quando estavam de cabeça fria (nem como os pais queriam que se comportassem) e seguirão essas instruções, mesmo quando estiverem excitados. Por que não instalar em nossos carros dispositivos de precaução para conter o comportamento dos adolescentes? Esses carros poderiam estar equipados com um sistema Onstar modificado, que o adolescente e os pais configurassem de ‘cabeça fria’. Se o carro exceder os 100km por hora na estrada, ou mais de 60km por hora na zona residencial, por exemplo, haverá conseqüências. Se o carro exceder o limite de velocidade ou começar a fazer curvas irregulares, o rádio mudará para 2Pac para a Segunda Sinfonia de Schumann (isso reduziria a velocidade da maioria dos adolescentes). Ou o carro pode disparar o ar-condicionado no inverno, mudar para o aquecimento no verão ou ligar automaticamente para a mamãe (péssimo se os amigos do motorista estiverem presentes). Com essas conseqüências substanciais e imediatas em mente, o motorista e seus amigos, então, perceberão que está na hora de o sr. Hyde sair do caminho para deixar o dr. Jekyll dirigir.<sup>439</sup>

---

<sup>439</sup> ARIELY, Dan. **Previsivelmente Irracional**: (...). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 83-4.

O autor segue esse trecho afirmando ser plenamente possível a implementação de algumas dessas indicações diante da tecnologia atual. O que interessa para fins do trabalho, por outro lado, é a demonstração de que muitos dos problemas atuais podem não ser resolvidos adequadamente por intermédio de legislação. E mais: podem não ser adequadamente respondidos por juristas<sup>440</sup>.

Nada nesse sentido fora apresentado no Programa. Evidentemente, não se quer dizer que o programa fora arquitetado para garantir aquelas soluções, mas que ao menos intuitivamente essa é a influência que pode gerar nas pessoas, considerando a maneira de como a informação fora apresentada (reforçando o sentimento de uma impunidade e de que modificar a lei é um meio apto para solucionar os problemas sociais – os quais, sobretudo em relação aos jovens, “recordistas nas estatísticas”, são de natureza psicológica).

Imagine-se o mesmo programa de televisão no qual haveria uma mesa redonda composta por um jurista, por um psicólogo, um sociólogo, um economista, etc. Não há dúvida de que, em primeiro lugar, o programa deveria receber uma extensão temporal muito mais significativa. Em segundo lugar, não há dúvida de que outras propostas provavelmente muito mais relevantes seriam oferecidas para conter o problema (e não apenas para resolver a “impunidade” com medidas pós-fato, como prisão).

Ambos os exemplos demonstram o grau de pertinência das ideias desta pesquisa na observação dos problemas sociais ligados ao Subsistema Penal. Mas o motivo para os exemplos estarem dispostos de maneira separada dos demais está no fato de ressaltar-se que todos os vieses não se limitam, por óbvio, aos agentes criminosos.

E essa é a efetiva dificuldade da aplicação dessas ideias ao Direito. Ao mesmo tempo em que o agente criminoso possui a racionalidade, a força de vontade e o autointeresse limitados, esse mesmo raciocínio é aplicável aos tomadores de decisões públicas, policiais, promotores, advogados, deputados, senadores, juízes, vítimas, testemunhas ou qualquer outra

---

<sup>440</sup> “Meu interesse primordial é o direito; mas hoje em dia tanto profissionais do direito quanto pessoas de fora da profissão reconhecem que advogados, juízes e professores de direito não podem ‘fazer’ direito sem a ajuda de outras disciplinas. Eles não têm conhecimento suficiente das atividades que o direito normatiza e dos efeitos da normatização jurídica”. In: POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. VIII. Em outra passagem: “Esses exemplos põem em evidência um fato: a teoria econômica bem como os métodos empíricos que os economistas aperfeiçoaram até deixá-los extremamente precisos devem ser encarados como instrumentos disponíveis para o uso dos sociólogos do direito, do mesmo modo que os economistas e os juristas de mentalidade econômica estão emprestando temas, conceitos, pontos de vista, ideias, dados e até métodos empíricos (sobretudo a pesquisa de campo de grande escala) dos sociólogos.” In: *Ibidem*, p. 341.

pessoa<sup>441</sup>. Isso significa, obviamente, que a observação dos problemas (a respeito daquilo que é um problema, sua qualidade e extensão), assim como as propostas de soluções não são isentas de vieses (e de dificuldades).

Tal percepção demonstra o grau de complexidade de uma eventual solução para qualquer problema social, no caso, relacionado às infrações penais. Assim, talvez sequer seja possível atingir-se uma solução efetiva, embora se saiba que a partir do conhecimento desses elementos, que influenciam os comportamentos, seja possível ultrapassar alguns deles.

Além dos vieses serem generalizados, abarcando todas as pessoas, não se pode perder de vista que os criminosos reagem unicamente àquilo que percebem, de forma que podem modificar o agir conforme aquilo que compreendem da política estatal (que pode ser mal percebida ou cuja informação pode ser manipulada).

Por isso, alguns doutrinadores investem na informação a respeito da atuação penal<sup>442</sup>. O conteúdo informacional aparece como colaborador de efetividade: como o nível de informação potencialmente é capaz de modificar suas decisões, procura-se reduzir o grau de discrepância informacional entre o indivíduo (sempre apreendido de forma imperfeita, em razão de dificuldades de acesso ou compreensão do sistema legal) em relação àquilo que efetivamente acontece na sociedade em termos de repressão criminal. Então, na mesma lógica, o nível de informações a respeito das atuações dos meios repressivos poderia modificar a dinâmica de decisão dos indivíduos a respeito do cometimento de um crime: “informação precisa eleva a percepção a respeito da punição”<sup>443</sup>. Assim, em alguns contextos, passa a ser interessante que o Estado interfira na sociedade no sentido de trazer informações a respeito da atuação dos meios repressivos, porque isso poderia gerar uma sensação de maior fiscalização e de maior possibilidade de ser preso.

A proposta de Garoupa, então, consiste na possibilidade de uma maior gama de

---

<sup>441</sup> GAROUPA, Nuno. *Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review*. *European Journal of Law Economics*, Erfurt, v. 15, n. 1, p. 5-15, jan./2003. p. 12.

<sup>442</sup> “Disseminação de informação a respeito dos meios de repressão legal podem estar relacionados com coisas simples, como propagandas na mídia direcionadas a motoristas que podem causar perigo, ou mais complexas, como cursos introdutórios de Direito no ensino médio”. Tradução livre de: “*Dissemination of information of law enforcement might involve simple things like media advertisement of penalties for dangerous driving or rather more complex matters like an introductory Law course in high school.*” In: GAROUPA, Nuno. *Optimal Law Enforcement with Dissemination of Information*. *European Journal of Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, v. 7, n. 3, p. 183-196, 1999. p. 188.

<sup>443</sup> Tradução livre de: “*accurate information increases the perception of punishment*”. In: GAROUPA, Nuno. *Optimal Law Enforcement with Dissemination of Information*. *European Journal of Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, v. 7, n. 3, p. 183-196, 1999. p. 185.

informação a respeito da atuação estatal gerar modificações na maneira de como as pessoas decidem antes de cometer algum crime ou de permanecer realizando condutas criminosas. Isso não significa, contudo, que o maior grau de informação sempre geraria a tendência de reduzir o número de crimes, porque em alguns contextos, elevar o grau de informação garante maior chance de sucesso ao criminoso (porque passa a conhecer melhor a maneira de como a polícia trabalha, por exemplo). O modelo teórico, então, investiga o montante ótimo de informação (ou pelo menos a tendência de comportamento a ser adotada) a ser deliberadamente oferecida à sociedade e quando fazê-lo, porque muitas vezes pode ser melhor socialmente não oferecer as informações (ou liberá-las de modo limitado ou apenas referentes a alguns crimes)<sup>444</sup>.

A despeito dessa “proposta informacional” agregar elementos ao combate das condutas sociais indesejadas (porque pode ser utilizada unicamente em relação a alguns crimes unicamente), ainda assim desconsidera alguns dos vieses que influenciam o sujeito.

Em primeiro lugar, presume-se que o sujeito apreenderá a informação; presume-se que efetivamente haverá uma mudança no comportamento. Da mesma maneira que é possível elevar-se o sentimento de observação a respeito do Sistema Penal, também não se pode desconsiderar o fato de algumas pessoas serem completamente alheias aos incentivos oferecidos. Podem não percebê-los, em razão de questões neurobiológicas, assim como em

---

<sup>444</sup> Exemplificando, “essas observações sugerem que, se o custo de disseminação de informações suportado pelo Estado é muito elevado, o Estado deveria investir mais na detecção de criminosos. Caso o custo de disseminação informacional não seja muito elevado, mas também não seja muito reduzido, o Estado deveria considerar investir na liberação de informações como um meio complementar aos meios de repressão. Finalmente, se o custo de produzir informações sobre os meios de repressão são reduzidos, o Estado deveria investir em disseminação e escolher uma política de detecção menos rigorosa, ‘*ceteris paribus*’. O sistema atual de persecução criminal e de disseminação de informações é um sistema misto, incluindo uma demanda privada subsidiária (desde cursos de formação legal até publicações do Departamento de Justiça Criminal para estudo em casa), publicidade na mídia (como os típicos exemplos dos perigos de dirigir e da evasão fiscal) e a publicidade governamental para detecção de casos (como a apreensão de grande quantidade de drogas). Esse sistema misto sugere que o impacto negativo da imperfeição informacional na dissuasão pode, de fato, ser menor do que se poderia imaginar”. Tradução livre de: “*These observations suggest that if the cost of disseminating information borne by the government is very high, the government should invest more in detecting criminals. If the cost of disseminating information is not very high but also not very small, the government should consider investing in disclosure as a complement to law enforcement. Finally, if the cost of producing information about law enforcement is rather small, the government should invest in dissemination and choose a more lax criminal detection policy, ceteris paribus. The current system of law enforcement and dissemination of information is a mixed system, including subsidizing private demand (from law degree to Home Office / Criminal Justice Department publications), media advertisement (typical examples are dangerous driving and tax evasion) and governmental publicity to detect cases (like apprehension of large quantities of narcotics). This mixed system suggests that the negative impact of imperfect information on deterrence may be actually smoother than one might think*”. In: GAROUPA, Nuno. *Optimal Law Enforcement with Dissemination of Information*. *European Journal of Law and Economics*, Kluwer Academic Publishers, v. 7, n. 3, p. 183-196, 1999. p. 194.

razão de seu contexto social, etc. Afinal, as pessoas podem observar insuficientemente os incentivos (por não saber que algo é crime), por exemplo, ou terem outros determinantes mais relevantes, como a moralidade, o grau de educação, o acesso à informação, dentre outras possibilidades.

É verdade, grande parte dessas críticas se relaciona a uma pequena porção do problema: a doutrina costuma apontar que a teoria do agir racional dá conta de grande parte dos casos; ao agregar-se as limitações individuais, alcança-se ainda outros indivíduos; e, agregando-se, ainda, a manipulação das questões informacionais, pode-se atingir outros grupos, em complementação. Ademais, como já indicado, essas possibilidades devem ser estudadas de forma a serem empregadas adequadamente, significando a possibilidade do emprego fragmentado, direcionado a situações específicas.

Por outro lado, isso significa reconhecer que a teoria racional (mesmo com os demais aportes) pode apreender erroneamente a atual complexidade de um sistema estatal de segurança. Este envolve um grande número de variáveis, além daquelas normalmente computadas pelo modelo de mercado (mas esse, é verdade, pode ser adaptado para analisar outros elementos, como, de fato, já vem ocorrendo). A mesma perspectiva se liga à compreensão do criminoso como empresário, porque há fatores muito distintos em relação à punição (e na atuação criminosa) e o regime de preços. Note-se, por exemplo, que no sistema ilegal o custo dos erros é muito superior ao custo dos erros de um empresário normal (de forma que, normalmente, um erro significa períodos de encarceramento, a ruína do negócio, morte, etc.); desconsidera que há grandes barreiras para a saída do crime, determinadas tanto pela relação entre os criminosos, quanto pelo próprio Estado, que continua podendo perseguir o sujeito após o abandono das atividades ilícitas – até a prescrição<sup>445</sup>.

De qualquer maneira, não há motivo para abandonar-se as ideias iniciadas por Becker, porque foram pensadas no sentido de estabelecer-se um novo passo na ciência e na maneira de se pensar a criminalidade, sobretudo em relação à dogmática jurídica. Necessariamente, não exclui outras abordagens, assim como deve ser desenvolvida, como vem efetivamente ocorrendo.

Atualmente, ainda quando realizadas pesquisas de cunho econométrico, segundo Araújo Junior *et al.*, as pesquisas confirmam que o problema da criminalidade não está apenas

---

<sup>445</sup> GAROUPA, Nuno. *Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review*. *European Journal of Law Economics*, Erfurt, v. 15, n. 1, p. 5-15, jan./2003. p. 11.

relacionado “à polícia”, sendo necessário “conhecer em detalhes os reflexos da crise econômica na sociedade e no cotidiano das pessoas, seja por meio de variáveis pessoais, socioeconômicas e/ou fatores catalisadores”<sup>446</sup>. E grande parte dos autores citados ao longo do trabalho efetivamente estão preocupados com isso.

Por isso, embora exista a possibilidade de o sistema se tornar apenas mais repressivo<sup>447</sup>, preocupação que é apresentada por Santo e Fernandez<sup>448</sup>, Campos<sup>449</sup>, dentre muitos outros autores (porque essa é efetivamente a maior preocupação em relação a essa forma de observar o Direito Penal), já se demonstrou ao longo do trabalho que essa não é uma relação necessária. E esse talvez tenha sido a maior dificuldade da pesquisa. Em complementação, acredita-se que, quando mais se pesquisar a respeito do tema, mais distante poderá ficar de concepções penais “maximalistas”.

Por fim, a próxima parte do trabalho, na linha de alguns comentários já realizados ao longo do texto, investiga a relação entre essa maneira de observar, que envolve os aportes da Ciência Econômica, com o funcionamento do Sistema do Direito.

### 3.2 A RELAÇÃO ENTRE A OBSERVAÇÃO ECONÔMICA, O SISTEMA POLÍTICO E O SISTEMA DO DIREITO

*“As pulgas infectaram toda a casa da família. No começo, ele tentou matá-las individualmente com um mata-moscas. Isto provou ser altamente ineficiente. Em seguida, ele tentou um mata-pulgas. Isto também foi extremamente ineficiente. De repente ele lembrou: ‘Não existe nada como a Ciência! A Ciência é eficiente! Com um moderno equipamento americano, eu não teria problemas em resolver isso!’. Assim, ele comprou uma lata de um material tóxico que garantia ‘matar todas as pulgas’, e ele pulverizou a casa inteira. Com certeza, depois de três dias todas as pulgas estavam mortas. Assim, ele alegremente exclamou: ‘Este spray de pulgas é maravilhoso! Isto, sim, é eficiente!’. Mas o homem estava errado. O pulverizador de pulga foi plenamente ineficiente. O que realmente aconteceu foi o seguinte: embora o spray tenha sido ineficiente, era extremamente fedorento. Por isso, ele teve que abrir todas as janelas e as*

<sup>446</sup> ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco; BORILLI, Salette P.; SHIKIDA, Cláudio; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Determinantes do Comportamento Criminoso: um estudo econométrico nas penitenciárias Central, Estadual e Feminina de Piraquara (Paraná). **Pesquisa & Debate**, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 125-148, 2006. p. 140.

<sup>447</sup> E o trabalho original de Becker permite essa possibilidade. Afinal, o Estado pode passar a manipular sua atuação como meio de modificar a perspectiva do criminoso em relação ao crime sem modificar as causas ligadas à criminalidade. Por exemplo, a variável de maior persecução (e de punição) seria eficaz quando as causas sociais de exclusão persistem: ainda com preços proibitivos, pela necessidade, a criminalidade poderia se repetir (com novos criminosos e com reincidência).

<sup>448</sup> SANTO, Ana Priscila do E.; FERNANDEZ, José Carrera. Criminalidade sob a Ótica do Presidiário: o caso da Penitenciária Lemos Brito, na Bahia. **Revista Desenhahia**, Salvador, n. 9, p. 233-258, set./2008. p. 235.

<sup>449</sup> CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade: uma avaliação crítica do modelo. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 93-110, 2008. p. 108.

*portas para ventilar. Como resultado, todo o ar frio entrou na casa, e as pobres pulgas se resfriaram e morreram.*<sup>450</sup>

Esta parte final do trabalho enfatiza a relação entre os aportes da Ciência Econômica, notadamente os realizados pela análise econômica do Direito Penal, o Sistema Político (no que tange às propostas de política criminal) e a observação jurídica (no que concerne à aplicação judicial das propostas da análise econômica).

O tema é apresentado em duas partes, cuja divisão é meramente didática, porque o texto é interconectado. A primeira parte enfatiza, a partir da matriz teórico-sistêmica, a mecânica de funcionamento do Sistema do Direito (expressão adotada como sinônimo de Sistema Jurídico), considerando suas características e relações com o ambiente do qual se diferencia. A segunda procura explicar as dificuldades sistêmicas para a aplicação da análise econômica como políticas sociais e judiciais, em especial a partir da distinção sistêmica entre Sistema Jurídico e ambiente.

Ademais, considerando o desenvolvimento da teoria jurídico-sistêmica atual, importante consignar duas observações iniciais.

Em primeiro lugar, a pesquisa não está integrada às concepções sistêmico-penais, que pretendem descrever, reinterpretar e construir um direito penal a partir da Teoria dos Sistemas. A respeito dessas concepções, há pesquisas espanholas, como, por exemplo, as de Carlos Gómez-Jara Díez e Juan Ignacio Piña Rochefort<sup>451</sup>, e as alemãs, cuja notoriedade está em Günther Jakobs<sup>452</sup> (com diversos seguidores).

---

<sup>450</sup> Tradução livre de: “*The fleas infected the entire household. At first he tried killing them individually with a fly swatter. This proved highly inefficient. Then he tried a flea swatter. This was also inefficient. Then he suddenly recalled, 'There is such a thing as science! Science is efficient! With modern American equipment, I should have no trouble at all!'. So he purchased a can of toxic material guaranteed to 'kill all the fleas', and he sprayed the entire house. Sure enough, after three days all the fleas were dead. So he joyously exclaimed, 'This flea spray is marvelous! This flea spray is efficient!'. But the man was wrong. The flea spray was actually totally inefficient. What really happened was this: although the spray was inefficient, it was highly odiferous. Hence he had to open all the windows and doors to ventilate. As a result, all the cold air came in, and the poor fleas all caught cold and died*”. In: SMULLYAN, Raymond. ***This Book Needs No Title: a budget of living paradoxes***. New York: Simon & Schuster, [1986?]. p. 08-9.

<sup>451</sup> Por exemplo, consultar os textos desses autores na obra: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). ***Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación***. Granada: COMARES, 2005. Sobre o último, ver também o sítio: < <http://www.ipinaroc.blogspot.com.br/>>.

<sup>452</sup> Ver, por exemplo: JAKOBS, Günther. ***Sociedade, norma e pessoa***: Teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. JAKOBS, Günther. ***Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal***. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. JAKOBS, Günther. ***Direito Penal do Inimigo***. Tradução de Gérlia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. ***Direito Penal do Inimigo***: noções e críticas. Organizado e traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Mesmo se tendo trabalhado com essa literatura, inclusive tendo sido citada anteriormente no corpo do trabalho, a preocupação da pesquisa se limita não propriamente em uma releitura do Direito Penal, integrando-o à perspectiva sistêmica. Ao contrário, trata-se de um trabalho de investigação a respeito das eventuais contribuições da Análise Econômica para o Direito Penal e, por via de consequência, para a teoria jurídica contemporânea. A abordagem crítica do tema é fundamentada pela Teoria dos Sistemas Sociais; não propriamente a construção de um direito penal com fundamento no sistemismo. Nesse sentido, da mesma forma, a pesquisa está relacionada com a visão sistêmica a respeito da Análise Econômica, e não sobre o Direito Penal propriamente dito<sup>453</sup>.

Em segundo lugar, em razão de a pesquisa ser realizada no âmbito da academia jurídica (pesquisa de Direito), passa a ser desnecessário em relação ao Direito Penal o mesmo desenvolvimento de contextualização efetivado em relação à observação da análise econômica (o que, de qualquer forma, fora reforçado ao longo do texto). Por esse motivo, esta parte acaba recebendo uma extensão menor em relação às demais partes do trabalho, numa proporção de três para um (notadamente, não recebe a inclusão em um capítulo próprio).

### 3.2.1 O Funcionamento do Sistema Jurídico Autopoiético

O argumento principal deste tópico, cuja presença se dá ao longo de todo o texto, e que especialmente o sustenta, se fundamenta na diferença necessária entre as observações realizadas a partir do Sistema do Direito e as demais observações possíveis (e, no caso, especialmente a da Análise Econômica do Direito Penal).

Essa diferença pode se explicada a partir da mecânica de funcionamento do sistema jurídico autopoiético (e sua relação com a Ciência Econômica – ou por intermédio do Sistema

---

<sup>453</sup> Para que o leitor possa perceber a diferença entre a pretensão do trabalho e essas perspectivas, apresenta-se o seguinte trecho da obra de Jakobs: “*La pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas*”. In: JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000. p. 11. Adiante: “*La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante.*” In: *Ibidem*, p. 28.

da Economia<sup>454</sup>), na linha das pesquisas de Leonel Severo Rocha<sup>455</sup>.

Para realizar uma aproximação do tema, é interessante discutir um exemplo.

