

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

Gustavo Henrique Sperandio Roxo

**CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO
NA SEARA PENAL: POR UMA RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA E TEÓRICA**

Curitiba

2012

Gustavo Henrique Sperandio Roxo

**CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO
NA SEARA PENAL: POR UMA RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA E TEÓRICA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. André Ribeiro
Giamberardino

Curitiba

2012

AGRADECIMENTOS

É esta a parte certamente mais tortuosa do trabalho: dar a *justa retribuição* a todos aqueles que, de algum modo, contribuíram nesta importante caminhada que chega ao fim. Invariavelmente, não conseguirei agradecer com exatidão a importância de cada um, já que a *dosimetria* dos agradecimentos é, naturalmente, falha. Porém, certamente seria mais injusto não fazê-lo. Pois bem, é preciso dar “nomes aos bois”, portanto:

Primeiramente, agradeço a Deus, por me dar a felicidade assim *de bandeja*, mesmo que muitas vezes eu certamente não merecesse. Agradeço por me cercar dos homenageados, perfeitamente alocados em cada momento de minha vida.

Agradeço aos meus avós, meus maiores torcedores: nem um oceano consegue interromper o carinho que recebo de vocês. Em especial ao meu avô Odyer, por ser quem eu quero ser.

Agradeço ao meu amigo e orientador André Ribeiro Giamberardino, pelo exemplo dado a cada dia. Certamente não conseguirei nessas palavras descrever a admiração e o respeito que tenho por você.

Agradeço à Universidade Federal do Paraná, por ter sido a escolha mais acertada.

Agradeço ao Nemo, “*meio-cão meio irmão*” pelo carinho e alegria de cada chegada.

Agradeço à minha irmã Clarissa, sempre companheira, por ser exemplo de dedicação e amor à profissão.

Agradeço ao meu pai Antônio, por ser meu pilar, meu melhor amigo. Qualquer palavra será incapaz de demonstrar o amor imenso que sinto por você.

Agradeço à minha mãe Valéria, pela dedicação integral e inarredável. Eu precisaria de mil vidas para retribuir o amor gratuitamente concedido desde o início.

Agradeço ao meu amor, Fabiane, por ser tudo em minha vida. Posso-lhe garantir que não há homem neste mundo mais feliz do que eu. Você é a razão de tudo. Agradeço todos os dias por ter me escolhido para fazer feliz. Muito obrigado pelos cinco melhores anos de minha vida. Que venham os próximos cinquenta!

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O MOVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (<i>LAW AND ECONOMICS</i>) – ENXERGANDO O DIREITO SOB AS LENTES DA ECONOMIA	10
1.1 O QUE É A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?	10
1.1.1 HETEROGENEIDADE DO MOVIMENTO	13
1.1.2 OS PRIMEIROS TRABALHOS: ASPECTOS MAIS IMPORTANTES DOS TEXTOS FUNDADORES DA ABORDAGEM ECONÔMICA DO DIREITO	18
1.2 CONDIÇÕES PARA O SURGIMENTO DA <i>LAW AND ECONOMICS</i>	23
1.2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PENSAMENTO NEOLIBERAL	24
1.2.2 POR UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA NA CULTURA JURÍDICA AMERICANA: COMO SURTIU O MOVIMENTO DA <i>LAW AND ECONOMICS</i> ?.....	29
1.3 DESVELANDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	36
1.3.1 A <i>LAW & ECONOMICS</i> BIPARTIDA: AS ANÁLISES POSITIVA E NORMATIVA	36
1.3.2 OS LIMITES DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL	41
1.3.3 O PAPEL DO DIREITO PARA A <i>LAW AND ECONOMICS</i> : CARÁTER SUBSIDIÁRIO E INSTITUIDOR DE PREÇOS E INCENTIVOS	47
1.3.4 A EFICIÊNCIA COMO VETOR	50
2 A ANÁLISE ECONÔMICA E O DIREITO PENAL	54
2.1 DE BENTHAM A BECKER – A JUSTIFICATIVA DA PENA PARA A ANÁLISE ECONÔMICA	54
2.2 INTERPRETANDO O CRIMINOSO COMO UM SUJEITO RACIONAL ..	63
2.3 O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E O CONTROLE DA CRIMINALIDADE	68
2.3.1 OS INCENTIVOS NEGATIVOS DA POLÍTICA DE COMBATE AO CRIME	71
2.3.2 OS INCENTIVOS POSITIVOS DA POLÍTICA DE COMBATE AO CRIME	75
2.4 QUAL A PENA MAIS EFICAZ AO DIREITO PENAL?	77

2.5 ALTERNATIVAS PARA A REDUÇÃO DOS CUSTOS DA CRIMINALIDADE – A DESESTATIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE LAW ENFORCEMENT.	82
3 A ANÁLISE ECONÔMICA E OS POSTULADOS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA.....	87
3.1 SITUANDO A ANÁLISE ECONÔMICA NO ÂMBITO DA CRIMINOLOGIA	87
3.2 DESMASCARANDO A FUNÇÃO DE PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA DA PENA	96
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
5 BIBLIOGRAFIA	104