Imagine-se algum tópico social controverso, como o do aborto. Por que há controvérsia social a respeito do tema? O trabalho assume que há controvérsia, porque há necessariamente formas diferentes de observação sobre o aborto; diferentes formas de

---

<sup>454</sup> Importante destacar: para a teoria luhmanniana existem grandes diferenças no que concerne ao Sistema da Ciência em relação ao Sistema da Economia; todavia, a presente pesquisa enfoca a maneira pela qual o Sistema do Direito se relaciona com os demais sistemas (distinção direito – ambiente). Assim, as diferenças entre a classificação como Ciência Econômica ou Sistema da Economia, não produzem diferenças significativas em relação à mecânica do Sistema Jurídico a ponto de inviabilizar uma classificação mais ampla e genérica, no sentido de enquadrar-se ambos como ambiente do Sistema Jurídico. De qualquer maneira, em relação à Análise Econômica do Direito Penal, no momento (porque essa relação ainda merece estudos posteriores), prefere-se a classificação de Ciência Econômica. Em primeiro lugar, porque, como se viu, não se trata exatamente de relação de custos monetários (exceto em relação ao âmbito político e administrativo, no qual há relevância evidente), mas a respeito da possibilidade de cômputo de alternativas. Por outro lado, para Luhmann, “*la economía es el sistema más definido dentro del conjunto de los sistemas parciales de las sociedades modernas. La economía se centra en problemas a que deben hacer frente todos los grupos humanos, entre otros, la escasez de recursos, la gestación y distribución de éstos y la garantización de la satisfacción de necesidades más allá del simple acto de consumir. En esa tarea, la economía desarrolla un código cuya base es monetaria, que distingue entre pago y no pago o entre tener y no tener.*” In: RODRÍGUEZ, Darío; ARNOLD, Marcelo. *Sociedad y teoría de sistemas: elementos para la comprensión de la teoría de Niklas Luhmann*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2007. p. 174. Nas palavras de Luhmann: “No entanto, a diferenciação de um sistema de funções específicas pela comunicação econômica é posta em movimento por intermédio da comunicação ‘dinheiro’, ou seja, pelo fato de que com a ajuda do dinheiro se pode sistematizar um certo tipo de ações comunicativas, os ‘pagamentos’.” No original: “*Tuttavia la differenziazione di uno specifico sistema di funzioni per la comunicazione economica si mette in moto tramite il medium della comunicazione denaro, cioè per il fatto che con láiuto del denaro si può sistematizzare un determinato genere di azioni comunicative, i pagamenti.*” In: LUHMANN, Niklas. *Diritto ed Economia*. Tradução provisória do mesmo título do original em alemão cujo nome do tradutor não se encontra na cópia reprográfica consultada. Cópia do material fornecido pelo Professor Leonel Severo Rocha. Em razão da ausência de acesso de outras fontes que poderia ser cientificamente citadas com a necessária segurança, essa se constituiu na única citação dessa obra. De qualquer maneira, em outras obras, Luhmann explora o assunto: “*Para que sea posible la economía en la forma de una autopoiesis propia, el derecho está obligado a llevar a cabo, de manera eficaz, su propia función; no la de la economía. En consecuencia, el derecho no puede ser parte de las mercancías que puedan comprarse, ni de los servicios que provea el sistema económico.*” In: LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: HERDER, 2005. p. 522. Da mesma forma, Teubner: “*assim, a autonomia do sistema econômico reside na auto-reprodução de actos de pagamento e a autônoma das organizações formais na auto-reprodução de decisões*”. In: TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 152. Por fim: “*El dinero, pieza fundamental del sistema económico, no existe fuera de él, no hay input ni output de dinero hacia otros subsistemas; las operaciones económicas monetarias sólo se dan en su interior.*” In: RODRÍGUEZ, Darío; ARNOLD, Marcelo. *Sociedad y Teoría de Sistemas: elementos para la comprensión de la teoría de Niklas Luhmann*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2007. p. 175.

<sup>455</sup> “Nesta linha de idéias, como se daria a auto-reprodução de um sistema, sua denominada ‘autopoiese’? Esta ocorre a partir da individualização de um modo específico de reprodução dos próprios elementos (a ‘vida’, nos organismos vivos; o ‘pensamento’ nos sistemas psíquicos; a ‘comunicação’, nos sistemas sociais...) na rede recursiva das próprias operações. Os sistemas sociais, que são o objetivo principal do argumento, tem como característica a utilização do ‘sentido’ como forma de elaboração das experiências. O sentido implica na possibilidade de atualização de uma seleção tendo em vista o horizonte de outras possibilidades de atualização a partir do que é dado. A abertura destes sistemas é permitida pela codificação da linguagem (sim/não). A codificação nada mais é do que a duplicação de todas as propostas de sentido graças a uma diferença entre sim ou não, como aceitação ou refutação.” In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 31

distinguir o tema de outros, conforme será explicado abaixo.

Por exemplo, se for perquirida a opinião de um religioso, é provável que enfrentará o tópico a partir de sua observação religiosa: como sendo algo pecaminoso e, por violar as leis divinas, deveria ser evitado. Provavelmente, embasará sua fundamentação na Bíblia ou em outra doutrina que sustente a religião. Se o questionamento recair sobre um assistente social, esse poderá sustentar que o aborto é algo necessário, em razão das consequências que um filho não planejado causa na vida das famílias. Igualmente, é provável que apresente elementos doutrinários e de pesquisa empírica capazes de corroborar a resposta. Caso fosse questionado um médico, ele poderia indicar que se trata de um problema de saúde pública, em razão do qual muitas mulheres morrem ou sofrem lesões graves. Um administrador público pode sustentar que a ausência de permissão acarreta grandes despesas médicas, em razão das mortes das mulheres ou de abortos realizados na ilegalidade. Feministas podem aduzir que se trata de um direito da mulher escolher a respeito daquilo que ocorre em seu corpo, e assim por diante.

Cada um sustentando sua resposta segundo o paradigma existente em relação à abordagem apresentada. Evidentemente, embora o fato da “profissão” não ser determinante, porque aspectos morais podem modificar a solução pessoal (daqueles sistemas psíquicos), há um “viés” na observação.

Isso ocorre porque cada um observa diferentemente; cada um observa (apenas) o que observa<sup>456</sup>. Observa o que pode observar, segundo sua constituição biológica e cognitiva<sup>457</sup>. As pessoas observam a realidade de formas diferentes, talvez de formas parciais em relação ao “mundo objetivo”<sup>458</sup>, talvez partes de uma realidade ontológica (embora não se concorde

---

<sup>456</sup> “O que quer que vejamos é só um perfil que é determinado por nossa própria posição e movimento”. In: LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. Lisboa: Vega, 2006. p. 86.

<sup>457</sup> “Se o domínio de um sistema autopoietico está determinado por sua maneira particular de autopoiese, e se todo o conhecimento é conduta descritiva, por consequência, todo conhecimento é, necessariamente, relativo ao domínio cognoscitivo daquele que conhece, e, portanto, está determinado pela sua organização.” In: MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De Máquinas e Seres Vivos**. Autopoiese: A organização do vivo. Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 116. No mesmo sentido: MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A Árvore do Conhecimento: as bases biológicas da Compreensão Humana**. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

<sup>458</sup> Como o exemplo clássico a respeito das características de uma maçã: “aos nossos sentidos, a maçã parece suave, cheirosa, doce e amarela, mas não é de maneira alguma evidente que a maçã possua de fato essas propriedades, tanto quanto é evidente que possa conter outras mais, que simplesmente nossos sentidos não captam”. In: GLASERSFELD, Ernst von. Introdução ao Construtivismo Radical. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **A Realidade Inventada: (...)**. Capinas: Editorial Psy II, 1994. p. 33. A demonstração disso, está no fato, por exemplo, de um deficiente visual ou olfativo analisar a maçã: não encontrará algumas das características indicadas pelos demais. Para Maturana, “*Ni siquiera se puede decir que existe algo como lo real, ni que*

com esta última perspectiva; mas ambas são categorias que aparecem no discurso jurídico corrente). De qualquer maneira, “nosso olhar sobre a realidade determina a própria realidade”<sup>459</sup>. Trata-se, portanto, de uma perspectiva construtivista.

Isso é espantoso, mas não deve surpreender-nos, já que “do lado de fora” efetivamente não há luz nem calor, apenas ondas eletromagnéticas; tampouco som ou música, apenas flutuações periódicas da pressão do ar; “do lado de fora” não há calor nem frio, apenas moléculas que se movem com maior ou menor energia cinética média etc. Finalmente, com toda a certeza, “do lado de fora” não há dor.<sup>460</sup>

A partir dessa percepção de muitas “opiniões” (observações/distinções) a respeito de um mesmo tópico, a pergunta natural seria: quem tem razão? Qual é a melhor perspectiva? Qual deve prevalecer? Embora intuitivamente essas são as perguntas normalmente realizadas pelas pessoas diante desse tipo de problema, para a Teoria dos Sistemas, essas são perguntas obsoletas<sup>461</sup>. É que, de fato, todas as observações podem ser, dentro de seus contextos,

---

*interpretamos la realidad. Lo que podemos decir es que el mundo en que vivimos lo configuramos en la convivencia, incluso cuando hablamos de lo interno y lo externo.”* In: MATURANA, Humberto. **El Sentido de lo Humano**. Buenos Aires: Granica, 2010. p. 30-1. Embora Maturana tenha sido citado conjuntamente com aquele (e, logo abaixo, com Foerster), deve-se ressaltar que a compreensão dele é um pouco distinta (não em um sentido de “captação” ou “interpretação” da realidade), uma vez que haveria um “desaparecimento da realidade pelo argumento de que percepção, ilusão e alucinação são a mesma coisa. (...) nós literalmente criamos o mundo no qual vivemos, vivendo-o”. In: MARCONDES FILHO, Ciro. **O Princípio da Razão Durante**: O círculo cibernético: o observador e a subjetividade. Coleção Nova Teoria da Comunicação III, Tomo III. São Paulo: Paulus, 2011. p. 90.

<sup>459</sup> RANDOM, Michel. O Território do Olhar. In: BARROS, Vitória M. de; MELLO, Maria F. de; SOMMERMAN, Américo (orgs.). **Educação e Transdisciplinaridade II**. São Paulo: TRIOM, 2002. p. 27. Em outras palavras, “não podemos ver, definitivamente, senão o que nosso território mental ou conceitual permite que vejamos”. In: *Ibidem*, p. 34.

<sup>460</sup> FOERSTER, Heinz von. Construindo a Realidade. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **A Realidade Inventada**: como sabemos o que cremos saber? Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Capinas: Editorial Psy II, 1994. p. 51. “Para ele, o mundo não se reflete em nós, ele não é verdadeiro nem falso, ele ‘é o que é’, apenas ‘está aí’ e não nos transmite nada além de meros sinais, intensidades; é o cérebro que traduz isso como cor, luz, calor etc., e o faz ‘calculando’ e de forma recursiva e autorreferencial.” In: MARCONDES FILHO, Ciro. **O Princípio da Razão Durante**: O círculo cibernético: o observador e a subjetividade. Coleção Nova Teoria da Comunicação III, Tomo III. São Paulo: Paulus, 2011. p. 20.

<sup>461</sup> Nesse sentido: “É por isso que todos os olhos, de acordo com sua própria estrutura interna, enxergam as coisas de forma diferente. Para cada ser humano, o mundo parece um pouco diferente; e a diferença nas ‘visões de mundo’ entre as pessoas em comparação com os cavalos, ou de pessoas em comparação com as formigas, é ainda maior. Mas quem vê o mundo corretamente? Por que tal visão ‘representa’ adequadamente a realidade? Essas perguntas se tornam obsoletas em teoria dos sistemas. A abertura específica sobre o ambiente é, no caso de sistemas autopoieticos, sempre um efeito da atividade interna daqueles sistemas. A complexidade externa do ambiente é reduzida através de operações sistêmicas, e essa redução é acompanhada por um aumento de complexidade sistêmica interna”. Tradução livre de: “*This is why every eye, in accordance with its own internal structure, sees things differently. To each human being the world looks slightly different, and the difference in the ‘world views’ of people as compared to horses, or people as compared to ants is even greater. But who sees the world correctly? Why ‘represents’ it more adequately? These questions become obsolete in systems theory. The specific openness towards the environment is, in the case of autopoietic systems, always an effect of the internal activity of those systems. The external complexity of the environment is reduced by systemic operations,*

justificadas (e, note-se que apenas citamos os sistemas psíquicos, quando, na verdade, muitos outros podem ser construídos, como uma organização pró/contra aborto, etc.), uma vez que cada sistema cria sua própria realidade (e, por isso, sua própria perspectiva de observação sobre o mundo). O importante, todavia, é que não podem ser assimiladas todas ao mesmo tempo pelo sistema social<sup>462</sup>.

A diferença de observações, decorrem da diferença “interior/exterior” existente em cada tipo de sistema: apenas são possíveis porque cada sistema possui uma mecânica de funcionamento interno diferenciada, o que significa obrigatoriamente haver uma distinção “dentro/fora”. Essa diferença recebe o nome de “fechamento operacional”<sup>463</sup>: significando que o Direito “opera recursivamente”<sup>464</sup>, “baseando-se em sua própria positividade” (“carácter fechado, circular e recursivo da organização dos processos auto-reprodutivos de um sistema”<sup>465</sup>). Em outras palavras, nada no exterior pode influenciar a organização interna de funcionamento.

Consequentemente, há uma distinção entre um “si” (sistema) e um “ambiente” (tudo que não se encontra dentro do sistema, o que pode integrar outros sistemas)<sup>466</sup>. No caso, há

---

*and this reduction is accompanied by an internal increase of systemic complexity*”. In: MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann Explained: from souls to systems**. Chicago: Open Court, 2006. p. 18.

<sup>462</sup> ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Perícias Técnicas, Decisões Jurídicas e Gestão em Sistemas Setoriais no Contexto dos Novos Direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (coord.). **Direito Ambiental e Autopoiese**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 199.

<sup>463</sup> “O Direito é visto como um sistema comunicativo que produz normas de conduta tanto para suas próprias operações quanto para a sociedade em geral. Como tal, é fechado no sentido de que não pode produzir nada a não ser Direito e também no sentido de que suas operações são impermeáveis a comunicações diretas de outros sistemas sociais.” In: KING, Michael. A Verdade Sobre a Autopoiése no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiése no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 88. Complementando, o seguinte exemplo de Luhmann: “*Hacia finales del siglo XVIII el nuevo concepto de Constitución proporciona al sistema jurídico la fórmula de clausura y, desde entonces, el derecho natural sirve como fundamento secundario (más o menos superfluo) de aquello que la Constitución fija como ley. El problema del derecho convertido en sistema autónomo es su positividad, i.e., su autofundamentación. La relación entre enmienda y no enmienda del derecho debe tratarse dentro del derecho. Si se concede a la política la competencia para modificar al derecho, esto sucede en la forma de un organismo competente reconocido por el derecho y reservándose el derecho de control en el sistema de derecho*”. In: LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: HERDER, 2007. p. 773-4.

<sup>464</sup> ROCHA, Leonel Severo. A Produção Sistêmica do Sentido do Direito: da semiótica à autopoiése. In: MORAES, José Luis Bolzan; STRECK, Lênio Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos, São Leopoldo, n. 6, p. 165-186, 2010. p. 177.

<sup>465</sup> As duas citações são de: TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 02 e 33, respectivamente.

<sup>466</sup> “*hay necesidad de clarificar que sistema y entorno, en cuanto que constituyen las dos partes de una forma, pueden sin duda existir separadamente, pero no pueden existir, respectivamente, uno sin el otro. La unidad de la forma permanece presupuesta como diferencia, pelo la diferencia misma no es fundamento de las operaciones*”. In: GEORGI, Raffaele de; LUHMANN, Niklas. **Teoría de la Sociedad**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 37. Segundo Rocha: “Quando falamos em condição constitutiva paradoxal dos sistemas sociais entendemos, então, que estes sistemas usam sua própria

uma diferenciação entre o funcionamento do Sistema Jurídico em relação aos demais sistemas, dentre os quais se enquadra a Ciência Econômica e seus instrumentos<sup>467</sup>. Em princípio, não há centralidade e hierarquia, “(...) porque não há nenhuma função que predomine sobre as outras na sociedade, isto é, a economia sobre o direito, o direito sobre a política, a ética sobre a ciência, a ciência sobre a religião, etc.”<sup>468</sup>.

Ressalta-se, no exemplo do aborto não se questionou a respeito da observação dos juristas. Isso, porque, como o trabalho normalmente será lido por pessoas ligadas ao Direito, a tendência da resposta seria exatamente aquela que nesse âmbito é vista como a resposta do Sistema Jurídico (seja qual for; única ou não). Inclusive, a resposta corresponderia à percepção individual do leitor a respeito do assunto, e não propriamente do Sistema Jurídico. Os juristas, como os demais, racionalizam segundo a mecânica que determina o seu sistema de domínio. E os economistas também.

Exemplo interessante para pensar o fenômeno da diferença de observação é encontrado na literatura da Análise Econômica e aparece também representado no texto de Hilbrecht<sup>469</sup>. Trata-se do caso da aplicação da Teoria dos Jogos<sup>470</sup> ao problema social do sequestro (embora outros exemplos já tenham sido apresentados no trabalho e outros ainda poderiam ser utilizados).

Ao pensar uma possível solução para evitar que sequestros ocorram, a teoria dos jogos, em linhas gerais, inicia estabelecendo uma ordem lógica e decrescente de preferências entre os agentes envolvidos. Por exemplo, para a família da vítima a ordem de preferências

---

diferença sistema/ambiente para se constituírem como sistema. O direito descreve o que é, indicando aquilo que ele não é”. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 33.

<sup>467</sup> “Como quiera que sea, la división de los sistemas impide una transposición automática de la óptica económica en el derecho (a pesar de todas las teorías acerca del ‘análisis económico del derecho’). LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: HERDER, 2005. p. 535.

<sup>468</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma Teoria da Organização da Decisão Jurídica Autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 193-213, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://www.unisinon.br/revistas/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>>. Acesso em: 15 fev. 2013. p. 210.

<sup>469</sup> HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. Capítulo 04, p. 115-138.

<sup>470</sup> “A Teoria dos Jogos é um ramo recente e cada vez mais importante da teoria da escolha racional, enfatizando a interdependência das decisões”. In: ELSTER, Jon. **Marxismo, Funcionalismo e Teoria dos Jogos**. Tradução de Regis de Castro Andrade. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 17, p. 163-204, jun./1989. p. 183. Texto analítico a respeito do tema e que apresenta os conceitos básicos, ver: CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 59, p. 213-234, abr.-jun./2007. Sobre o assunto, consultar: DIXIT, Avinash; SKEATH, Susan; REILEY, David. **Games of Strategy. International Edition**. New York: W. W. Norton & Company, 2009.

estabeleceria aproximadamente: a não ocorrência do sequestro; se ocorrer, seria melhor o pagamento do resgate a ter o parente executado. Após o pagamento, qualquer ato deixa de depender da decisão da família – em princípio –, porque a devolução do parente consiste em um fato unicamente dependente dos sequestradores. No caso dos sequestradores, por sua vez, a ordem seria esta: sequestrar e receber o resgate; e, se não forem receber o resgate, é melhor não sequestrar (porque não alcançariam o objetivo e ainda poderia ser necessário assassinar a vítima, gerando um grande custo jurídico).

Na percepção dessa teoria, trata-se de um jogo sequencial, que iniciaria com a ação dos sequestradores, forçando uma escolha da família, que forçaria outra decisão dos sequestradores, e assim por diante. Nesse contexto, havendo a opção dos sequestradores em realizar o ato e efetivamente sendo aquele realizado, a melhor decisão para a família seria o pagamento do resgate. Afinal, uma vez ocorrendo o sequestro, a melhor opção disponível para a família é pagar pelo resgate (o que gera um equilíbrio de Nash<sup>471</sup>, na linguagem dos jogos, porque ambos se encontram na melhor opção considerando a opção tomada pelo outro).

Considerando, portanto, que a sociedade não deseja o sequestro e pretende estabelecer meios para evitá-lo, passa-se a investigar eventuais consequências da modificação das variáveis envolvidas; ou seja, em pensar modificações na situação fática, de maneira a gerar estímulos e desestímulos que poderiam alterar a dinâmica:

Para mudar o equilíbrio do jogo, a sociedade pode coletivamente remover a opção de cada família de pagar o resgate, estabelecendo um compromisso crível por meio

---

<sup>471</sup> “As duas opções, (...) tem a propriedade de ser cada uma a melhor resposta para a ação escolhida pelo outro. Se fossem fazer essas escolhas, ninguém gostaria de mudar para alguma possibilidade diferente daquela escolhida. Por definição, em um jogo não-cooperativo, os jogadores estão fazendo suas escolhas de forma independente, por isso, essas alterações unilaterais são tudo o que cada jogador pode contemplar. Uma vez que ninguém quer fazer uma mudança, é natural chamar-se esse estado de coisas de equilíbrio. Este é exatamente o conceito de equilíbrio de Nash. Para indicá-lo de maneira mais formal, um equilíbrio de Nash considera uma lista de estratégias possíveis, uma para cada jogador, de forma que nenhum jogador pode obter um melhor resultado ao mudar sua decisão para alguma outra estratégia que esteja disponível a si, enquanto todos os outros jogadores aderirem a diversas estratégias específicas para eles próprios, e previstas na lista”. No original: “*The two choices, (...) have the property that each is the chooser's best response to the other's action. If they were making these choices, neither would want to switch to anything different on her own. By definition of a noncooperative game, the players are making their choices independently; therefore such unilateral changes are all that each player can contemplate. Because neither wants to make such a change, it is natural to call this state of affairs an equilibrium. This is exactly the concept of Nash equilibrium. To state it a little more formally, a Nash equilibrium in a game is a list of strategies, one for each player, such that no player can get a better payoff by switching to some other strategy that is available to her while all the other players adhere to the strategies specified for them in the list*”. In: DIXIT, Avinash; SKEATH, Susan; REILEY, David. **Games of Strategy**. International Edition. New York: W. W. Norton & Company, 2009. p. 30. No mesmo sentido, ver: BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994. p. 21.

da criação de legislação AS [antissequestro], que deve ser observável (de conhecimento público), fácil de entender e irreversível (pela firme disposição das autoridades em fazê-la cumprir). Por exemplo, esta legislação pode tornar indisponíveis os bens e contas bancárias dos familiares e amigos mais próximos e torná-los legalmente cúmplices dos sequestradores caso a polícia não seja imediatamente avisada ou houver negociações com os sequestradores<sup>472</sup>.

A proposta considera obstaculizar o pagamento do valor do resgate, alterando o ponto de equilíbrio do jogo (antes estabelecido pelo pagamento no caso de haver o sequestro): como os sequestradores potencialmente não receberão o sequestro, não teriam o estímulo para tomar uma decisão por realizá-lo. Isso, porque a noção de “jogo” se orienta pela atuação de diversos indivíduos que tomam decisões levando em consideração as decisões dos demais ou, no mínimo, as expectativas em relação à atuação dos outros (em interação, ou seja, ajustada em relação ao comportamento dos demais).

Nesse contexto, “a legislação pode alterar o jogo de forma a induzir a um novo equilíbrio e, em consequência, tem importante valor estratégico”<sup>473</sup>.

Se fosse utilizada uma análise econômica (teórica) típica:

O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atractiva do que se não o é. A lei pode, assim ser pensada como um sistema de incentivos e analisar os efeitos de diferentes sistemas de incentivos é uma das grandes preocupações dos economistas. Este tipo de questões corresponde à *análise positiva* do direito. Já o segundo tipo de questões corresponde à análise normativa, que decorre da preocupação dos economistas com a eficiência. Diferentes sistemas de incentivo, e portanto diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes: **um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos legislativos mais eficientes a enquadramentos legislativos menos eficientes.**”<sup>474</sup> (grifou-se)

A questão, contudo, é que, inobstante a questão do raciocínio causa-consequência, que pode não se confirmar (e pode-se imaginar o caso de alguém que tenha dinheiro não contabilizado ou tivesse numerário guardado em um cofre acessível<sup>475</sup>), essa proposta imbuída de um raciocínio econômico não é determinante para o Sistema Jurídico, exatamente em razão do fechamento operacional do sistema autopoietico.

<sup>472</sup> HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 137.

<sup>473</sup> HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 137.

<sup>474</sup> RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007. p. 34.

<sup>475</sup> E nesse tipo de hipótese as consequências poderiam ainda ser mais graves socialmente: se o valor for pago e, ainda assim a vítima não fosse devolvida, como ficaria a situação da família que realizou o pagamento e ainda perdera seu ente querido? Essa é apenas uma possibilidade dentre diversas outras.

Essa afirmação não é relativa, sendo aplicável a todas as propostas discutidas, como o caso dos mercados ilegais de prostituição, a repressão dos consumidores de drogas ilícitas, etc. Para a Teoria dos Sistemas Sociais, essas seriam uma forma de observação. No caso, observações decorrentes do Sistema da Economia ou da Ciência (Ciência Econômica), dependendo da ênfase dada ao problema<sup>476</sup>.

Essas observações não são aplicáveis imediatamente ao Sistema do Direito, como grande parte dos críticos imaginam. Em primeiro lugar, o Sistema do Direito trabalha de uma maneira própria e autorreferencial (com um código, uma programação, uma lógica). Em outras palavras, o critério de julgamento do Direito encontra-se colocado dentro do próprio Direito, sendo “racionalizado” conforme as suas próprias estruturas impõem<sup>477</sup>.

Isso é demonstrável da seguinte maneira: imaginando-se que as propostas antissequestro sejam acolhidas pelo Sistema Político e se tornem atos normativos (como uma lei, por exemplo), isso simbolizaria o ingresso dessa comunicação no Sistema do Direito, o qual, a partir desse momento, ira processá-la segundo sua própria autopoiese. É por intermédio da autopoiese, que “o direito constrói sua própria realidade através de suas próprias operações”<sup>478</sup>.

---

<sup>476</sup> Esse ponto é controvertido no seguinte sentido: pode-se conceber a Análise Econômica do Direito como uma observação intra-sistêmica do Direito ou intra-sistêmica da Ciência Econômica, segundo o qual cada um deles reproduziria dentro do seu próprio sistema (à sua maneira) a percepção que possui do outro sistema a respeito do tema. Assim, pode-se fazer Análise Econômica do Direito no Direito e/ou na Ciência Econômica. De qualquer forma, independentemente de qual sistema realize a análise econômica, sempre a reconstrução do outro é “parcial” no sentido de que não é efetivamente a percepção do outro; mas a percepção sobre o outro. Sobre isso, ver: TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 159 e ss.

<sup>477</sup> “*El sistema jurídico, por ejemplo, como tal, no es ni la totalidad de los actos jurídicos acontecidos, ni un conjunto de normas, ni una jerarquía formal: es el modo como el derecho se puede crear únicamente a partir del propio derecho.*” In: AMADO, Juan Antonio García. *Sociología Sistémica y Política Legislativa*. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: COMARES, 2005. p. 150. Daí, porque, em certos casos, “as empresas ‘entendem’ as normas jurídicas não como preceitos normativos válidos, que exigem obediência incondicional. Pelo contrário, o mundo da economia percebe as normas jurídicas de forma extremamente seletiva e a reconstrói em um contexto de significado totalmente diferente. Os sinais jurídicos são reinterpretados conforme a lógica interna do mercado concreto e da empresa concreta.” In: TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 213-4.

<sup>478</sup> ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52. Isso ocorre por intermédio de três principais aspectos: “1. Auto-produção de todos os componentes do sistema 2. Auto-manutenção dos ciclos de auto-produção através de uma articulação hipercíclica, e 3. Auto-descrição como regulação da auto-reprodução.” In: TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 52. Seguindo, “Autonomia jurídica abrange, assim, não apenas a capacidade do direito para criar os seus próprios princípios, mas também a sua capacidade de auto-constituição de acções jurídicas, a juridificação dos processos e a ‘invenção’ de institutos jurídicos-doutrinários” In: *ibidem*, p. 72.

Nesse contexto, ao contrário de o problema estar definitivamente solucionado (como o senso comum pressupõe quando uma lei é promulgada – no caso do exemplo do programa televisivo sobre a “impunidade” acima debatido), ingressa-se em um novo âmbito de discussão. Afinal, qualquer jurista realizaria – deveria fazê-lo, incluindo todo o tipo de profissional que labora com o Direito - um questionamento inicial a respeito da constitucionalidade da lei e das possibilidades de compatibilizar sua interpretação ao paradigma jurídico vigente<sup>479</sup>. Isso também é sintomático quando se percebe que uma pessoa que trabalha com o Direito (como um juiz, advogado, promotor, pesquisador, professor, etc.) provavelmente não oferecia a mesma proposta de vedação de pagar-se o valor do resgate<sup>480</sup>.

Cada sistema observa o seu ambiente de maneira distinta. E, por isso, a observação a

---

<sup>479</sup> “Na lógica sistêmica, a legislação é, de fato, um órgão periférico do sistema jurídico, situada na fronteira com o sistema político. Sua função é de ‘acomodação’ (no sentido piagetiano) ou filtragem da irradiação constante proveniente do sistema político e que irradia pelo sistema jurídico”. In: CLAM, Jean. *A Autopoiese no Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: 2005. p. 134. Teubner explica essa relação de uma maneira didática: “o direito legislado apenas adquire validade através do acto de decisão judicial, cuja validade apenas pode resultar da referência ao primeiro. (...) Doutrina e processo devem ser constituídos de modo a referir-se simultaneamente a actos jurídicos, por um lado, e a normas jurídicas, por outro.” In: TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 87-8. Apenas para exemplificar com o discurso de outro autor a respeito do papel que a doutrina jurídica exerce: “Doutrinas são metodicamente preparadas porque os juizes, os ligantes e demais participantes do processo legal precisam de recursos para interpretar e especificar o significado das normas. Por outro lado, as doutrinas também servem de base para o questionamento dos comandos da lei. Nascida para servir à certeza jurídica, a exatidão se torna capturada por um modo de julgar mais sensível.” In: NONET, Philippe; SELZNIVK, Philip. **Direito e Sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 138.

<sup>480</sup> E esse raciocínio é aplicável para todos os sistemas. Por exemplo, não se enfatizou ao longo do texto a diferenciação entre a utilização dos instrumentos da Ciência Econômica se dar por juristas ou por economistas. Esses, também são sistemas (psíquicos), para os quais cada um possui um ambiente específico, sobretudo em relação ao Sistema do Direito, que é o objeto da pesquisa. Assim, como um jurista não constitui o Sistema do Direito, porque este é constituído por comunicação, não há diferenciação importante entre o fato de a análise econômica ser realizada por um jurista ou por um economista. Há, sim, diferenciações relevantes no que concerne aos sistemas psíquicos entre si, porque, como se demonstrou, cada um, em razão das informações que possui, realizará uma observação diferenciada. Entretanto, de qualquer forma, tanto o jurista quando o economista deverão fazer suas propostas ingressarem no sistema jurídico, momento a partir do qual não há efetivo controle dos resultados, como se verá. Nesse sentido: “*Un ejemplo: la juridicidad de un acto (acto que, como dato fáctico, psicológico, etc., es externo al sistema jurídico) sólo puede establecerse dentro del sistema jurídico sobre la base de actos jurídicos anteriores, de los elementos previos de ese sistema; una vez sentada esa juridicidad, ese acto será un nuevo elemento del sistema, condicionante de la juridicidad de los actos siguientes que se le sometan. Por tanto, la clausura autorreferencial de los sistemas es la ‘forma de extender los contactos posibles con el medio’. El medio es el desencadenante de los cambios estructurales del sistema, pero lo que cada sistema recibe de su medio no es un impulso causal sin participación de del sistema mismo, sino una ‘resonancia’ (resonanz), subsiguiente a la producción de un cambio en ese medio pero en cuanto percibido por el sistema con arreglo a sus claves propias. Los cambios en el medio son meros ‘datos’ que, en cuanto tales, no significan nada en el sistema. Para éste, sólo son relevantes como ‘información’, pero es el sistema mismo el que determina el valor informativo de los datos que asume.*” In: AMADO, Juan Antonio García. *Sociología Sistémica y Política Legislativa*. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: COMARES, 2005. p. 151.

respeito do telejornal ter entrevistado um órgão do Ministério Público a respeito da “impunidade” no trânsito, e não qualquer outra pessoa, um grupo, uma organização. Muito provavelmente, outras respostas poderiam ser encontradas, embora se reconheça que o Sistema Jurídico, em razão do seu sentido normativo (de estabilização das expectativas sociais), pode aparentar (ou efetivamente) deter um maior grau de importância. Assim, por exemplo, talvez um psicólogo indicasse também a necessidade de modificar a lei (de qualquer forma, a modificação poderia ser diferente daquela proposta por um promotor de justiça).  
 Todavia,

A seleção passa a ser governada por processos jurídicos internos mais do que pela aceitação social exterior, e os principais critérios de seleção passam a ser o da adaptabilidade da inovação às estruturas normativas existentes (programas jurídicos) e o da sua compatibilidade com a autopoiesis jurídica (código jurídico).<sup>481</sup>

Deve-se destacar, cada sociedade pode ser vista como um sistema social diferente e, conseqüentemente, a proposta antissequestro poderia ser reconhecida como juridicamente adequada em determinado paradigma jurídico vivenciado em outro país (ou no Brasil, se houvessem modificações no Direito capazes de romper com o paradigma atual – se fossem dogmaticamente possíveis).

Na mesma linha do exemplo do sequestro, a legislação brasileira, por intermédio do artigo 28<sup>482</sup>, da Lei Federal n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, não contempla penas de

---

<sup>481</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 118-9.

<sup>482</sup> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

prisão para usuários de drogas.

Nessa hipótese, há no Brasil uma diretiva jurídica a respeito do usuário de drogas, especialmente quando se considera que antes de tal modificação legislativa havia a possibilidade de constrição corporal e que atualmente o paradigma jurídico<sup>483</sup> reconhece essa nova legislação por intermédio de decisões judiciais, por exemplo. Em outras palavras, além da modificação legal propriamente dita, essa tem sido reconhecida como juridicamente adequada pelo próprio Sistema do Direito, por intermédio de decisões judiciais.

Atualmente, portanto, o Direito brasileiro não autoriza a pena de prisão, diversamente de outros países. Inclusive, como visto, segundo Levitt e Dubner, são exatamente os usuários os fomentadores do mercado ilícito, os quais, segundo os autores, deveriam receber maior atenção penal. Assim, no atual paradigma jurídico brasileiro, não há como se sustentar juridicamente um reforço na penalização dos usuários de drogas, pelo menos no atual estágio de evolução (o qual, em razão da dinâmica dos sistemas, não é estático). Eventualmente, alguma nova conjuntura legislativa poderia buscar retroceder para o modelo antigo, o que provavelmente geraria considerável controvérsia jurídica<sup>484</sup>. Por exemplo, em razão da conjugação da diretriz atual com uma política judicial ou social, seria plenamente sustentável a rejeição de um retorno ao estado legislativo anterior. Mas essa discussão apenas ocorreria no Sistema Jurídico quando esse laborasse por intermédio de suas estruturas (ainda que antes da mudança legislativa).

Igualmente aos exemplos anteriores, ainda que a pena de multa seja economicamente mais eficiente, contrariando parcialmente a proposta de Becker e de outros, é muito provável que o paradigma jurídico nacional a rejeitasse como punição exclusiva para delitos como o

---

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7<sup>o</sup> O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

<sup>483</sup> “Ou seja, pode-se ter expectativas sobre o que se fará, mas há um tipo de expectativa que já tem o sentido dado no passado, por meio da lei, que, na realidade, e um conjunto de expectativas institucionalizadas que dizem como a sociedade pode esperar que os outros se comportem. Isso é lei e é algo do passado. Portanto, a lei é passado. O jurista, por sua vez, trabalha com o passado.” In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 194.

<sup>484</sup> “Nesta ótica, o direito como sistema autopoietico mediante a operação de comunicação deve se auto-observar. A observação e auto-observação são, portanto, atividades próprias do sistema. A cada distinção é consentido observar apenas aquilo que esta mesma distinção permite que seja observado. (...) A auto-observação é uma operação que é, de um lado, um produto do sistema, na medida em que constitui uma operação deste e, de outro lado, um pressuposto da autopoiesis do sistema, na medida em que influi no desenvolvimento posterior desta.” In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 32-3.

estupro. Embora o raciocínio por intermédio do instrumental econômico seja reconhecidamente válido, desconsidera duas circunstâncias relevantes.

A primeira está no fato de que socialmente há um valor diferente para as penas de prisão e de multa, conforme discutido. Ambas não possuem um valor equivalente, no que tange à percepção social de punibilidade: a prisão representa uma manifestação inequívoca de pena, enquanto a multa pode ter um caráter dúbio<sup>485</sup>.

A prisão, “por conta disso, faz mais do que fazer um infrator sofrer, porque condena seus atos como moralmente errados”<sup>486</sup>. Ela, no imaginário, concede uma demonstração inequívoca de violação das normas legais (e sociais) regentes da sociedade. Isso é sensível especialmente nos crimes com forte conotação de violência, como estupro, latrocínio, etc. Para esses casos, politicamente, a sociedade tende a não aceitar a punição pecuniária, sobretudo como penalidade exclusiva. A pena de multa, como estudou Cooter, pode demonstrar não apenas uma punição, mas como um preço para seus observadores: no sentido de um preço a ser pago pelo cometimento da infração<sup>487</sup>.

Assim, embora também cause um sofrimento ao agente (porque pode ficar pobre em decorrência da multa), socialmente pode significar nada mais que um custo pelo cometimento da infração, não servindo como substituto adequado para o encarceramento. Inclusive, subjetivamente, é muito distinto pensar em “pena” e em “preço”, sendo que aquela demonstra inequivocamente a desaprovação de um ato, enquanto esta não o desaprova, apenas impõe um custo<sup>488</sup>. Consequentemente, se a multa não tiver alguma outra característica capaz de

<sup>485</sup> Ver: KAHAN, Dan M. *What Do Alternative Sanctions Mean?* In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 77.

<sup>486</sup> No original: “*Punishment, on this account, does more than make an offender suffer; it condemns his acts as morally wrong.*” In: *Ibidem*, p. 105. Posner também comenta essa possibilidade. Ver: POSNER, Richard A. *An Economic Theory of Criminal Law*. In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). *Economics of Criminal Law*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 152.

<sup>487</sup> Hart também percebera isso: “Uma punição por um crime, como uma multa, não tem o mesmo significado de um tributo fixado sobre determinada conduta, embora ambos envolvam instruções dadas às autoridades para que inflijam a mesma perda pecuniária. O que distingue essas ideias é que a primeira envolve, ao contrário da segunda, um delito ou uma infração do dever, sob a forma da infração de uma norma erigida para orientar a conduta dos cidadãos comuns. É verdade que essa distinção normalmente clara pode ser obnubilada em certas circunstâncias. (...) Por outro lado, as multas a serem pagas por alguma infração penal podem tornar-se, devido à desvalorização da moeda, tão pequenas que são pagas despreocupadamente. Sente-se talvez que são ‘simples tributos’, e as infrações são frequentes exatamente porque, nessas circunstâncias, perde-se a percepção de que a norma tenciona, como a maior parte do direito penal, ser levada a sério como padrão de comportamento.” In: HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 53.

<sup>488</sup> COOTER, Robert. *Prices and Sanctions*. *Columbia Law Review*, v. 84, p. 1.523-1.560, jun./1984. p. 1.552. E, como consequência, a percepção de uma multa como sanção gera um forte impacto inicial nos comportamentos, porque os agentes percebem a ação como proibida (e não deve ser realizada). Entretanto, tendencialmente, mudanças na quantidade da multa ou na frequência de sua aplicação tendem a gerar menores

conceder um sentimento de punição (ser equivalente à prisão), dificilmente é aceita como um substituto, na linha pensada por Becker. Como discutido, pesquisas e informação à sociedade e à comunidade jurídica podem modificar essa diferença entre a prisão e às demais penalidades criminais, gerando uma adequação de proporcionalidade entre os fatos e as medidas capazes de dissuadir os agentes (embora se aceite que dificilmente a pena de prisão poderia ser integralmente descartada, uma vez que a doutrina reconhece nela outras características não apenas de ressocialização).

A segunda, decorrência da primeira, está no fato de essa perspectiva não ser necessariamente considerada adequada pelo Sistema Jurídico. Em primeiro lugar, se o crime envolver violência à pessoa, o Sistema do Direito pode não reconhecer a suficiência de uma multa como meio de punição: a pena pecuniária talvez fosse insuficiente para garantir a proteção do bem jurídico tutelado (proteção insuficiente), se considerada a perspectiva de “bem jurídico”. Por outro lado, ainda que a pena de multa pudesse ser sustentada em razão de sua maior eficiência (e outros argumentos), não poderia ser aceita no Brasil (ainda que isso possa não ser preocupação em outros países) em razão da evidente discriminação em razão da riqueza que ela acarreta: se o condenado fosse alguém rico que pudesse pagar a multa, esse não seria preso; enquanto na hipótese de o condenado ser pobre, acabaria encarcerado. E seria possível apresentar outros argumentos jurídicos para demonstrar que essa proposta não seria juridicamente viável, embora aos olhos de um raciocínio econômico pudesse ser integralmente adequada (porque a perspectiva de análise ligada à concepção de custo; assim, quem tiver capacidade econômica paga). Talvez um maior número de pesquisas e de reflexões pudesse encontrar uma forma de superar essa dificuldade, a qual, deve ser ressaltado, não tem elidido o reconhecimento do pagamento como meio de extinção da punibilidade em relação a alguns crimes, especialmente nos crimes fiscais (sonegação, por exemplo), como já comentado. De fato, esse tipo de perspectiva é interessante, porque, se a finalidade da norma penal está em garantir que os tributos sejam adequadamente recolhidos, se forem efetivamente pagos, não haveria motivo (exatamente como tem sido reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal) para o prosseguimento de uma ação penal. Esse tipo de raciocínio, inclusive, deveria ser ampliado para outros tipos penais (talvez para o exemplo

---

impactos nos comportamentos futuros (demanda menos elástica). Ao contrário, preços sempre geram modificações (porque, para cada valor a ser pago, há um montante específico de comportamento), tendo maior elasticidade. Assim, Cooter sugere que em alguns casos deve-se refletir se o melhor é criar um preço ou estipular uma sanção de multa.

dos crimes de porte ilegal de armas e de munição).

De qualquer forma, a organização autopoietica do Direito não permite transacionar diretamente diferentes tipos de comunicação (de fora para dentro do sistema), sob pena de o próprio Sistema Jurídico se decompor (podendo integrar outro sistema, ou outras possibilidades logicamente viáveis). Todos esses exemplos demonstram claramente a separação entre o Sistema Jurídico e o seu ambiente, de forma que não há um relacionamento direto entre o “interno” e o “externo”. Isso significa que uma proposta de análise econômica, quer proveniente de um sistema psíquico conhecedor de economia, quer de um sistema psíquico conhecedor de direito, não ingressam automaticamente no Sistema Jurídico, a menos que sejam reconhecidos como informação pelo próprio sistema<sup>489</sup>. Perceba-se, por exemplo, que, independentemente da extinção legal do encarceramento de usuários de drogas, é comum ouvir-se discursos de juristas sugerindo a necessidade de voltar a prendê-los: a solução do Sistema Jurídico, portanto, não é a solução dada por juristas, porque essas comunicações também necessitam ser processadas (podendo ser rejeitadas).

De qualquer forma, o fechamento sistêmico não significa que o Direito esteja alienado, isolado, mantendo-se com os “olhos” virados unicamente para si mesmo. A própria evolução histórica do Direito, especialmente ligada ao fenômeno de constitucionalização e de democratização (dentre outros), intuitivamente demonstram a ausência de um isolacionismo. O Direito se modifica, e de maneira constante.

De fato, o Sistema do Direito é aberto cognitivamente<sup>490</sup>, porque está “aberto” ao seu ambiente<sup>491</sup>, necessitando constantemente processar resultados de observações realizadas (o

---

<sup>489</sup> Nas palavras de Jean Clam, “Por tudo isso, verifica-se o princípio da inacessibilidade do Direito a todo tipo de estimulações, irritações ou ações brutas – tanto que elas não são transformadas em operações internas do sistema”. In: CLAM, Jean. *A Autopoiese no Direito*. In: ROCHA, Leonel Severo; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: 2005. p. 119.

<sup>490</sup> “(...) em abertura cognitiva, o direito se relaciona com significados sociais, valores sociais e construções da realidade através de uma variedade de formas, no contexto de um sistema auto-referencialmente fechado as incursões nesse domínio são sempre levadas a cabo sob reserva de uma integração normativa. O conteúdo normativo dos elementos integrados é produzido dentro do próprio sistema jurídico por intermédio de normas constitutivas de referência, ficando assim essas ‘incursões sociais’ sempre sujeitas à respectiva reformulação jurídica.” In: TEUBNER, G. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 75.

<sup>491</sup> “*El sistema está cerrado exclusivamente en relación a la utilización de la distinción entre conforme a Derecho y contrario a Derecho, es decir, en relación a la comunicación normativa. El sistema jurídico no está cerrado en relación de los específicos intereses, razones e intenciones de los que movilizan el código jurídico para sí mismos. Es evidente que el sistema jurídico no está cerrado tampoco en relación a los cambios legislativos. (...) en otras palabras – y este es el punto central – el sistema jurídico nunca está cerrado en cuanto al contenido*”. In: KARGL, Walter. *¿Sociedad sin Sujetos o Sujetos sin Sociedad? Una Crítica a la Crítica contra la Concepción Sociológica del Derecho como Sistema Autopoietico*. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: (...)**. Granada: COMARES, 2005. p. 64

que se dá por intermédio de sua própria programação e código - Direito/não-Direito; Lícito/Ilícito<sup>492</sup>), gerando uma evolução.

Note-se que, sendo para Luhmann a sociedade formada por comunicação<sup>493</sup>, essa comunicação acaba sendo processada de alguma maneira:

*Esto es válido aun (y precisamente) cuando (...) estas operaciones sean observaciones o bien operaciones cuya autopoiesis exija una autoobservación. Las observaciones sólo pueden actuar sobre las observaciones, sólo pueden transformar distinciones en otras distinciones; con otras palabras, pueden únicamente procesar informaciones. Pero no pueden alcanzar cosas del entorno – con la excepción (muy importante y estrecha) de todo lo que queda implicado en el acoplamiento estructural. Pero los sistemas que observan tampoco existe en el plano de su operar ningún contacto con el entorno. Toda observación del entorno debe realizarse en el mismo sistema como actividad interna con ayuda de distinciones propias – para las que no existe en el entorno ninguna correspondencia. De otra manera no tendría sentido hablar de observación del entorno. Toda observación del entorno presupone la distinción (autorreferencia/heterorreferencia), que puede hacerse sólo en el mismo sistema (¿Dónde más?). Esto permite al mismo tiempo entender que toda observación del entorno estimula la autoobservación, y toda distancia ganada respecto del entorno trae consigo la pregunta por la propia identidad – por el sí mismo. Dado que sólo puede observarse mediante distinciones, un lado de la distinción alimenta – por así decirlo – curiosidad, por el otro, estimula cruzar (...) la línea fronteriza señalada por la forma ‘sistema/entorno’. Esta distinción de (contato-con-el-entorno/heterorreferencia-capaz-de-enlace-sólo-interna) queda sin considerarse – tanto en los sistemas de conciencia como el los de comunicación – en la observación de primer orden. Todas las huellas de la clausura operativa se borran. Los sistemas de conciencia no saben nada acerca de las condiciones en las que trabajan sus cerebros aunque piensan con la ‘cabeza’. Los sistemas de comunicación no saben que las comunicaciones hacen contacto únicamente con otras comunicaciones. Los sistemas operan, por consiguiente, bajo ilusión de contacto con el entorno – por lo menos mientras sólo qué observan y no cómo observan. Las experiencias de resistencia y de no-arbitrariedad de los resultados de la operación se registran como si fueran algo externo – proporcionando así un mundo al cual hay que adaptarse.<sup>494</sup>*

<sup>492</sup> Sobre as possibilidades de tradução do original escrito por Luhmann (alemão), ver nota do tradutor na seguinte obra: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: HERDER, 2005. p. 81.

<sup>493</sup> “La sociedad es un sistema comunicativamente cerrado: produce comunicación. Su dinámica consiste en que la comunicación actúa sobre la comunicación y, en este sentido: transforma permanentemente las distinciones e indicaciones actuales, pero no configura nunca el entorno exterior: hablando no pueden acomodarse las cosas, pensando no pueden alejarse ni cambiarse. Resulta, entonces, que la sociedad es un sistema determinado total y exclusivamente por sí mismo. Todo lo que se determina como comunicación tiene que determinarse por medio de la comunicación. Todo lo que se experimenta como realidad resulta de la resistencia que opone la comunicación a la comunicación, y no de que el mundo externo (ordenado y existente, de alguna manera) se imponga. (...) Como sistema de comunicación, la sociedad sólo puede comunicar dentro de sí misma, aunque no consigo misma ni con su entorno. Produce su unidad realizando operativamente comunicaciones al reiterar y anticipar recursivamente otras comunicaciones. Si se basa en el esquema de observación ‘sistema/entorno’, la sociedad puede comunicarse en sí misma sobre sí misma y sobre su entorno, pero nunca consigo misma ni con su entorno. Porque ni ella misma ni su entorno pueden comparecer de nuevo en la sociedad – por así decirlo – como interlocutor, como dirección de la comunicación”. In: LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: HERDER, 2007. p. 68-9.

<sup>494</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la Sociedad**. México: HERDER, 2007. p. 66-7.

É especialmente por força de acoplamentos estruturais, como a Análise Econômica do Direito, que pode ser considerada um exemplo, que o Sistema Jurídico processa ruídos e “interferências” cognitivas<sup>495</sup>. Portanto, não afeta seu funcionamento operacional, porque qualquer ato normativo apenas é considerado “direito” quando estiver adequado formalmente e materialmente (em um sentido constitucional, por exemplo) segundo a percepção do paradigma normativo existente e formador do próprio Sistema Jurídico. Daí, porque a possibilidade antissequestro é processada e internalizada no Sistema Jurídico, não como uma orientação econômica; mas como norma jurídica, como comunicação jurídica (e como tal é processada, aceita ou rejeitada)<sup>496</sup>.

No que concerne ao Subsistema Penal, o processamento está ligado ao papel que vem a cumprir na sociedade contemporânea, à constitucionalidade, à legalidade, à principiologia própria. Interessante destacar, o Direto Penal contemporâneo (especialmente no Brasil) não se

---

<sup>495</sup> “Entendida desde los sistemas sociales – nuestro tema -, la autopoiesis establece una diferencia de contabilidad lógica entre sistema e entorno. El sistema no puede quedar influenciado por el entorno de manera causal-directa. Entre sistema y entorno se interpone una cámara ciega, que es la organización propia del sistema. Ningún input, por parte del entorno, puede aspirar a convertirse en output del sistema. Aquí están establecidos dos órdenes de compartimiento de distinto nivel que se estimulan mutuamente, pero cuyas causalidades permanecen diversas. El entorno alerta, sacude, despierta, perturba las potencialidades propias del sistema (gatilla dirían los chilenos Maturana y Varela), pero nunca determina ni influencia directamente. El modelo autopoietico es circular, por lo que no tiene sentido hablar ni de causas ni de efectos. Todo lo que ocurre en un sistema se encuentra determinado por su propia organización y no por las perturbaciones del medio ambiente. El sistema autopoietico no es teleológico – no opera en función de un fin -, se encuentra asociado a una historia mutua de cambios concordantes con el entorno. A este procedimiento se le llama ‘acoplamiento estructural’.” In: NAFARRATE, Javier Torres. *Nota a la versión en español*. In: LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 11-2. Complementando: “El acoplamiento permite que las operaciones económicas propias sean eficaces como irritaciones del sistema de derecho y que las operaciones del sistema de derecho y que las operaciones jurídicas propias lo sean como irritaciones del sistema económico. Esto no modifica en nada, sin embargo, el carácter de clausura de ambos sistemas. No altera en nada el hecho de que la economía busque ganancias o inversión rentable de capital bajo condiciones que el derecho ha complicado; y que el sistema de derecho busque la justicia o decisiones casuísticas suficientemente consistentes bajo condiciones que el sistema económico ha complicado.” In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. México: HERDER, 2005. p. 524. No mesmo sentido: KING, Michael. A Verdade Sobre a Autopoiése no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiése no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 86.

<sup>496</sup> “O que ingressa no sistema, vindo do seu entorno ou do seu fundo, não é nada, nada que tenha forma para o sistema que o acolhe. É ruído. E é dentro dele que esse ruído se transforma em algo plenamente formado. (...) Quando esse ruído, claramente proveniente de um sistema, condicionar típica, duradoura e estavelmente a estimulação de um operar especificamente direcionado do sistema em questão, então estamos lidando com um acoplamento estrutural.” In: CLAM, Jean. **Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade: contingência, paradoxo e só-efetuação**. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 284. De qualquer forma, ainda que se esteja falando de uma distribuição de dinheiro (decorrente de uma situação qualquer existente no Sistema da Economia, como um problema contratual), o Direito permanece laborando com a lógica do justo-injusto. In: CLAM, Jean. Monetarização, Generalização da Cobiça e Paradoxo do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 236. Evidentemente, o contrário também é verdadeiro: TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005. p. 213-4.

limita unicamente à proteção das liberdades do indivíduo em relação ao poder do Estado (de onde derivam, por exemplo, as garantias fundamentais, o pedido de Hábeas-Cópus, etc.); para além disso, se preocupa com a proteção do indivíduo em relação às ações dos demais membros da sociedade, a exemplo dos crimes patrimoniais, fraudes, crimes contra a vida, dentre muitos outros (essa, inclusive, é a fonte de muitas das críticas que historicamente têm sido feitas ao Direito Penal, porque proteger o patrimônio significaria proteger aqueles que possuem o patrimônio em relação aos demais que não o possuem, etc.<sup>497</sup>). Para Sánchez, inclusive, “este duplo aspecto constituiu a principal fonte das tensões e conflitos estruturais em que o Direito Penal se move”<sup>498</sup>. Evidentemente, muitas dessas discussões ocorrem no âmbito do Sistema Político<sup>499</sup>, sobretudo em razão do monopólio formal do Estado na criação

---

<sup>497</sup> “É muito difícil afirmar-se qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. Para outros, cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre outro. Em última afirmação – compartilhada por todos os autores marxistas e por outros mais heterodoxos ou diretamente não marxistas – é por demais genérica. É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores mais próximos – ou hegemônicos – e outros mais alijados – marginalizados – do poder. Obviamente, esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, denominada sistema penal.” In: PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 72. De qualquer maneira, os autores observam que a penalização não se limitaria em um único sentido, uma vez que haveria três: “criminalização seletiva dos marginalizados”; a “criminalização dos próprios setores hegemônicos”, nas hipóteses em que as ações destes coloquem em risco a própria hegemonia do grupo; e, por fim, a criminalização tanto de marginalizados, quanto de “contestadores” para gerar uma “sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos”, quando se sintam inseguros em relação a algo. Completando, “em síntese, o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos (contestadores e conformistas). A sustentação da estrutura do poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica.” Todas as citações referidas se encontram na mesma obra, nas páginas 72 e 73. Por fim, há uma observação importante: a função do direito penal não se identifica com a função da pena, sobretudo porque, como se trata de estabilização de expectativas (em uma perspectiva sistêmica), abarca tanto uma decisão jurídica que reconhece uma pena, quanto qualquer outra sentença penal, como no caso de reconhecimento de uma excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade. Trata-se, evidentemente de uma decisão jurídico-penal, porém na qual inexistente penalização (embora o inquérito e processo por si sós podem ser considerados, em certa medida, como “penalização” do indivíduo). Nesse sentido: ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. *Algunas Consideraciones acerca de la (auto)Legitimación del Derecho Penal: ¿Es el Problema de la Legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?*. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: COMARES, 2005. p. 265.

<sup>498</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 290, nota de rodapé 854.

<sup>499</sup> Cujas decisões são tomadas a partir de um elevado grau de complexidade nas relações existentes no âmbito do Poder Legislativo (e no Executivo). Callegari apresenta, por exemplo, um panorama do reflexo dos discursos punitivos midiáticos no âmbito político, o que modifica a dinâmica da produção legislativa, em termos de participantes e de conteúdo. Sobre o tema: CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel A. D. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. capítulo 03.

e na sustentação do Direito Penal<sup>500</sup>.

Entretanto, quando ingressam no âmbito jurídico, passam a ser comunicações jurídicas. Por exemplo, ainda que um juiz adote como fundamento de sua sentença uma perspectiva da análise econômica, essa aparece como comunicação jurídica – em forma de sentença, como uma comunicação estritamente jurídica (e como tal é processada, como na hipótese de um recurso ao tribunal, etc.).

Essa comunicação deve ser, em alguma medida confirmada pelo Sistema, como um todo ainda que formalmente. A maior demonstração disso está no próprio fato de, por exemplo, não existir recurso e haver o trânsito em julgado da decisão. Há uma estabilização da situação, que passa a ser regida pelo conteúdo da sentença. Todavia, embora essa sentença regule o caso julgado, ela não significa necessariamente a confirmação da solução pelo Sistema Jurídico. Em um sentido formal isso aconteceria, porque possui força vinculante; materialmente talvez não, porque a ênfase não está na solução dada por um juiz apenas, mas na relação interna de funcionamento do Sistema Jurídico: por exemplo, se existisse um recurso naquele caso (ou no caso seguinte), a sentença poderia ser reformada pelo Tribunal. Nessa linha é que se procura considerar um maior âmbito de análise (e a importância das pesquisas empíricas, por exemplo); e não unicamente a decisão de um ou poucos magistrados (promotores, advogados, etc.), que não modificam sozinhos o contexto jurídico geral.

Em outras palavras, a influência externa pode ocorrer diretamente nos indivíduos que trabalham com o Direito (nos sistemas psíquicos). Esses também estão sujeitos a comunicações da mídia, dos movimentos sociais, à doutrina, à jurisprudência, mas, mesmo assim, quando comunicam em papéis sociais<sup>501</sup> nos quais representam “falas jurídicas” (como sentenças, por exemplo) isso se torna Direito, ainda que sujeito ao processamento pelo próprio Sistema Jurídico (que pode não confirmar a comunicação como verdadeiramente jurídica).

---

<sup>500</sup> Garantindo unicidade e universalidade, contribui para que a exista um elemento integrador na sociedade: a redução da violência. Um “instrumento de integração”, nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, para citar apenas esses. Por exemplo, ver: PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

<sup>501</sup> “Os papéis representam a ordem institucional. Esta representação realiza-se em dois níveis. Primeiramente a execução do papel representa em si mesma. Por exemplo, empenhar-se em julgar é representar o papel de juiz. O indivíduo julgador não está atuando ‘por sua própria conta’, mas *qua* juiz. Em segundo lugar, o papel representa uma completa necessidade institucional de conduta. O papel de juiz relaciona-se com outros papéis, cuja totalidade compreende a instituição da lei. O juiz atua como representante desta instituição. Somente mediante esta representação em papéis desempenhados é que a instituição pode manifestar-se na experiência real.” In: BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade**. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 100-1.

Isso significa que a Análise Econômica do Direito Penal, ao contrário de gerar insegurança no Sistema Jurídico agrega outras possibilidades de, por intermédio da interdisciplinaridade (ou mesmo da transdisciplinaridade), permitir que o Direito consiga reconhecer novos elementos que sistematicamente têm sido desconsiderados.

A incerteza que é dissipada mediante mais informação não é a incerteza do futuro, e sim a incerteza da eleição desde um âmbito de seleção. Certamente um decisor pode ver mais possibilidades com uma memória enriquecida, utilizar esquemas melhor diferenciados e, com isso, decidir de forma mais consistente. É nisso que consiste a vantagem do conhecimento, do constante acréscimo de informação.<sup>502</sup>

Como exemplo dessa problemática, pode-se adotar a questão da pena. Nos discursos existentes nos meios de comunicação, a pena (sobretudo a prisão) tende a representar uma retribuição ou simplesmente uma forma de exclusão social. Em uma perspectiva política, trata-se de um elemento da comunicação que está direcionado (não exclusivamente) a vitórias políticas. Em um sentido econômico, pensa-se no custo monetário; e assim por diante. No âmbito do Sistema do Direito, por outro lado, a pena possui uma representação, no sentido de possuir finalidades a serem cumpridas (ainda que possam ser questionadas quais sejam, etc.). Por isso, exige-se vigilância, salubridade e muitas outras características, as quais, por certo, podem considerar também – dentro de certos parâmetros – as observações dos demais Sistemas Sociais (inclusive, em razão da complexidade do fenômeno, talvez a própria prisão possa ser pensada como um acoplamento estrutural, especialmente quando pretende gerar modificações nos indivíduos, dentre outras possibilidades). Essas informações podem auxiliar na formação de códigos secundários no Sistema do Direito, no sentido de que algumas decisões jurídicas podem considerar aspectos econômicos, políticos, etc., desde que não seja desconsiderado o código principal (direito/não-direito; lícito/ilícito; justo/injusto)<sup>503</sup>.

É possível a complexificação da maneira de como o Sistema Jurídico trabalha a partir do seu ambiente, o que modifica a maneira de como o Direito enxerga a si mesmo, sem,

---

<sup>502</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma Teoria da Organização da Decisão Jurídica Autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 193-213, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://www.unisinus.br/revistas/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>>. Acesso em: 15 fev. 2013. p. 207.

<sup>503</sup> Rocha e Simioni consideram essa possibilidade quando estudam o papel das perícias em relação às decisões jurídicas. Afinal, as perícias (contribuições do Sistema da Ciência) não explicitam ao juiz o que é justo ou injusto (sequer o vinculam), essa ainda é uma solução do Sistema do Direito, embora possam auxiliar no julgamento (como uma perícia contábil, por exemplo, que sugere a ocorrência de desvio de verbas). In: ROCHA, Leonel Severo; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Perícias Técnicas, Decisões Jurídicas e Gestão em Sistemas Setoriais no Contexto dos Novos Direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (coord.). **Direito Ambiental e Autopoiése**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 206.

evidentemente, modificar a estrutura de garantias jurídico-penais já existentes. Grande parte dessas já estão dadas (embora possam ser construídas novas) e não podem ser juridicamente modificadas (em um sentido regressivo).

Inclusive, uma vez que permite maneiras mais complexas de observação, pode ser um vetor para o reconhecimento de novas garantias no sistema penal e processual penal. O exemplo do noticiário a respeito da impunidade demonstra isso: enquanto se apostar nas mesmas soluções, provavelmente se encontrarão as mesmas respostas (embora, em razão da contingência, não necessariamente).

### 3.2.2 Ambiente e Sistemas – O Outro lado da Distinção

Por fim, da mesma maneira em que se percebe que o Sistema Jurídico pode apresentar ganhos evolutivos a partir da agregação de novos elementos capazes de complexificar sua observação, há, no outro lado dessa distinção, uma observação relevante, no que concerne à “reação” do meio social em relação às mudanças na constelação jurídica.

De fato, assim como o Sistema do Direito está fechado (e aberto), os demais sistemas também. Em outras palavras, da mesma forma que o ambiente não afeta diretamente (causalmente, no caso) o Sistema Jurídico, o mesmo ocorre na relação inversa: do Sistema Jurídico para o Sistema Social<sup>504</sup>. Trata-se do problema que insistentemente aparece nesta pesquisa: a causalidade entre modificações jurídicas e a responsividade da sociedade (formada por sistemas psíquicos, sistema social, etc.).

Assim, embora seja normalmente reconhecido que modificações no Sistema Jurídico

---

<sup>504</sup> “*Así se buscó explicar que el sistema – ciertamente en dependencia del entorno, pero en ningún caso sin él, y sin estar determinado por él – se puede organizar por sí mismo y puede construir su propio orden: order from noises.*” In: GEORGI, Raffaele de; LUHMANN, Niklas. **Teoría de la Sociedad**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 39. Sobre a dificuldade de previsão das consequências de modificações legislativas, consultar também: CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: 2005. p. 130. Por fim, “(...) para a sociedade, tudo o que o direito legislado produz é ruído no mundo exterior, reagindo a sociedade a estas ressonâncias externas através da mudança da sua ordem interna.” In: TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 144. Adiante, “Temos que abandonar neste domínio a velha ideia de causalidade linear, segundo a qual as normas jurídicas produziriam directamente mudanças sociais, em favor de uma ideia de causalidade circular interna, sujeita a influências ‘modeladoras’ e a ‘choques exógenos’. (...) não é o legislador que cria ordem nos subsistemas sociais mas são os próprios subsistemas que, lançando mão selectiva e arbitrariamente daquela, criam a sua própria ordem.” In: *Ibidem*, p. 150-1.

acarretem modificações no Sistema Social<sup>505</sup>, há um grande contingente de complexidade envolvendo o Sistema Social. E essa percepção afeta tanto a concepção dogmática tradicional, como a Análise Econômica do Direito Penal.

Por exemplo, parte das propostas da análise econômica envolvem modificações legislativas. Essas ocorrem por intermédio do Sistema Político, dentro do qual há embates comunicativos até o apaziguamento relativo conseguido com a aprovação da lei<sup>506</sup>. Da mesma maneira que essa lei será processada pelo Sistema Jurídico (podendo ser rejeitada), será processada pelo Sistema Social: por isso, algumas vezes, há comoção social sobre determinada solução legislativa; ou uma lei não é obedecida. Igualmente, também será processada pelos sistemas psíquicos, ou seja, pelas pessoas (e pode-se falar de um cidadão, assim como de um magistrado): assim, o resultado desse processamento informativo não acarretará necessariamente as mesmas consequências em todas as pessoas (algumas acabam cumprindo a lei, outras não; algumas propõem uma maneira de interpretação do Direito que pode ser diferente de outros, e assim por diante)<sup>507</sup>. De fato, “a operação específica de um sistema não pode ser substituída (o sistema imunológico, o sistema nervoso, o sistema jurídico, o sistema econômico não podem substituir a respectiva diferenciação que os institui)”<sup>508</sup> por operações de outros.

As perspectivas da análise econômica auxiliam na percepção de como as pessoas tomam decisões, como processam informação (completa ou parcialmente), e nisso consiste as vantagens reconhecidas nesta pesquisa, aplicáveis, sobretudo, à dogmática. Trata-se de uma

---

<sup>505</sup> “É também indubitável que o sistema político exerce uma influência em praticamente todas as áreas da vida social por intermédio do direito”. In: TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 29.

<sup>506</sup> Interessante análise que elucida a complexidade de todo esse processo, especificamente em relação ao direito penal consta em: RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Racionalidade das leis penais: teoria e prática**. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 20-90. Este autor reforça também a necessidade de investigação a respeito das consequências fáticas da lei, inclusive reconhecendo expressamente: “há poucos serviços (...) com estrutura realmente interdisciplinar em matérias relacionadas à delinquência e à legislação penal, sem contar sua escassa tradição.” In: *Ibidem*, p. 67.

<sup>507</sup> “Dicho de otra manera: el sistema no es una función de transformación que convierta siempre de la misma manera ‘inputs’ en ‘outputs’, ni aún en el caso de que el sistema se estructure a sí mismo por medio de programa condicionales. Así, en el sistema mismo los acoplamientos estructurales sólo pueden suscitar irritaciones, sorpresas y perturbaciones. Los conceptos de ‘acoplamiento estructural’ y de ‘irritación’ se encuentran condicionados entre sí de manera recíproca”. In: LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: HERDER, 2005. p. 510. No mesmo sentido, ver: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 42.

<sup>508</sup> CLAM, Jean. **Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade: contingência, paradoxo e sófetucação**. Tradução de Nélío Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 281.

perspectiva de evolução do Direito em relação ao paradigma existente<sup>509</sup> (embora a Teoria Sistêmica aponte para um afastamento das perspectivas de individualismo metodológico<sup>510</sup>).

Inobstante, ainda que sejam constatados determinantes do comportamento, não há garantia de que efetivamente se alcançará o resultado planejado politicamente ou judiciariamente, por exemplo. Em primeiro lugar, a proposta precisa se tornar comunicativamente relevante no Sistema Político. Sendo considerada relevante, há as discussões parlamentares, a possibilidade de veto e, mesmo se for promulgada uma lei, não há certeza de que será aplicada pelo Sistema Jurídico (e nem mesmo se da forma imaginada que seria pelo Sistema Político). Não há certeza de que atingirá os sistemas psíquicos da maneira como planejada. Não há garantias de que o ambiente a reconhecerá como tal.

Evidentemente, em muitos casos as regulamentações jurídico-penais atingem seus objetivos; isso não é questionado.

O que se pretende ressaltar é que a mesma mecânica sistêmica que protege o Sistema Jurídico dificulta o alcance de objetivos legais (político-legislativos; jurídicos). O próprio Luhmann afastava a possibilidade de o sistema do Direito ser teleológico. É que, para estabelecer-se um fim (*telos*) seria necessário imaginar um início para os sistemas. Teoricamente, entretanto, isso não existe, porque a existência do sistema é pressuposta<sup>511</sup>,

---

<sup>509</sup> “Na realidade, a evolução não é teleológica (orientada finalisticamente) mas meramente ‘teleonômica’, sendo construída na continuidade do sistema existente de acordo com particulares regras ou leis, recombinao programas bem sucedidos e eliminando outros falhados. Embora este desenvolvimento seja irreversível, ele não é garante da condução do sistema a um estado ‘melhor’ ou ‘pior’ que o seu predecessor, assim como não assegura maior viabilidade ou segurança, mais ‘sorte’ ou ‘consciência’. Nesse sentido, a evolução não é ‘evolucionista’ (...)” In: TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 98-9. Seguindo, “estamos aqui perante uma transposição de mecanismos evolutivos sociais ‘externos’ para mecanismos jurídicos ‘internos’, no sentido de que tais mecanismos externos passam a exercer um mero efeito ‘modelador’ da evolução jurídica, ao passo que o protagonismo do processo evolutivo passa a caber a elementos estruturais internos”. In: *Ibidem*, p. 113. Por fim, “(...) é também certo que as relações sistema-meio envolvente não existem aqui sob a forma de influências externas directas e causais sobre os desenvolvimentos jurídicos, mas antes sob a forma de processos de co-evolução de sistemas produzindo uma influência recíproca direta”. In: *Ibidem*, p. 123.

<sup>510</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma Teoria da Organização da Decisão Jurídica Autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 193-213, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://www.unisinos.br/revistas/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

<sup>511</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: lineamientos para una teoría general**. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 13. “Nessa perspectiva, não se trata de reduzir a função do Direito à consecução de um determinado fim, como o controle social do comportamento, mas de entendê-lo como a aplicação de um princípio de seleção natural. Os sistemas autopoiéticos não são orientados por uma teleologia, posto que essa sempre é introduzida pelo observado. Todavia, a esta função podem ser relacionadas outras expectativas que advêm de prestações, como, por exemplo: o encaminhamento de comportamentos e solução de conflitos.” In: ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma Teoria da Organização da Decisão Jurídica Autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São

visível a partir da distinção de um observador (que o “reconhece”, o distingue de um ambiente). Isso não significa, contudo, que o Direito não possa cumprir determinados fins (no sentido de intenções parciais), o que ocorre, por exemplo, quando se percebe que o sistema social reage a modificações legislativas (evidentemente, considerando toda a complexidade desse tipo de relação<sup>512</sup>).

Imagina-se que a possibilidade de alcançar-se melhores resultados legais depende de um fator: agregar-se diferentes observadores/observações sob um mesmo problema - no intuito de se comunicarem a respeito de um problema social (ou jurídico-penal)<sup>513</sup>. Isso significa, conforme transparece na pesquisa, que as diferentes observações potencialmente podem enriquecer-se mutuamente: a análise econômica resta como exemplo neste trabalho, tendo sido enriquecida pelas análises comportamentais e que, no mesmo sentido, pode agregar elementos nas observações jurídicas.

Esse ganho “informativo” pode auxiliar na procura por diferentes formas de racionalização dos problemas sociais (talvez não concedendo excessiva ênfase para a penalização, por exemplo) e na busca por novas tentativas de solução: o controle da violência talvez não dependa unicamente do Direito Penal e, no âmbito deste, a dissuasão do crime pode não depender da aplicação de penas mais severas ou sanções incapacitantes (como o aprisionamento – e outros incentivos negativos), mas também de incentivos positivos<sup>514</sup> (não limitados unicamente ao Direito Penal, que pode encontrar uma resposta diferente a partir de

---

Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 193-213, jul.-dez./2012. Disponível em: <[http://www.unisinos.br/revistas/index.php/R\\_ECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09](http://www.unisinos.br/revistas/index.php/R_ECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09)>. Acesso em: 15 fev. 2013. p. 208

<sup>512</sup> “A constatação da presença permanente do risco de não se obterem consequências racionais em relação aos fins pretendidos nas decisões, como pregara Weber, para Luhmann gera o inevitável paradoxo da comunicação na sociedade moderna”. In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 113

<sup>513</sup> Essa observação pode remeter a memória do leitor às discussões realizadas no Congresso Nacional e, assim, sugerir que não haveria efetivamente um ganho na observação, uma vez que a sugestão estaria exatamente em provocar discussões no âmbito social (exatamente como aconteceria no Poder Legislativo). Entretanto, adverte-se que a proposta não se liga à solução da controvérsia social, como no exemplo do aborto, uma vez que esta ocorre por intermédio do estabelecimento de procedimentos de solução, como as regras constitucionais que estabelecem a dinâmica de discussões parlamentares. Da mesma forma, os processos judiciais, cujo procedimento auxilia à chegada de uma conclusão definitiva (mas neste caso, a decisão pode não ser confirmada pelo resto das organizações do Sistema do Direito). Nesse sentido, ver: LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. (Coleção Pensamento Político, n. 15).

<sup>514</sup> EHRlich, Isaac. *Crime, Punishment, and the Market for Offenses*. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n. 1, p. 43-67, 1996. p. 65. Explicando melhor: Os negativos estão ligados a impedir ou de alguma forma prevenir que os indivíduos ingressem em atividades ilegais (como a probabilidade e a severidade da punição, considerando o tipo de penalidade e o seu grau, em um sentido genérico). Na perspectiva positiva, os incentivos são direcionados para que os indivíduos realizem atividades consideradas de acordo com o direito (como estímulos à empregabilidade, oportunidades de poupança, programas de reabilitação, melhor distribuição de renda, etc.). In: *Ibidem*, p. 44.

incentivos concedidos por outros ramos), que devem ser estudados e compreendidos.

E essa abordagem não é desconhecida da Teoria Jurídica: a título de exemplo, pode-se citar Norberto Bobbio que, há muito tem falado de uma função promocional do Direito, não unicamente ligado às sanções negativas, mas também em sanções positivas:

Isto é, por mecanismos genericamente compreendidos pelo nome de “incentivos”, os quais visam não a impedir atos socialmente indesejáveis, fim precípua das penas, multas, indenizações, reparações, restituições, ressarcimentos, etc., mas, sim, a “promover” a realização de atos socialmente desejáveis. Essa função não é nova. Mas é nova a extensão que ela teve e continua a ter no Estado contemporâneo<sup>515</sup>.

Outra possibilidade poderia se aproximar do “Direito Reflexivo”, de Teubner, de forma que oriente as normas e os seus processos em função da situação social (informações e interferências externas processadas internamente, tanto pelo Direito, quando pelo Sistema Social, no sentido de articulação mútua – numa ideia de “afinidade” jurídica, de circularidade), aumentando, por via de consequência, sua eficácia regulatória<sup>516</sup>. Isso significa também, explicitamente, a reflexividade doutrinário-jurídica. Da mesma forma, talvez fosse possível seguir Nonet e Selznick por um “Direito Responsivo”, que não seja aberto demais a mudanças, de forma a se tornar “oportunista” (porque perderia sua capacidade de moderação social), mas que detenha a “capacidade de adaptação responsável”<sup>517</sup>.

Há, nesse sentido, muito a ser explorado pela sociedade em relação a soluções para os problemas de violência. As críticas apresentadas no trabalho não desconstruem todas as possibilidades; ao contrário, procuram demonstrar que outras perspectivas precisam ser construídas pelos sistemas da sociedade (independentemente de toda a contingência que as ameçam).

A dificuldade está, entretanto, em pensar-se a implementação de meios para essa

<sup>515</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. XII. Sobre as funções negativas, assim como sobre as positivas, ver, também: BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la Teoria del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1990.

<sup>516</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 195. Essa ideia é melhor desenvolvida em: TEUBNER, Gunther. *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Bélgica: Bruylant/L.G.D.J, 1996.

<sup>517</sup> NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 125. Seguindo: “Uma instituição responsiva conserva a capacidade de compreender o que é essencial à sua integridade e ao mesmo tempo leva em consideração as novas forças do ambiente social. (...) Percebe as pressões sócias como fontes de conhecimento e de oportunidades de autocorreção. Para assumir essa postura, a instituição necessita contar com a diretriz de uma finalidade. Os propósitos determinam padrões para a crítica da prática estabelecida, e com isso indicam direções para a mudança. Ao mesmo tempo, se considerados positivamente, os fins permitem controlar a discricionariedade administrativa e diminuir o risco de capitulação das instituições. Inversamente, a falta de propósito está na raiz tanto da rigidez quanto do oportunismo.” In: *Ibidem*, p. 126.

possível agregação/complexificação.

Leonel Severo Rocha acredita que a solução perpassa pela ideia de organização. As organizações possuem uma capacidade de trabalhar com os “conflitos intersistêmicos”<sup>518</sup>, uma vez que a identidade delas está ligada a uma “‘variabilidade-de-si-mesmo’, um ponto fixo na seletividade, isto é, a organização diagnostica, continuamente, as suas observações, em cada evento, em cada caso individual”<sup>519</sup>. Por intermédio de suas decisões, fenômeno que não está ligado ao cérebro (ou escolha) de uma pessoa<sup>520</sup>, e cuja comunicação constituiu sua operatividade<sup>521</sup>, a organização realiza sua autopoiese. Trata-se de um sistema que consegue realizar a passagem do âmbito individual para o social, ou seja, embora possa ser dirigida por indivíduos, não é dessa forma reconhecida pelos sistemas sociais.

De fato, uma organização (pode-se pensar em uma empresa, por exemplo), em razão de sua forma constitutiva, consegue se relacionar com múltiplos sistemas, como com o Direito, com a Economia, com o Sistema Social, etc., sofrendo irritações (como uma pequena empresa em relação à carga tributária) ou gerando irritações (como uma grande empresa transnacional em relação a certos países).

No caso específico do Direito Penal, da mesma forma, talvez fosse possível imaginar modificações a partir de uma organização. Uma organização específica e com poder político-jurídico suficiente para ser socialmente vinculante às instâncias políticas, jurídicas e sociais<sup>522</sup>. Talvez um “conselho”; um órgão com atribuições específicas para estudar, orientar e controlar uma política criminal, o que é inexistente na atualidade<sup>523</sup>.

<sup>518</sup> TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989. p. 222.

<sup>519</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma Teoria da Organização da Decisão Jurídica Autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 193-213, jul.-dez./2012. Disponível em: <<http://www.unisinos.br/revistas/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>>. Acesso em: 15 fev. 2013. p. 203.

<sup>520</sup> Inclusive, para Luhmann, decisão é um sucesso comunicativo e não algo que acontece dentro da cabeça de um indivíduo. In: LUHMANN, Niklas. **Organización y Decisión**. Traduzido por Darío Rodríguez Mansilla. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p.173.

<sup>521</sup> ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma Teoria da Organização da Decisão Jurídica Autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 193-213, jul.-dez./2012. p. 206.

<sup>522</sup> A percepção de Luhmann sugeriria que órgão deveria ter uma influência no âmbito legislativo, talvez até com capacidade legislativa (ou acoplado ao Poder Legislativo), uma vez que, com a ressalva de alguns Estados contemporâneos, o Poder Legislativo é quem deveria possuir maior mobilidade no sentido de adaptar a legislação ao meio social existente: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 38.

<sup>523</sup> Nesse sentido: CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel A. D. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 133. A importância desse tópico está no fato de que pesquisas sugerirem que, embora a influência do ambiente seja muito relevante para a atuação de uma conduta ilícita, o histórico de política criminal também exerce um interessante papel a esse respeito. Isso, porque a compreensão

A composição, por exemplo, deveria ser consideravelmente variada, incluindo juristas, economistas, psicólogos, psiquiatras, administradores públicos e outros representantes dos segmentos sociais, de outras organizações, etc. Essa proposta simples pode ser o meio para gerar mais complexidade, ou seja, mais meios para se pensar os problemas sociais ligados às formas de violência, que tendencialmente têm desembocado no Subsistema Penal (sem ou com pouca efetividade)<sup>524</sup>. Essa modificação necessariamente retiraria a centralidade do eixo de política criminal do Sistema Político, dividindo-o com outros sistemas e organizações. Tal organização deveria possuir grande capacidade de colheita e processamento de dados em uma das pontas e poder vinculante em relação à atuação do Estado na outra. Ressalta-se que, embora a constituição jurídica do Brasil possa dificultar ou mesmo impedir uma organização nesses moldes, outras possibilidades intermediárias poderiam igualmente modificar a dinâmica atualmente existente. O importante está na ideia de modificações organizacionais, e não unicamente pessoais (como a mudança de um Ministro de Estado ou um Ministro do Supremo Tribunal), ainda que certas pessoas possam ser determinantes em alguns momentos: a organização modifica a dinâmica relacional; e, dependendo de sua conformação, inclusive, permite melhores chances de ideias pessoais encontrarem (por intermédio da organização) canais de comunicação social. Por exemplo, um Ministro do Supremo Tribunal passa a ser relevante porque está em uma posição (integrando uma determinada organização) na qual suas comunicações podem influenciar a dinâmica jurídica de um país. Após sua aposentação, ou seja, sua saída da organização, deixa de ter o papel comunicacional que até então detinha.

Nessa linha de ideias de modificação organizacional, há, por exemplo, organizações diferenciadas no âmbito da administração pública indireta, como o Conselho Administrativo

---

dos indivíduos depende de uma conjuntura informacional, que é construída paulatinamente (e não de um momento para outro). Em outras palavras, uma consistência nas políticas públicas pode colaborar igualmente para criar nos indivíduos a noção de que o crime pode não compensar. Outra decorrência possível consiste no fato de uma política atual poder levar anos até que seus resultados comecem a ser percebidos (e agreguem informações na linha histórica que vinha transcorrendo); e, por isso mesmo, vislumbra-se a temeridade de candidatos a cargos políticos sugerirem soluções que reduzirão a criminalidade. Este é um exemplo de pesquisa que enfatiza a importância de uma política criminal: SAH, Raaj K. *Social Osmosis and Patterns of Crime*. *Journal of Political Economy*, The University of Chicago Press, v. 99, n. 6, p. 1271-1295, dez./1991. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2937730>>. Acesso em: 21 set. 2012.

<sup>524</sup> O Direito Penal continua exercendo uma racionalidade desatualizada; uma racionalidade não integrada com a realidade social complexa atual, que exige maiores cargas informacionais para a tomada de decisões. Constantemente, se fala em criar mais crimes, elevar-se as penas; entretanto, “ao contrário, faltam dados a respeito dos casos em que a consecução de fins preventivos exige a intervenção do Direito Penal e da medida em que disposições jurídico-civis ou jurídico-administrativas, e até mesmo outros meios de controle social, poderiam cumprir a mesma finalidade preventiva”. In: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 378-9.

de Defesa Econômica, a Comissão de Valores Mobiliários, etc. Inclusive, parte da doutrina tem indicado realizar a ampliação do uso desse tipo de via como meio de modificar-se a dinâmica jurídica atual.

Amaral e Oliveira, por exemplo, sugerem que as condutas indesejadas referentes aos crimes contra o mercado de capitais (e isso pode ser estendido para muitas outras condutas, como a pesquisa aponta) recebam um tratamento administrativo, sobretudo porque há maior agilidade no alcance de uma solução e maior certeza de os agentes encontrarem alguma punição<sup>525</sup>. Em outras palavras, uma mudança de organização modifica o funcionamento, por exemplo, em comparação com o Poder Judiciário.

Nesse caso, ainda assim, algumas dificuldades devem ser superadas.

Sánchez adverte que a remoção de assuntos do âmbito penal para os âmbitos civil, administrativo ou extrajurídico pode acarretar perdas de segurança jurídica (retrocesso), uma vez que esses podem não laborar com a lógica de garantias previstas no âmbito penal<sup>526</sup>. Essa hipótese aparece bem delineada na análise econômica quando, por exemplo, Garoupa e Gomez-Pomar procuram sustentar a convivência de um modelo de “*Regulatory Penalties*” (como as multas aplicadas por agências reguladoras, por exemplo) com um modelo de penas criminais (cuja aplicação, assumem os autores, são prioritariamente de multas ou prisão). Apenas para exemplificar, reconhecem como vantagem o sistema de penalização administrativa em razão de apresentar menores custos de aplicação da pena em relação aos custos do Poder Judiciário (sendo um procedimento mais célere e que necessita de um aparato menor); em razão de ter um âmbito de prova muito mais estreito que o criminal (que se concentra em grande maneira com uma demonstração irrefutável); e, por fim, porque, normalmente, não se preocupa em aferir os elementos subjetivos do agente, se fundamentando em uma lógica de tipos formais e de mera conduta<sup>527</sup>. Inobstante a observação de Sánchez,

---

<sup>525</sup> AMARAL, Thiago Bottino do; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do Sistema Penal nos Crimes contra o Mercado de Capitais. In: AMARAL, Thiago Bottino do; MALAN, Diogo. **Direito Penal e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 147-175. p. 174.

<sup>526</sup> SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 441-2. No mesmo sentido, SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93.

<sup>527</sup> GAROUPA, Nuno; GOMEZ-POMAR, Fernando. *Punish Once or Punish Twice: A Theory of the use of Criminal Sanctions in Addition to Regulatory Penalties*. **American Law and Economics Review**, Oxford University Press, v. 6, n. 2, p. 410-33, 2004. p. 417. Nesse texto, os autores pretendem encontrar um ponto de equilíbrio entre as duas realidades conflitantes que surgem: a de um sistema com um campo probatório limitado (e, por isso, com uma elevada probabilidade de condenação) e com punições menores (exatamente em razão da grande probabilidade de condenações equivocadas); e, outro, com uma ampla gama de possibilidade probatória

em sistemas jurídicos como o brasileiro, que prevê uma certa similitude entre as instâncias administrativa e judiciário-penal (como a cláusula constitucional que prevê o contraditório e a ampla defesa para os “acusados em geral”), parte do problema já resta solucionado. Inclusive, a substituição do âmbito de atuação pode servir para reforçar a proteção nos âmbitos propriamente não criminais; por si só, tal consequência já se constituiria em um ganho evolutivo para o Sistema do Direito.

Aprimorar as garantias desses outros âmbitos é a proposta do autor citado. Por outro lado, deve-se notar que o trabalho de Garoupa e Gomez-Pomar, da mesma forma que Amaral e Oliveira, amplia a capacidade de observação, na medida em que contempla a penalidade administrativa como um reforço à penalidade criminal, gerando uma espécie de compensação com eventuais deficiências do sistema judicial (em termos qualitativos e quantitativos)<sup>528</sup>. Ambos os sistemas coexistiriam e deveriam ser considerados em termos de capacidade de atingir uma maior eficiência.

O Direito poderia continuar sendo, não apenas relativamente planejado, mas fazer uso de uma racionalidade mais complexa, mais adequada aos desenvolvimentos atuais:

O estilo de planejamento do direito positivo não precisa assumir a forma de um planejamento imperativo. O próprio campo do planejamento torna-se tão complexo que fica impossível pensá-lo imediatamente na forma moralizante em termos de se/então ou de bom ou mau comportamento. A normatização de um determinado comportamento ou proibições do tipo ‘não matarás’ permanece como uma das formas possíveis de expressão do planejamento. Mas o que precisa ser planejado não são ações, e sim contextos de ação: sistemas. (...) Isso também lhe deixa claro que o ator decidirá ‘em seu sistema’, de tal forma que as premissas planejadas da decisão poderão constituir apenas um momento entre outros. E o comportamento contrário ao planejado, principalmente o contrário ao direito, não é (como já vimos na discussão do tema do controle) mais simplesmente condenável, mas torna-se além disso relevante para o planejamento por seus motivos sistemicamente condicionados. (...) O planejador precisa então poder imaginar no seu futuro, diferentes presentes do respectivo ator que se prestam como passado de um presente posterior, ajudando a preparar um futuro que ele, enquanto planejador, gostaria de presentificar; ele precisa ver os presentes possíveis como chances diferentemente estruturadas de seleção e compreender o decorrer do tempo como desmontagem e construção de complexidade no sentido de possibilidades posteriores da seleção.<sup>529</sup>

---

(e, por isso, com baixa probabilidade de condenação) e com penas elevadas (decorrentes da maior certeza na condenação). In: Idem, p. 415. De qualquer maneira, os autores não advogam que o modelo deva ser dessa maneira; pressupõem a existência do Poder Judiciário e das agências regulatórias e, a partir disso, estabelecem hipóteses de como ambas as instâncias devem trabalhar de forma a não gerar desperdícios econômicos e, ao mesmo tempo, alcançar seus objetivos de reduzir a ocorrência de eventos indesejados. Inclusive, uma das vantagens desse sistema “misto” consistiria na maior fiscalização mútua (Poder Judiciário e Agências).

<sup>528</sup> Sobre o assunto, ver: GAROUPA, Nuno; GOMEZ-POMAR, Fernando. *Punish Once or Punish Twice: A Theory of the use of Criminal Sanctions in Addition to Regulatory Penalties*. *American Law and Economics Review*, Oxford University Press, v. 6, n.2, p. 410-33, 2004. p. 421.

<sup>529</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 175-6.

Em síntese, necessariamente deve-se procurar complexificar a maneira pela qual o Sistema do Direito considera os fatos sociais.

Por fim, são necessárias algumas observações a respeito das análises econômicas que podem ser realizadas pelos juízes.

A análise econômica do Direito Penal apresenta contribuições no âmbito da aplicação do Direito, na medida em que integra (ainda que implicitamente) novos elementos a serem contemplados quando da interpretação do Direito. Na linha da pesquisa, trata-se especificamente do uso de alguns instrumentos, como um simples raciocínio custo-benefício, com a intenção de pensar-se a aplicação do Direito como mecanismo de incentivo para os agentes criminosos, por exemplo. Diversos exemplos foram trazidos nesse sentido.

É evidente que na atuação dos juízes criminais preponderam as noções “se-então”: realiza-se um processo no qual provas são realizadas e, ao final, “se” houve tal conduta (típica, ilícita e culpável), “então” há uma condenação e uma pena<sup>530</sup>.

E, nesse sentido, as consequências das decisões judiciais tradicionalmente não recebem muita importância (ao contrário de algumas tendências de outros ramos do Direito, como o Direito Constitucional, Previdenciário, Empresarial, Trabalhista)<sup>531</sup>.

---

<sup>530</sup> “E, no Direito tradicional, as consequências das nossas ações já estão dadas antecipadamente. Se alguém matar e for comprovado isso num processo, vai sofrer determinada pena que já está determinada na legislação. O Direito dá o sentido do futuro. A partir do momento em que rompemos com essa noção e começamos a pensar a produção da diferença, a construção de nova realidade, a construção de futuro, temos que discutir novamente que tipo de consequência vai ocorrer com as nossas decisões. E é por isso que apontamos uma decisão com relação ao futuro – e sabemos que não é fácil toma-la, porque existe muita complexidade –, temos que pensar no problema do risco, a possibilidade de que ela não ocorra da maneira como estamos pensando. É preciso levar-se em consideração todas as consequências, toda a complexidade que está por trás da produção de uma decisão diferente, isso provém da Administração, da Economia, de outras áreas. O risco é a contingência: uma decisão sempre implica a possibilidade de que as suas consequências ocorram de maneira diferente”. ROCHA, Leonel S. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistemico. In: ROCHA, L. S.; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: 2005. p. 39. Continuando: “Então, é preciso que se trabalhe o risco, que se trabalhe o processo de decisão, que se trabalhe a antecipação, estratégias, planejamento, economia, ou seja, é preciso que os operadores do Direito conheçam o risco”. In: ROCHA, L. S. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 199-200.

<sup>531</sup> Nesse sentido: “Um caso especial desse desafogamento merece considerações especiais: o desafogamento da atenção e da responsabilidade com respeito às consequências da decisão. É necessário reconhecer que o estilo da decisão jurídica submetida a programações condicionais implica necessariamente que junto com o ‘se’ estatui-se também o ‘então’, aceitando suas consequências sem calculá-las e valorá-las. O suicídio de um prisioneiro não pode ser imputado ao juiz que tinha que condená-lo tendo em vista as determinações legais, da mesma forma que o juiz de falências não tem que verificar ou avaliar se os filhos de um devedor terão que abandonar seus estudos, ou se sua mulher dele irá separar-se. A sustentação da decisão não é uma relação valorativa entre as consequências genericamente esperadas por sua aplicação sejam avaliadas como razoáveis e sustentáveis. Isso desafia o juiz da necessidade de examinar todas as consequências valorativamente relevantes da sua decisão, todas as probabilidades futuras, de verificar a propriedade dos recursos e das alternativas à disposição e de avaliar valorativamente suas consequências secundárias, ou seja: libera-o de considerações decisórias, cuja complexidade, dificuldade e necessidade de simplificação nos é demonstrada pela teoria

O argumento subjacente ao trabalho considera que, assim como no sentido político é importante se verificar as consequências jurídicas (quando possível, e com todas as limitações existentes - o que também foi discutido), o Direito Penal também deve evoluir sistemicamente. As decisões devem necessariamente considerar as suas consequências mais evidentes (no mínimo). Novamente a análise econômica traria alguns ganhos para a realização daquilo que dogmaticamente há muito é exigido. Refere-se, por exemplo, à problemática da reincidência.

Na prática diuturna de aplicação do Direito Penal, considera-se dogmaticamente que: havendo uma conduta tipificada e implementados os pressupostos jurídicos, há uma condenação. Como a pena de prisão possui maior impacto social, normalmente é a determinada abstratamente (mesmo como ameaça geral unicamente, em razão da possibilidade de ser convertida em outras formas posteriormente). O que é feito com o agente quando é preso (o que em grande parte dos casos ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória)? É colocado em um estabelecimento prisional.

O fato é que, mesmo dogmaticamente, é necessário aferir-se se esse estabelecimento contempla todos os requisitos necessários para manter um indivíduo preso, em termos de garantias, considerando-se desde a higiene do local até as garantias jurídicas propriamente ditas (direitos que estão elencados na Lei de Execuções Penais, por exemplo); se é apto a cumprir suas finalidades, especialmente no que concerne à ressocialização; etc. O mesmo raciocínio vale para as medidas substitutivas da restrição da liberdade, ou seja, se a pena substitutiva (como serviço à comunidade) é apta a cumprir suas finalidades<sup>532</sup>. O juiz criminal da atualidade, mesmo por força dogmática, não deveria ficar alheio às consequências de suas decisões, porque o próprio Sistema Jurídico brasileiro lhe impõe essa preocupação.

Qual o potencial reflexo da alienação judicial? Um dos reflexos pode ser exatamente a

---

decisória da economia moderna. Somente assim, livre da responsabilidade sobre as consequências concretas, é que fazem sentido os princípios da independência do juiz e da igualdade perante a lei – e esses princípios só são sustentáveis onde o direito e os juízes não estejam demasiadamente envolvidos em um sistema de planejamento objetivo do futuro”. In: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 31.

<sup>532</sup> “O operador do Direito deve entender que para uma tomada de decisão existiram várias outras não escolhidas”. In: SCHWARTZ, Germano. A Fase Pré-autopoiética do Sistemismo Luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo. Da Epistemologia Jurídica Normativista ao Construtivismo Sistemico. In: CLAM, Jean; ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: 2005. p. 52. Adiante: “Como já referido anteriormente, o mundo apresenta mais possibilidades de escolha do que somente aquela que foi selecionada (complexidade). Por outro lado, como também já explicitado, este fato leva a uma necessidade de decisão, contingente por natureza. Ademais essa decisão não dá garantia alguma de que era a decisão correta (dupla contingência)”. In: *Ibidem*, p. 76.

reincidência. Inobstante, além dos problemas de dogmática, os instrumentos da análise econômica podem auxiliar na escolha do adequado incentivo a ser concedido no momento da pena. Por exemplo, encontrar-se o local de prestação dos serviços à comunidade mais apto a atingir as finalidades em um determinado caso; ao contrário daquele que fora sorteado no momento da sentença. Ir mensalmente a um cartório judicial para “comprovar” atividades pode ser interessante em um sentido psicológico, mas inegavelmente não é uma medida adequada para todos os agentes. Se a prisão não é capaz de conceder apoio contra a violência, deve ser deixada de lado (excetuando-se, talvez, situações nas quais prepondera uma finalidade de segregação/retribuição, mas isso igualmente não significa “abandono” ou “desterro” do preso em um estabelecimento controlado pelo Estado<sup>533</sup>).

Seguindo essa lógica, porém no sentido oposto, da mesma forma que não há garantia de resultados no ambiente (porque são apenas “ruídos”), as próprias políticas jurídico-expansionistas podem não encontrar a ressonância que pretendem no Direito, uma vez que, havendo o cerceamento com maior ênfase da liberdade individual e dos demais direitos humanos (e pretendendo-se reduzir ou relativizar as garantias materiais ou processuais<sup>534</sup>), tais propostas podem ser rechaçadas pelas comunicações jurídicas.

A Teoria dos Sistemas demonstra que talvez um único juiz tenha pouco a realizar em um sentido imediato; mas, ao contrário, considera que um magistrado pode desencadear uma gama de comunicações jurídicas (e talvez políticas) no sentido de ressaltar a importância da observação das possíveis consequências das decisões<sup>535</sup>. Isso faz parte da abertura cognitiva

---

<sup>533</sup> “A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações. (...) o sofrimento que se lhe impõe é uma pena entendida como mera contenção, um encerramento que cria um puro impedimento físico; trata-se de uma espécie de enjaulamento de um ente perigoso”. In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo do Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. Coleção Pensamento Criminológico, n. 14. 2007. p. 18. O contexto dessa crítica na obra de Zaffaroni permite uma extensão também para aplicá-la às políticas de aprisionamento compulsório em razão de repetição de fatos, como a política dos “*Three Strikes*”, já mencionada.

<sup>534</sup> “Numa perspectiva oposta, o reconhecimento e a exaltação do ser humano em si, com a necessidade lógica de alargar e proteger a esfera de sua liberdade, leva a passos contados a uma restrição e minimização do Direito penal, tanto no âmbito de sua ação quanto na violência de suas sanções.” In: RIVACOBÁ, Manuel de Rivacoba y. Prêmio à Segunda Educação. In: CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 12.

<sup>535</sup> Nem sempre é necessário modificar-se a lei para gerar-se mudança social, “(...) tendo então que diferenciar entre mudança/permanência pelo lado do direito e pelo lado da totalidade das estruturas sociais, de tal forma que a permanência do direito pode correlacionar-se com a mudança em outras estruturas sociais e vice-versa”. In: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 146. De outra forma: “*Lo social no está construido a imagen y semejanza del hombre, sino que es el resultado de una coacción práctico evolutiva, su tendencia es a la reproducción de una dinámica autoreferida. El ser humano es entorno del sistema: produce ruido, inquieta, desestabiliza el sistema; pero éste puede sólo*

do Sistema Jurídico.

O ganho seria encontrado em dois sentidos: em termos de maior abertura para o ambiente e em evolução jurídica.

Essas comunicações podem acarretar irritações mútuas em diferentes sistemas, os quais, por sua vez, podem processar essas informações e gerar novas comunicações, que poderão ser processadas; e assim sucessivamente. Esses são ganhos, porque a sociedade acaba modificando-se, assimilando cada vez mais complexidade; transformando-se, da mesma forma que os demais sistemas: Direito, Política, Economia, sistemas psíquicos, etc.<sup>536</sup>.

É nesse sentido que o uso do ferramental econômico (assim como daqueles da psicologia, da sociologia, da medicina) potencialmente acarreta ganhos sociais.

---

*reconstruirse en términos de un dinamismo preestablecido mediante procesos de acumulación evolutiva. (...) Entre ser humano y sociedad existe un acoplamiento estructural, lo que significa que la evolución ha encontrado en la comunicación de la sociedad el medio de la socialización del hombre*". In: GEORGI, Raffaele de; LUHMANN, Niklas. **Teoría de la Sociedad**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993. p. 13

<sup>536</sup> "As mudanças jurídicas são bem sucedidas na medida em que consigam reverter efetivamente expectativas e ações à orientação por outras normas. Isso não pode ocorrer só por reestruturação do sistema social, e também não apenas por uma reformulação das normas jurídicas estabelecidas no subsistema político da sociedade. A experiência e a ação concretas sempre se referem concomitantemente a uma multiplicidade de sistemas que estabelecem e delimitam significados, não podendo portanto ser sem mais nem menos modificadas pela reestruturação de um único sistema". In: LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 138. Talvez, a solução também pudesse ser retratada desta forma: "Do mesmo modo, entende-se que a tradicional disputa na análise do Direito entre um ponto de vista descritivo (sistemático) e um ponto de vista prescritivo (axiológico), como também a oposição entre um enfoque externo, fundando no social, e um enfoque interno, baseado na norma (função x estrutura), dever substituída por um ponto de vista interdisciplinar apto a compreender de uma forma mais abrangente a inserção do Direito na história. Trata-se de um ponto de vista que articula os aspectos estruturais e funcionais do Direito a partir da questão da democracia." In: ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 84.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho envolveu uma pesquisa a respeito da Análise Econômica do Direito Penal (origem, pressupostos, características principais, dificuldades e críticas) e sobre a maneira de como aquelas correntes se relacionam com o Direito Criminal.

O tema foi escolhido em razão da proximidade (normalmente oculta) entre o Direito Penal e a Ciência Econômica. Trata-se, na verdade, de noção de racionalidade humana, para não utilizar a expressão mais comum de “agente racional”, em um sentido amplo. Assim como a Ciência Econômica, o Direito tem sido pensado (internamente e politicamente) como um instrumento atuante na sociedade: um meio apto a criar incentivos que acarretarão reações sociais. Por exemplo, imagina-se criar uma lei penal com a intenção de evitar que determinada conduta seja realizada. E isso, por exemplo, aparece constantemente nos discursos existentes nos meios de comunicação, na jurisprudência e na dogmática jurídica. Isso certamente é verdadeiro para um bom número de hipóteses.

Entretanto, a pesquisa demonstra que, embora a Ciência Econômica tenha recebido desenvolvimentos e aportes de outros ramos do conhecimento, a exemplo da Economia Comportamental (que possui fortes relações com a Psicologia e com a Neurociência), o Direito tem permanecido com pretensões de hermeticidade. Há pelo menos cinquenta anos a Ciência Econômica tem convivido com as limitações do “agente racional” (para não falar da citação do próprio Bentham, na abertura deste trabalho); enquanto a crítica jurídica tem se limitado a apresentar as inconsistências do agente racional em seu sentido “clássico”. Critica-se algo que praticamente não mais existe cientificamente. Da mesma forma, a crítica jurídica se preocupa fortemente com um Richard Posner que deixou de existir (sobretudo de uma forma radical) em meados de 1980. Evidentemente, não se trata de uma limitação unicamente brasileira.

O trabalho, nesse contexto, fora dividido em quatro momentos não totalmente estanques. Em um primeiro momento, concedeu-se ênfase na delimitação daquilo que pode ser entendido como análise econômica do Direito Criminal, diferenciando-se das análises econômicas de outros ramos do Direito, para o que se utilizou, como paradigma de comparação, as críticas normalmente empregadas genericamente (ou não) contra o uso dos instrumentos da Ciência Econômica no Direito. Dessa forma, demonstrou-se a grande diferenciação entre as correntes ou modelos da análise econômica dita “tradicional” daquela propriamente penal. Partindo disso, abordou-se algumas críticas específicas realizadas contra

a análise econômica, demonstrando não serem aplicáveis indistintamente a todas as correntes, e, sobretudo, no caso, àquelas ligadas ao Direito Penal. Da mesma forma, por intermédio de exemplos, procurou-se romper com algumas críticas que estabelecem uma relação necessária entre a análise econômica e políticas econômicas de livre mercado, com todas as consequências jurídicas que isso representaria. Mostrou-se que essa relação não é necessária, embora possível. O papel da crítica nessa parte pode ser bem representado pelo paradigma do apaixonado, citado da obra de Raymond Smullyan: alguém que realiza um enorme esforço para parecer o pretendente adequado (e talvez efetivamente seja) e que, por isso mesmo, acaba se afastando da concretude, sobretudo em relação à Análise Econômica do Direito Criminal.

De fato, a pesquisa demonstra, sobretudo na linha de estudos iniciada por Gary Becker, que é inadequado pensar-se que a Análise Econômica do Direito Penal está ligada a um modelo específico de política econômica. Em primeiro lugar, a própria ideia de expansão do uso do instrumental da Ciência Econômica para outros ramos não era bem aceita pela Academia, conforme Becker relatou (tendo permanecido marginalizado por um longo período). Em segundo lugar, na maneira como apresentada, não é adequada a representação de que a Análise Econômica do Direito Criminal estaria disposta necessariamente para tornar o sistema legal mais repressivo, protetivo a um determinado grupo social ou contrário às garantias constitucionais vigentes. Em sentido oposto, pode-se demonstrar em mais um meio de auxílio ao Subsistema Penal, no que tange ao atingimento de suas finalidades, na proporção em que complexifica o grau informacional daquele sistema. E essa observação não se limitaria unicamente à Ciência Econômica; mas aos outros ramos de conhecimento.

No segundo momento do trabalho, procurou-se reconstruir a Análise Econômica do Direito Criminal a partir do primeiro texto sistematicamente publicado sobre o assunto por Gary Becker. Inobstante, como se viu, o trabalho não é sobre a doutrina de Gary Becker, porque, embora esclareça os apontamentos iniciais do autor, agrega considerações de diversos outros pesquisadores a respeito do assunto, sobretudo de universidades e de tradições diferentes daquela de Becker (Chicago). A pesquisa procurou trabalhar com o maior número possível de autores estrangeiros (ao Brasil), tentando apresentar um texto crítico sobre o tema no âmbito da academia jurídica. Isso, porque no Brasil, em grande parte, o assunto é objeto de pesquisas de economistas, encontrando-se um grande desenvolvimento de diferentes modelos. Essas pesquisas nacionais foram preocupação deste trabalho unicamente como meio de diálogo a respeito das conclusões das pesquisas alienígenas; como um meio de crítica a

respeito das possibilidades de importação de algumas ideias e modelos. O foco desta parte do trabalho estava em reconstruir juridicamente no Brasil o modelo inicial, suas características e, sobretudo, as dificuldades já encontradas, inclusive pela própria doutrina especializada no tema. Nesse contexto, debateu-se doutrinariamente diversos resultados de pesquisas nacionais e estrangeiras, cotejando-os com os apontamentos de Becker.

E daí a pertinência do exemplo do cachorro de Smullyan: as análises econômicas (mas não exclusivamente) realizam um grande esforço para computar possibilidades e aferir a eficiência das possíveis soluções; todavia, as próprias soluções, embora cientificamente acarretem ganhos, acabam dependendo de novas pesquisas (sobretudo empíricas) para reduzir a complexidade criada pelas tentativas anteriores de redução da complexidade. De qualquer modo, há um efetivo ganho científico.

Entretanto, é necessário fazer-se mais, especialmente em relação ao reconhecimento das situações e de adaptações teóricas para o Brasil (certos Estados, Municípios, bairros), da mesma forma que o outro paradigma do cigarro representa. Em outras palavras, teoricamente, todas as opiniões constantes no paradigma de Smullyan são potencialmente verdadeiras. Todavia, apenas o estudo de cada situação efetiva daquelas discutidas pelo autor permite a verificação da correção ou não dos argumentos/hipóteses. Em um sentido unicamente teórico não é possível ultrapassar-se o paradoxo; são necessárias investigações empíricas para investigar em qual situação efetivamente cada membro do casal se enquadra. A complexidade é tamanha que todos os argumentos podem ser falsos ou verdadeiros, sem mencionar o restante das possibilidades intermediárias.

Nessa linha de raciocínio ressaltou-se a necessidade de produção de pesquisas brasileiras, de forma que as especificidades do Brasil sejam consideradas quando se intente encontrar soluções jurídicas por intermédio de acoplamentos estruturais (e não unicamente com a Ciência Econômica). Por sua vez, ressaltou-se a problemática da quantidade e da qualidade dos dados a serem analisados, inequivocamente um dos grandes desafios da atualidade, no tocante à aplicação das análises econômicas.

Nesse sentido, as duas partes finais do trabalho se preocupam exclusivamente com as críticas à Análise Econômica do Direito Criminal. O terceiro momento, assim, sintetiza parcela das dificuldades encontradas pela teoria do agir racional (e, portanto, da Ciência Econômica), desde as críticas de Herbert Simon até os aportes mais recentes da Economia Comportamental.

Esse grupo de críticas demonstra não apenas o evidente (pelo menos para a Ciência

Econômica), de que os agentes não são completamente racionais, mas apresenta aportes de como essas limitações, irracionalidades, vieses, heurísticas podem ser pensados. De fato, o bloco de conhecimentos construído no trabalho não se limita a apresentar críticas para a Ciência Econômica, mas a procurar maneiras de agregar os aportes à forma pela qual o Direito enxerga os agentes envolvidos em crimes. Gary Becker sustenta que são pessoas iguais às outras, apenas com uma percepção diferente a respeito dos incentivos (talvez por viverem em uma constelação de incentivos diferentes). E aquelas contribuições permitem a desparadoxalização do “altruísmo” de Smullyan: aquelas críticas tendem a demonstrar, além da veracidade da afirmação de Becker, que há uma gama muito maior de elementos de influência no comportamento, ainda assim, resumido a uma concepção de “incentivos”. Essas pesquisas potencialmente trazem ganhos para a Sociologia, para o Direito, para a Economia, cada ramo considerando as suas especificidades. E esse era um dos objetivos da pesquisa: procurar possibilidades de contribuição para o pensamento e a maneira pela qual o Direito Criminal (e uma política criminal) compreende os problemas, não se limitando apenas às valiosas ideias da Criminologia e da Sociologia, mas também, agora, da Economia Comportamental.

Diversos exemplos a esse respeito foram discutidos ao longo do texto, demonstrando, potencialmente ganhos sociais na maneira de como o Sistema da Política e do Direito podem trabalhar com os problemas sociais. De fato, aparentemente, muita complexidade ainda pode ser agregada no Subsistema Penal, destacando-se, neste momento, os possíveis reflexos em relação à perspectiva do dolo eventual ou da maneira de como as pessoas compreendem os fatos passados. Da mesma forma, a importância do meio pelo qual a informação é disposta socialmente; a ordem dos acontecimentos; a representatividade de fatos passados, etc. O inequívoco, de qualquer forma, é o fato de que essas contribuições à Ciência Econômica são aplicáveis igualmente no âmbito do Sistema Jurídico e que, salvo raras exceções (como o prazo de reflexão do Código de Defesa do Consumidor), ainda são plenamente desconsideradas pelos juristas. Tais contribuições, por si sós, podem trazer ganhos na construção da dogmática jurídica, provocando comunicações no sentido de gerar uma evolução no Sistema do Direito.

A última parte do trabalho, por sua vez, enfatizou a maneira de como os sistemas existentes na sociedade processam informações. A partir da fundamentação da Teoria dos Sistemas, constatou-se que os modelos de Análise Econômica do Direito Penal não influenciam diretamente o Sistema do Direito.

Sendo o Direito autopoiético, como estudado por Leonel Severo Rocha, o Sistema Jurídico não pode ser determinado externamente, como a partir da Ciência Econômica; nem mesmo quando alguns juristas (sistemas psíquicos) realizam aquele tipo de análise. A mecânica de funcionamento do Sistema do Direito se dá por intermédio de comunicações (cujas consequências, paradoxalmente, são improváveis) que precisam ser reconhecidas como informação pelas próprias relações comunicacionais existentes no Sistema Jurídico. Não há possibilidade de imposição externa, porque toda a comunicação é processada a partir de dentro de cada um dos sistemas, segundo sua própria lógica (estruturas, códigos, etc.). Isso tende a ser visto como algo positivo pela dogmática jurídica tradicional e por grande parte da crítica à dogmática.

Inobstante, esse mesmo fenômeno permite outra distinção: demonstra a dificuldade de os sistemas Político e Jurídico alcançarem determinados objetivos sociais por intermédio da legislação e de decisões jurídicas. Ocorre que, da mesma forma que o Direito deve processar as comunicações por si só, os demais sistemas também o fazem (sistemas que podem ser sociais, psíquicos, etc.). Isso poderia representar grandes dificuldades (fazendo ou não o uso de análises econômicas) de modificar-se os comportamentos das pessoas e das organizações por intermédio de incentivos legais (e essa pode ser uma outra percepção do motivo pelo qual algumas normas jurídicas não são respeitadas socialmente). Evidentemente, isso não significa uma impossibilidade de modificar-se a realidade, porque ela já é, de fato, modificada a partir da legislação e das decisões judiciais.

Entretanto, muitas vezes as moscas não morrem em razão do “*spray* de última geração”, elas adoecem e morrem por intermédio de fenômenos muito mais complexos, não necessariamente causais e cuja percepção dos efeitos (ruídos gerados e recebidos pelos diferentes sistemas, assim como o processamento das informações) apenas pode se dar em um longo prazo.

Esse paradoxo também remete ao problema da consequencialidade, discutido ao longo do trabalho. Trata-se, na verdade, da percepção de que as relações de causalidade são em grande parte construídas pelos sistemas psíquicos, não sendo necessariamente naturais. Há, de fato, uma grande dificuldade em se perceber quais são as causas de determinado acontecimento, o que reflete fortemente nas perspectivas das análises econômicas, que pressupõem essa lógica (ainda que unicamente por intermédio de correlações).

Outrossim, complexificando ainda mais, existe o problema da contingência, no sentido que os problemas não se dão unicamente ao olhar-se para o passado. Quando se procura

imaginar ou construir um futuro, encontra-se também grandes dificuldades, em razão da ausência de certezas a seu respeito. O futuro, embora de certa maneira também seja uma construção, possui consideráveis cargas de aleatoriedade (o que também é refletido no Direito quando se propõe a alcançar certas finalidades).

O caráter crítico do trabalho se preocupa com outras maneiras de se pensar soluções para os problemas sociais, soluções não necessariamente jurídico-penais ou jurídicas. A conjugação de aportes da Ciência Econômica (munida da Economia Comportamental) com a Teoria de Sistemas permitiu a observação de que a realidade é muito mais contingente (complexa) que em geral a dogmática e a crítica jurídicas supõem. O resultado aponta para dificuldades de o Direito Penal lidar com todos os tipos de problemas sociais, por intermédio da criminalização (sobretudo quando é escolhido como o principal ou único meio para tratar dos problemas sociais). E, tautologicamente, essa poderia ser, segundo a dogmática apresentada no trabalho, a descrição da realidade jurídico-penal atual. O Direito não acarreta as consequências sociais imaginadas e, por isso mesmo, acabam sendo criadas mais normas jurídicas, em um mote contínuo.

As comunicações políticas e as comunicações jurídicas precisam considerar a necessidade de procurarem observações menos simplificadas a respeito dos problemas jurídicos (e a análise econômica, no que concerne ao comportamento humano, é apta a auxiliar nesse objetivo). A conjugação dessas duas formas de observação dos fenômenos sugere a necessidade de uma efetiva política criminal, cujos resultados deveriam ser socialmente vinculantes. Política criminal que deveria ser construída e mantida com um suporte interdisciplinar e, para efetivamente modificar a dinâmica atual, por intermédio de uma organização específica e funcionalmente diferenciada na sociedade.

Dever-se-ia romper com o raciocínio vicioso que aponta a solução sempre para o Direito Penal, enquanto, além de existirem outros ramos do Direito (potencialmente aptos a trabalhar determinados problemas), muitos problemas talvez não encontrem sua solução por intermédio de normas jurídicas. E a complexidade do Sistema Social é apta a auxiliar na busca por outras soluções. Não é mais crível, no Século XXI, falar-se em decisão jurídica sem considerar, por exemplo, as características do decisor, de seu ambiente e de suas organizações. Talvez, não seja mais crível sequer falar em decisor. De qualquer forma, já se percebeu que essas “circunstâncias” podem modificar integralmente a dinâmica das decisões, da construção do Direito e de seu impacto/alcance social. E esses são temas das atuais pesquisas do Professor Leonel Severo Rocha.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio. Crise no Sistema de Justiça Criminal. **Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 54, n. 1, p. 50-51, junho de 2002. Disponível em: <[http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S000967252002000100023&lng=en&nrm=iso](http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S000967252002000100023&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 out. 2012.
- ALSCHULER, Albert W. *Two Guns, Four Guns, More Guns, Does Arming The Public Reduce Crime?*. **Valparaiso University Law Review**, n. 31, p. 365-73, 1997.
- ANDRADE, Manuel Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- AGUILAR, Maria José; ANDER-EGG, Ezequiel. **Avaliação de Serviços e Programas Sociais**. Tradução de Jaime A. Clasen e Lúcia Mathilde E. Orth. Petrópolis: Vozes, 1995.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul.-dez./2006.
- AMADO, Juan Antonio García. *Sociología Sistémica y Política Legislativa*. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: COMARES, 2005.
- AMARAL, Thiago Bottino do; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do Sistema Penal nos Crimes contra o Mercado de Capitais. In: AMARAL, Thiago Bottino do; MALAN, Diogo. **Direito Penal e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 147-175.
- \_\_\_\_\_; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Análise Econômica do Crime. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 296-317.
- ARAÚJO JUNIOR, Ari Francisco; BORILLI, Salete Polônia; SHIKIDA, Cláudio; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Determinantes do Comportamento Criminoso: um estudo econométrico nas penitenciárias Central, Estadual e Feminina de Piraquara (Paraná). **Pesquisa & Debate**, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 125-148, 2006.
- \_\_\_\_\_; SHIKIDA, Cláudio; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **A Moral Importa?**. Ibmecc MG Working Paper – WP31, Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <<http://www.ceae.ibmecmg.br/wp/wp31.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2011.
- ARIELY, Dan. **Positivamente Irracional: os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas**. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Previsivelmente Irracional: as forças ocultas que formam as nossas decisões**. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Farinas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

AYRES, Ian; DONOHOU, John. *Nondiscretionary Concealed Weapons Laws: A case study of statistics, satandarts of proof, and public choice*. *Review of More Guns, Less Crime*. *American Law and Economics Review*, v. 1, n. 1, p. 436-470, 1999.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BATISTA, Nilo. **Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio**. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução de Paulo M. de Oliveira. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outa modernidade. São Paulo: 34, 2010.

BECKER, Gary. *Autobiografy*. Disponível em <[http://home.uchicago.edu/~gbecker/biogr.aphy/biography\\_2.html](http://home.uchicago.edu/~gbecker/biogr.aphy/biography_2.html)>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_. *Accounting for Tastes*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *Crime and Punishment: an economic approach*. *The Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, p. 169-217, mar./apr., 1968.

\_\_\_\_\_. *On The Economics of Capital Punishment*. *The Economists' Voice*, v. 3, i. 3, article 4, mar./2006. Disponível em: <<http://www.bepress.com/ev/vol3/iss3/art4>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. *The Economic Way of Looking at Behavior: the nobel lecture*. Stanford University, 1996. Edição para Kindle.

\_\_\_\_\_; MULLIGAN, Casey B. *On The Endogenous Determination of Time Preferences*. *Working Paper n. 98*. Center for the Study of the Economy and State from The University of Chicago, 1994. Disponível em: <<http://research.chicagobooth.edu/economy/research/articles/98.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2011.

\_\_\_\_\_; MURPHY, Kevin M. *Social Economics: Market Behavior in a Social Environment*. Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2000. Edição para Kindle.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. GROSSMAN, Michael. *The Economic Theory of Illegal Goods: the case of Drugs*. Cambridge, 2004. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w10976>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

BELLONI, Isaura; MAGALHÃES, Heitor de; SOUSA, Luzia Costa de. **Metodologia de Avaliação em Políticas Públicas**: uma experiência em educação profissional. São Paulo: Cortez, 2000.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**; MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1979. (Os pensadores).

\_\_\_\_\_. **Principles of Penal Law. Book I. Chapter VI - Measure of Punishment**. Disponível em: <[http://ebooks.adelaide.edu.au/b/bentham/jeremy/principles\\_of\\_penallaw/book1.html#section23](http://ebooks.adelaide.edu.au/b/bentham/jeremy/principles_of_penallaw/book1.html#section23)>. Acesso em: 23 de janeiro de 2013.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. **A Construção Social da Realidade**. Tradução de Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 2012.

BLACK, Dan A.; NAGIN, Daniel S. *Do Right-to-Carry Laws Deter Violent Crime?*. **Journal of Legal Studies**, n. 27, p. 209-19, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la Teoria del Derecho**. Madrid: Editorial Debate, 1990.

\_\_\_\_\_. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Baccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BORRILI, Salete Polônia; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. **Breves Notas sobre a Criminalidade**: custo, papel das organizações e a questão feminina. Artigo cedido por e-mail pelo autor, mas encontra-se disponível em: <[www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/dirp162/borilli-shikida-2008.pdf](http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/dirp162/borilli-shikida-2008.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2011.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Economia e Crime: um estudo exploratório na Penitenciária Industrial de Guarapuava e Cadeia Pública de Foz de Iguaçu (PR). **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 328-346, abr.-jun/2003.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Recurso Especial n. 620.237/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 21/10/2004, DJ 16/11/2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial n. 1265373/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Hábeas-Córpus n. 238.714/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012.

BRENNER, Geraldo. A Teoria Econômica do Crime. **Revista Leader**, Porto Alegre, n. 35, fev./2003. Disponível em: <[http://www.revistaleader.com.br/leader/edicao\\_35/artigo\\_02.asp](http://www.revistaleader.com.br/leader/edicao_35/artigo_02.asp)>. Acesso em: 16 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. **Entendendo o Comportamento Criminoso**: educação, ensino de valores morais e a necessidade de coibir o comportamento criminoso: uma contribuição da teoria econômica e um recado para nossas autoridades. Porto Alegre: AGE, 2009.

BRUNI, Luigino; ZAMAGNI, Stefano. **Economia Civil**: eficiência, equidade, felicidade pública. São Paulo: Cidade Nova, 2010.

BUCKLEY, Walter. **A Sociologia e a Moderna Teoria dos Sistemas**. Tradução de Octávio Mendes Cajado. São Paulo: Cultrix, 1971.

CABRAL, Sandro; LAZZARINI, Sérgio G. Impactos da Participação Privada no Sistema Prisional: evidências a partir da Terceirização de Prisões no Paraná. **Revista de Administração Contemporânea**, Curitiba, v. 14, n. 3, art. 1, p. 395-413, mai.-jun./2010.

CALABRESI, Guido. *The Pointlessness of Pareto: carrying Coase further*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 168-198.

CALIENDO, Paulo. Direito Internacional Privado e Análise Econômica do Direito. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CALLEGARI, André Luis. **Teoria Geral do Delito e da Imputação Objetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_; WERMUTH, Maiquel A. D. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. Democracia, Participação e Processo. **Revista Ciência Jurídica**, Salvador, ano I, n. 6, p. 13-24, jun./1987.

CALSAMIGLIA, Albert. *Eficiencia y Derecho*. **Doxa**, n. 04, p. 267-287, 1987. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4\\_17.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10913/1/Doxa4_17.pdf)>. Acesso em: 13 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. **Racionalidad y Eficiencia del Derecho**. Colonia del Carmen: Fontamara, 1997.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Escolha Racional e Criminalidade: uma avaliação crítica do modelo. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 93-110, 2008.

CARRERA-FERNANDEZ, José; PEREIRA, Rogério. A Criminalidade na Região Policial da Grande São Paulo sob a Ótica da Economia do Crime. **Revista Econômica do Nordeste**, Fortaleza, v. 31, n. Especial, p. 898-918, nov./2000.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 59, p. 213-234, abr.-jun./2007.

CLAM, Jean. A Autopoiese no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Questões Fundamentais de uma Teoria da Sociedade: contingência, paradoxo e**

só-efetuação. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

\_\_\_\_\_. Monetarização, Generalização da Cobiça e Paradoxo do Direito. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JÚNIOR, Dalmir (org.). **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 219-251.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. **La Seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal Postmoderno**. Madrid: Iustel, 2007.

CERQUEIRA, Daniel R. C.; CARVALHO, Alexandre X. Y.; LOBÃO, Waldir J. A.; RODRIGUES, Rute I. **Análise dos Custos e Consequências da Violência**. Texto para discussão n. 1.284. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2007. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/082/08201\\_008.jsp?ttCD\\_CHAVE=2817](http://www.ipea.gov.br/082/08201_008.jsp?ttCD_CHAVE=2817)>. Acesso em: 19 jan. 2013.

CERQUEIRA, Daniel; LOBÃO, Waldir. **Determinantes da Criminalidade**: em resenha dos modelos teóricos e resultados empíricos. Texto para Discussão IPEA n.º 956, Rio de Janeiro, jun. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0956.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0956.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à Teoria Geral da Administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência**: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. *Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (paper 050107-10)*. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050107-10/>>. Acesso: 13 outubro de 2007.

COHEN, Mark A. **The Costs of Crime and Justice**. New York: Routledge, 2005.

COOTER, Robert. *Prices and Sanctions*. **Columbia Law Review**, v. 84, p. 1.523-1.560, jun./1984.

\_\_\_\_\_. *Treating Yourself Instrumentally: Internalization, Rationality, and the Law*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). **The Law and Economics of Irrational Behavior**. Stanford: Stanford University, 2005. p. 95-110.

\_\_\_\_\_. *The Confluence of Justice and Efficiency in the Economic Analysis of Law*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). **The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 222-240.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Law and Economics**. 4.ed. Boston: Person Addison Wesley, 2003.

DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). *Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación*. Granada: COMARES, 2005.

DIXIT, Avinash; SKEATH, Susan; REILEY, David. *Games of Strategy. International Edition*. New York: W. W. Norton & Company, 2009.

DONOHUE, John; LEVITT, Steven. *Guns, Violence, and the Efficiency of Illegal Markets*. *American Economic Review*, n. 88, i. 2, p. 463-67, 1998.

DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven D. *Superfreakonomics: o lado oculto do dia a dia*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EHRlich, Isaac. *Crime, Punishment, and the Market for Offenses*. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n. 1, p. 43-67, 1996.

\_\_\_\_\_. *Participation in illegitimate Activities: an economic analysis*. In: BECKER, Gary; LANDES, William. *Essays in the Economics of Crime and Punishment*. New York: UMI, 1974. p. 68-134. Disponível em: <<http://www.nber.org/chapters/c3627.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

EIDE, Erling; RUBIN, Paul H.; SHEPHERD, Joanna M. *Economics of Crime. Foundations and Trends in Microeconomics*, Hanover, v. 2, i. 3, 2006.

ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador: formação do Estado e Civilização*. Volume 2. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

ELSTER, Jon. *Egonomics: análisis de la interacción entre racionalidad, emoción, preferencias y normas sociales en la economía de la acción individual y sus desviaciones*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. *Marxismo, Funcionalismo e Teoria dos Jogos*. Tradução de Regis de Castro Andrade. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 17, p. 163-204, jun./1989.

\_\_\_\_\_. *Ulisses Liberto: Estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições*. Tradução de Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: UNESP, 2009.

FARIA, José E. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FELDMAN, Yuval; MACCOUN, Robert. *Some Well-aged wines for the 'new norms' bottles: implications of social psychology for law and economics*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University, 2005. p. 358-396.

FELIN, Teppo; FOSS, Nicolai J. *Social Reality, the Boundaries of Self-fulfilling Prophecy, and Economics*. *Organization Science*, v. 20, n 3, p. 654-668, mai./jun. 2009. Disponível em: <<http://orgsci.journal.info rms.org/content/20/3/654.full.pdf+html>>. Acesso em: 29 out. 2012.

FOERSTER, Heinz von. Construindo a Realidade. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **A Realidade Inventada**: como sabemos o que cremos saber? Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Capinas: Editorial Psy II, 1994. p. 46-66.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da Prisão. Tradução de Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 1996.

FRANK, Robert. *Departures from Rational Choice: with and without regret*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). **The Law and Economics of Irrational Behavior**. Stanford: Stanford University, 2005. p. 13-36.

GALVANI, Pascal, A Autoformação, uma perspectiva transpessoal, transdisciplinar e transcultural. In: BARROS, Vitória M. de; MELLO, Maria F. de; SOMMERMAN, Américo (orgs.). **Educação e Transdisciplinaridade II**. Centro de Estudos Transdisciplinares da Escola do Futuro da Universidade de São Paulo – CETRANS. São Paulo: TRIOM, 2002. p. 93-122.

GARLAND, David. As contradições da “Sociedade Punitiva”: o caso Britânico. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, n. 13, p. 59-80, nov./1999.

GAROUPA, Nuno. *Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review*. **European Journal of Law Economics**, Erfurt, v. 15, n. 1, p. 5-15, jan./2003.

\_\_\_\_\_. *The Theory of Optimal Law Enforcement*. **Journal of Economic Surveys**, Blackwell Publishers, v. 11, n. 3, p. 267-295, set. /1997.

\_\_\_\_\_; GOMEZ-POMAR, Fernando. *Punish Once or Punish Twice: A Theory of the use of Criminal Sanctions in Addition to Regulatory Penalties*. **American Law and Economics Review**, Oxford University Press, v. 6, n.2, p. 410-433, 2004.

GEORGI, Raffaele de; LUHMANN, Niklas. **Teoría de la Sociedad**. Tradução de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

GIANNETTI, Eduardo. **O valor do Amanhã**: ensaio sobre a natureza dos juros. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 01-33.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed., Porto Alegre: Penso, 2012.

GIGERENZER, Gerd. Is the Mind Irrational or Ecologically Rational? In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). **The Law and Economics of Irrational Behavior**. Stanford: Stanford University, 2005. p. 37-67.

GLAESER, Edward L.; SACERDOTE, Bruce; SCHEINKMAN, José A. *Crime and Social Interactions*. **Quarterly Journal of Economics**, Oxford University Press, v. 111, i. 2, p. 507-48, mai./1996.

GLASERSFELD, Ernst von. Introdução ao Construtivismo Radical. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **A Realidade Inventada**: como sabemos o que cremos saber? Tradução de Jonas

Pereira dos Santos. Capinas: Editorial Psy II, 1994. p. 24-45.

GOFFMAN, Erving. **Comportamento em Lugares Públicos**: notas sobre a organização social dos ajuntamentos. Tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. Petrópolis: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Ritual de Interação**: ensaios sobre o comportamento face a face. Tradução de Fábio Rodrigues Ribeiro da Silva. Petrópolis: Vozes, 2011.

GUITTON, Henri. **Economia Política**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1971.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HASHEM, Dezhbakhsh; RUBIN, Paul H. *Lives Saved or Lives Lost?: the effects of concealed-handgun laws on crime*. *American Economic Review*, n. 88, i. 2, p. 468-74, 1998.

HAYWARD, Keith. *Situational Crime Prevention and its discontents: Rational Choice Theory versus the 'Culture of Now'*. *Social, Policy & Administration*, Blackwell Publishing, Oxford, v. 41, n. 3, p. 232-250, jun./2007.

HILBRECHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

HODGSON, Geoffrey M. *Meanings of Methodological Individualism*. *Journal of Economic Methodology*, v. 14, n. 2, p. 211-226, jun./2007. Disponível em: <[http://www.geoffreyhodgson.info/user/image/meanmethi nd.pdf](http://www.geoffreyhodgson.info/user/image/meanmethi%20nd.pdf)>. Acesso em: 14 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. *On the Limits of Rational Choice Theory*. *Economic Thought*, World Economics Association, n. 1, p. 94-108, 2012.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal**. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal do Inimigo**. Tradução de Gérlia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *El Principio de Culpabilidad*. *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Ciudad Real (Espanha), tomo XLV, fascículo III, p. 1.051-1.083, 1992. Disponível em: <[http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/guntherjakobs.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/guntherjakobs.pdf)>. Acesso em: 24 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. *Sociedad, norma y persona em uma teoría de um Derecho penal funcional*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Sociedade, norma e pessoa**: Teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Organizado e traduzido por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JENNINGS JR., William P. *A Note on the Economics of Organized Crime*. **Eastern Economic Journal**, vol. X, n. 3, p. 315-321, jul.-set./1984.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *A Behavioral Approach to Law and Economics*. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University, 2008. p. 13-58.

\_\_\_\_\_. *On Law Enforcement with Boundedly Rational Actors*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). **The Law and Economics of Irrational Behavior**. Stanford: Stanford University, 2005. p. 268-286.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Tecnoprint, Ediouro, 1991.

KAHAN, Dan M. *What Do Alternative Sanctions Mean?* In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). **Economics of Criminal Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 75-137.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

\_\_\_\_\_; TVERSKY, Amos. *Prospect Theory: an analysis of decision under risk*. **Econometrica**, v. 47, n. 2, p. 263-292, mar./ 1979. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0012-9682%28197903%2947%3A2%3C263%3APTAAOD%3E2.0.CO%3B2-3>>. Acesso em: 12 de março de 2012.

KASSOUF, Ana Lúcia; SANTOS, Marcelo Justus dos. Uma Investigação Econômica da Influência do Mercado de Drogas Ilícitas sobre a Criminalidade Brasileira. **Revista EconomiA**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 187-210, mai.-ago./2007.

KELMAN, Mark; ROTTENSTREICH, Yuval; TVERSKY, Amos. *Context-Dependence in Legal Decision Making*. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). **Behavioral Law & Economics**. New York: Cambridge University, 2008. p. 61-94.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KING, Michael. A Verdade Sobre a Autopoiése no Direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiése no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41-98.

KLEIN, Peter G. *New Institutional Economics* [texto 0530, de 1999]. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit De. **Encyclopedia of Law & Economics**. Disponível em: <<http://encyclo.f indlaw.com/>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J. *Economic Contributions to the Understanding of Crime*. **The Annual Review of Law and Social Science**, n. 2, p. 147-164, 2006. Disponível em: <<http://lawsocsci.a nnuualreviews.org>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Economics of Criminal Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing,

2008.

LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Morais da. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LÓPEZ, E. Mira y. **Manual de Psicologia Jurídica**. São Paulo: Mestre Jou, 1967.

LOTT JR., John R. **More Guns, Less Crime: understanding crime and gun control laws**. Chicago: Chicago University Press, 2010.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da Comunicação**. Tradução de Anabela Carvalho. Lisboa: Vega, 2006.

\_\_\_\_\_. **Diritto ed Economia**. Tradução provisória do mesmo título do original em alemão cujo nome do tradutor não se encontra na cópia reprográfica consultada. Cópia do material fornecido pelo Professor Leonel Severo Rocha.

\_\_\_\_\_. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. **El Derecho de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: HERDER, 2005.

\_\_\_\_\_. **La Sociedad de la Sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo Procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. (Coleção Pensamento Político, n. 15).

\_\_\_\_\_. **Organización y Decisión**. Traduzido por Darío Rodríguez Mansilla. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

\_\_\_\_\_. **Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general**. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

\_\_\_\_\_. **Sociología del Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MALLOY, Robin Paul. **Law and Market Economy: reinterpreting the values of Law and Economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MANSILLA, Darío Rodríguez; NAFARRATE, Javier Torres. **Introducción a la Teoría de la Sociedad de Niklas Luhmann**. México: Herder, 2008.

MARCONDES FILHO, Ciro. **O Princípio da Razão Durante: O círculo cibernético: o observador e a subjetividade**. Coleção Nova Teoria da Comunicação III, Tomo III. São Paulo: Paulus, 2011.

MARINHO, Alexandre; FAÇANHA, Luís Otávio. **Programas Sociais: Efetividade,**

Eficiência e Eficácia como Dimensões Operacionais da Avaliação. Texto Para Discussão N° 787. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2001. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/upload/com\\_arquivo/1349872137.pdf](http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349872137.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2013.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **A Árvore do Conhecimento**: as bases biológicas da Compreensão Humana. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

\_\_\_\_\_. **Biología del Fenómeno Social**. Disponível em: <<http://www.ecovisiones.cl>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

\_\_\_\_\_; VARELA, Francisco. **De Máquinas e Seres Vivos**. Autopoiése: A organização do vivo. Tradução de Juan Acuña Llorens. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

\_\_\_\_\_. **El Sentido de lo Humano**. Buenos Aires: Granica, 2010.

\_\_\_\_\_. **La realidade: ¿objetiva o construída?** México: Universidad Iberoamericana, 1995.

WATZLAWICK, Paul (org.). **O Olhar do Observador**: contribuições para uma teoria do conhecimento construtivista. Campinas: Editorial Psy II, 1995. p. 163-198.

MEDENA, Steven G.; MERCURO, Nicholas. **Economics and the Law: from Posner to Post-Modernism and Beyond**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. A Autonomia do Direito: apontamentos acerca do funcionalismo jurídico. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 27, n. 85, p. 337-49, mar./2002.

MELIÁ, Manuel Cancio. O Estado da Política Criminal e a Ciência do Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

**METHODOLOGICAL INDIVIDUALISM**. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/methodological-individualism/>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

MISES, Ludwig Von. **Ação Humana**: um tratado de economia. Tradução de Donald Stewart Júnior. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

MOELLER, Hans-Georg. **Luhmann Explained: from souls to systems**. Chicago: Open Court, 2006.

NAFARRATE, Javier Torres. *Nota a la versión en español*. In: LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. México: Universidad Iberoamericana, 2006. p. 07-43.

NASSEHI, Armin. *La Diferencia de la Comunicación e la Comunicación de la Diferencia: sobre los fundamentos de la Teoría de la Comunicación el la Teoría Social de Niklas Luhmann*. In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: COMARES, 2005. p. 21-40.

NICOLA, Daniela R. Mendes. Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 219-242.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e Sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução de Vera Pereira. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OLSSON, Gustavo A. Análise Econômica do Direito Criminal: Gary Becker no Brasil e perspectivas. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 75-107, jan.-mar./2012.

\_\_\_\_\_. Apontamentos sobre a aplicação da análise econômica do direito no estudo da legislação criminal e das condutas sociais indesejadas. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, ano 36, n. 116, p. 151-172, dez./2009.

\_\_\_\_\_; TIMM, Luciano B. Análise Econômica do Crime no Brasil. AMARAL, Thiago Bottino do; MALAN, Diogo. **Direito Penal e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 111-131.

O'NEIL, Michael E. *The Biology of Irrationality: Crime and the Contingency of Deterrence*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). **The Law and Economics of Irrational Behavior**. Stanford: Stanford University, 2005. p. 287-314.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho: Una Reconstrucción Teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). **The Law and Economics of Irrational Behavior**. Stanford: Stanford University, 2005.

PESSANHA, José Américo Motta (consultor). **Jemery Bentham (1748-1832): vida e obra**. In: BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**; MILL, John Stuart. **Sistema de lógica dedutiva e indutiva**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Victor Civita, 1979. (Os pensadores).

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

POSNER, Richard. A. **A Economia da Justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *A Theory of Primitive Society, with special Reference to Law*. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 23, n. 1, p. 1-53, 1980. p. 53. Disponível uma cópia de acesso gratuito e unicamente para leitura em: <<http://www.docin.com/p-131756705.html>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *An Economic Theory of Criminal Law*. In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs.). **Economics of Criminal Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. p. 138-176.

\_\_\_\_\_. *Bentham's Influence on The Law and Economics Movement*. **Current Legal Problems**, Londres, v. 51, n. 1, p. 425-439, 1998.

\_\_\_\_\_. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

\_\_\_\_\_. *The Law and Economics Movement: from Bentham to Becker*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). *The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 328-349.

POUND, Roscoe. *Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico*. Barcelon: Ediciones Ariel, 1950.

RACHLINSK, Jeffrey I. *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008. p. 95-115.

RAMUSSEN, Eric. *Stigma and Self-Fulfilling Expectations of Criminality*. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 39, n. 2, p. 519-543, out./1996. Disponível também em: <[http://www.rasmusen.org/published/Rasmusen\\_96JLE.stigma.pdf](http://www.rasmusen.org/published/Rasmusen_96JLE.stigma.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2012. (versão do endereço eletrônico).

RANDOM, Michel. O Território do Olhar. In: BARROS, Vitória M. de; MELLO, Maria F. de; SOMMERMAN, Américo (orgs.). **Educação e Transdisciplinaridade II**. Centro de Estudos Transdisciplinares da Escola do Futuro da Universidade de São Paulo – CETRANS. São Paulo: TRIOM, 2002. p. 27-44.

RIEDL, Rupert. As Consequências do Pensamento Radical. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **A Realidade Inventada**. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1994. p. 73-96.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Racionalidade das leis penais**: teoria e prática. Tradução de Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIVACOBBA, Manuel de Rivacoba y. Proêmio à Segunda Educação. In: CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 11-16.

ROBBINS, Stephen Paul. **Administração**. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. A Produção Sistêmica do Sentido do Direito: da semiótica à autopoiese. In: MORAES, José Luis Bolzan; STRECK, Lênio Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos, São Leopoldo, n. 6, p. 165-186, 2010.

\_\_\_\_\_. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

\_\_\_\_\_. Observações sobre a observação Luhmanniana. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 11-40.

\_\_\_\_\_. **Paradoxos da Auto-observação**: percursos da teoria jurídica contemporânea.

Curitiba: JM Editora, 1997.

\_\_\_\_\_; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma Teoria da Organização da Decisão Jurídica Autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêuticos e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 193-213, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.unisinos.br/revistas/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.09>>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2013.

\_\_\_\_\_; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: 2005.

\_\_\_\_\_; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade sobre a Autopoiése no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Perícias Técnicas, Decisões Jurídicas e Gestão em Sistemas Setoriais no Contexto dos Novos Direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (coord.). **Direito Ambiental e Autopoiése**. Curitiba: Juruá, 2012.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. *Algunas Consideraciones acerca de la (auto)Legitimación del Derecho Penal: ¿Es el Problema de la Legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?.* In: DIÉZ, Carlos Gómez-Jara (ed.). **Teoría de Sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidades de aplicación**. Granada: COMARES, 2005. p. 257-294.

RODRÍGUEZ, Darío; ARNOLD, Marcelo. **Sociedad y teoría de sistemas: elementos para la comprensión de la teoría de Niklas Luhmann**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2007.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROWLEY, Charles K. *An Intellectual History of Law and Economics: 1739-2003*. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K (orgs.). **The Origins of Law and Economics: essays by the Founding Fathers**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2005. p. 03-32.

RUBIN, Paul H. *Judge-made Law* [Texto 9200, de 1999]. In: BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit De. **Encyclopedia of Law & Economics**. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

RUBINFELD, Daniel L; PINDYCK, Robert S. **Microeconomia**. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimarães e Luciana do Amaral Teixeira. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2010.

SAH, Raaj K. *Social Osmosis and Patterns of Crime*. **Journal of Political Economy**, The University of Chicago Press, v. 99, n. 6, p. 1271-1295, dez./1991. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2937730>>. Acesso em: 21 set. 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O Que é “Direito e Economia”?**. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ead/salama-artigo.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal**

nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Eficiência e Direito Penal**. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11. Barueri: Manole, 2004.

SANTO, Ana Priscila do Espírito; FERNANDEZ, José Carrera. Criminalidade sob a Ótica do Presidiário: o caso da Penitenciária Lemos Brito, na Bahia. **Revista Desenhahia**, Salvador, n. 9, p. 233-258, set./2008.

SANTOS, Wanderly Guilherme dos. **O Paradoxo de Rousseau**: uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

SASSOWER, Raphael. *Is Homo Economics Extinct?* **Philosophy of the Social Sciences**, Sage Publications, n. 40 (4), p. 603-615, jun./2010. Disponível em: <<http://pos.sagepub.com/content/40/4/603>>. Acesso em: 31 out. 2012.

SCHAEFER, Gilberto José; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Economia do Crime: elementos teóricos e evidências empíricas. **Análise Econômica**, Porto Alegre, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, ano 19, n. 36, p. 195-216, set. 2001.

SCHWARTZ, Germano. A Fase Pré-autopoiética do Sistemismo Luhmanniano. In: ROCHA, Leonel Severo; CLAM, Jean; SCHWARTZ, Germano. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: 2005. p. 49-86.

SEN, Amartya K. *Rational Fools: A critique of the behavioral foundations of economic theory*. **Philosophy and Public Affairs**, Princeton University Press, v. 6, n. 4, p. 317-344, 1977 [verão]. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici?sici=0048-3915%28197722%296%3A4%3C317%3ARFACOT%3E2.0.CO%3B2-Z>>. Acesso em: 24 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SFEZ, Lucien. **A comunicação**. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Crítica da Comunicação**. Tradução de Maria Stela Gonçalves e Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

SHAVELL, Steven. *Criminal Law And The Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*. In: LEVITT, Steven D.; MILES, Thomas J (orgs). **Economics of Criminal Law**. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2008. Capítulo 6, p. 177-207.

\_\_\_\_\_. **Economic Analysis of Law**. New York: Foundation Press, 2004.

SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 2, p.

324-344, jul.-dez./2010.

\_\_\_\_\_. **Crimes Violentos e Desenvolvimento Socioeconômico**: um estudo para o Estado do Paraná. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/89g1j0jc#page-1>>. Acesso em: 23 jul. 2011.

SIEBERG, Katri K. *Criminal Dilemmas: understanding and preventing crime. Studies in Economic Theory*, n. 12. Berlin: Springer-Verlag, 2005.

SIMON, Herbert. **Os Limites ou Fronteiras da Racionalidade**. Entrevista disponível no sítio “You Tube”. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=QFLxazu6pCw&feature=player\\_embedded](http://www.youtube.com/watch?v=QFLxazu6pCw&feature=player_embedded)>. Acesso em: 30 out. 2012.

SIMON, Herbert A. *A Behavioral Model of Rational Choice*. [p-365, 17 p., datilografado], 20 de janeiro de 1953. Disponível em: <[www.rand.org/pubs/papers/2005/p365.pdf](http://www.rand.org/pubs/papers/2005/p365.pdf)>. Acesso em: 01 nov. 2012.

SINGER, Peter. **Curso de Introdução à Economia Política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

SKOG, Ole-Jorgen. *Addiction, Choice, and Irrationality*. In: PARISI, Francesco; SMITH, Vernon L. (orgs.). *The Law and Economics of Irrational Behavior*. Stanford: Stanford University, 2005. p. 111-140.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Volume I. Trad. de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Economistas).

SMULLYAN, Raymond. *This Book Needs No Title: a budget of living paradoxes*. New York: Simon & Schuster, [1986?].

SOUSA, Luis Gonzaga de. **Economia de Bem-Estar**. [Observatório da Economia Latinoamericana]. Disponível em: <<http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/br/11/lgs.html>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2012.

SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008.

\_\_\_\_\_; ULLMANN-MARGALIT, Edna. *Second-order Decisions*. In: SUNSTEIN, Cass R. (org.). *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University, 2008. p. 187-208.

\_\_\_\_\_; THALER, Richard H. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

STEPHEN, Frank H. **Teoria Econômica do Direito**. Tradução de Neusa Vitale. São Paulo: Makron Books, 1993.

STIGLER, George J. *The Optimum Enforcement of Laws*. *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, v. 78, n. 3, p. 526-536, Mai.-jun./1970.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: SZTAJN, Rachel e ZYLBERSZTAJN, Décio

(org). **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

THUMS, Gilberto. **Estatuto do Desarmamento**: fronteiras entre a racionalidade e razoabilidade. Comentários por artigos (análise técnica e crítica). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TIMM, Luciano B. A matriz da análise econômica do direito para além do “eficientismo”. In: CALLEGARI, André Luís; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 203-219, 2010.

\_\_\_\_\_. (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

\_\_\_\_\_. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1989.

\_\_\_\_\_. *Droit et réflexivité: l'auto-référence en droit et dans l'organisation*. Bélgica: Bruylant/L.G.D.J, 1996.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: uma abordagem moderna. Tradução de Elfio Ricardo Doninelli e Regina Célia Simille de Macedo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

WATZLAWICK, Paul. Efeito ou Causa. In: WATZLAWICK, Paul (org.). **A Realidade Inventada**. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1994. p. 67-72.

\_\_\_\_\_. (org.). **A Realidade Inventada**. Tradução de Jonas Pereira dos Santos. Campinas: Editorial Psy II, 1994.

WETTERSTEN, John. *Beyond Methodological Individualism: Social Scientific of Rational Practice*. **European Journal of Sociology**, v. 53, p. 97-118, mai./2012.

WINKIN, Yves (org.). **La Nueva Comunicación**. Barcelona: Kairós, 1994.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O Inimigo do Direito Penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan. Coleção Pensamento Criminológico, n. 14. 2007.

ZIMRING, Franklin; HAWKINS, Gordon. *Concealed Handgun Permits: the case of the counterfeit deterrent*. **The Responsive Community**, Washington, Center for Policy Research, v. 2, i. 2, p. 46-60, 1997.