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo tratar da denominada Análise Econômica do Direito, movimento jurídico norte-americano que provocou uma verdadeira revolução nos paradigmas tradicionais do Direito. Trata-se de elucidar mais propriamente uma subárea do referido fenômeno, qual seja, a Análise Econômica do Crime. Neste sentido, expõem-se, sob um viés claramente crítico, quais os principais fundamentos que embasam a teorização contemporânea, aludindo sempre à formação histórica dos principais institutos que marcam essa nova abordagem do Direito. Apresentam-se as ideias utilitaristas que embasam a reação do sistema punitivo, interpretando-se criticamente a justificação da pena enquanto realizadora da função de prevenção geral negativa (*general deterrence*). Mais ainda, busca-se desmascarar a suposta neutralidade que circunda a interpretação economicista, necessariamente situada num ambiente *eficientista* e neoliberal. Sob tal perspectiva, aponta-se a inadequação dos pressupostos da *Economic Analysis of Crime* no que se refere aos postulados da Criminologia Crítica.

Palavras-chave: Análise Econômica; *Law and Economics*; prevenção geral negativa; princípio da eficiência; *Deterrence*; *Economic Analysis of Crime*.

ABSTRACT

In the present work we aim to deal with what is known as the Economic Analysis of Law, a juridic North-American movement which has revolutionized traditional paradigms of Law. Our objective is to consider a subdivision of the afore-mentioned area which is the Economic Analysis of Crime. For that purpose we expose, with a critical point of view, the most important foundations supporting contemporary theorization, with a special regard to the historical formation of the leading institutes dealing with this new approach. Utilitarian ideas which form the basis of action of the punitive system are presented along with a critical interpretation of the defensiveness of punishment to achieve general deterrence. In addition, we intend to reveal the apparent neutrality that embodies the economicist interpretation, necessarily situated in an efficacious and neoliberal environment. With such perspective, we point out the inadequacy of the assumptions of the *Economic Analysis of Crime* in relation to the postulates of Critical Criminology.

Key-words: Economic analysis; Law and Economics; general deterring; efficiency principle; Deterrence; Economic Analysis of Crime.

INTRODUÇÃO

Abordar uma teorização tão complexa e paradigmática como o movimento da Análise Econômica do Direito (ou *Law and Economics*) exige um estudo capaz de compreender quais seus elementos primordiais, além de uma necessária contextualização histórica que o situe no âmbito da cultura jurídica norte-americana. Isto porque, como veremos adiante, apesar de se espriar pelos mais diversos ordenamentos jurídicos (inclusive o brasileiro), há que se destacar que se trata de um fenômeno surgido no seio do *common law* dos Estados Unidos.

Neste contexto, a disseminação de um novo método de análise dos principais institutos do Direito, através da expansão da ciência econômica sobre áreas até então povoadas por uma racionalidade eminentemente jurídica, não pode ser focalizada como se fora um fenômeno isolado, completamente independente de outras variáveis econômicas, políticas e sociais. Trata-se, isto sim, de um movimento indiscutivelmente consolidado e institucionalizado¹, que alcança um alto grau de aplicabilidade na jurisprudência norte-americana, e que vem sendo utilizado como instrumento de interpretação jurídica nos mais diversos países².

Em tal perspectiva, o estudo abordará o surgimento – e posterior desenvolvimento – de um novo ferramental hermenêutico à Ciência do Direito, calcado primordialmente na pressuposição de que a economia *seria um método universal de análise*, aplicável aos mais diversos campos do saber. É evidente que pelo próprio escopo do trabalho, que, antes de tudo, é e deve ser eminentemente jurídico, foram deixadas de lado questões estritamente matemáticas, em que o “*economês*” não permite mais do que um entendimento perfunctório de um leigo na área. Ainda, pela própria capacidade limitada do autor, os termos econômicos utilizados talvez não possuam a precisão terminológica mais adequada, o que, creio, não comprometerá o entendimento do trabalho.

Nessa toada, o primeiro capítulo tratará dos aspectos mais gerais que envolvem o fenômeno da Análise Econômica do Direito, elencando seus principais

¹ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica.** Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 31

² O que, evidentemente, não significa que a Análise Econômica não seja passível de severas críticas, como veremos adiante.

elementos e fundamentos teóricos, bem como tratando das condições que tornaram possível seu surgimento. Em tal âmbito, para que generalizações não comprometam cientificamente a presente abordagem, antecipe-se o caráter heterogêneo da *Law and Economics*.

A seguir, será efetuada uma análise – mesmo que breve – do cenário jurídico norte-americano, indiscutível *locus* natural do movimento economicista. Isto porque uma pesquisa jurídica que se preze não pode partir de conceitos previamente estabelecidos, que apenas tornam possível uma adjetivação fácil, perfunctória (e fraca, por consequência) de qualquer fenômeno *estranho*. Ainda, e talvez a parte mais relevante da presente seção, dedicar-se-á a estudar o papel do Direito para a Análise Econômica, que, ao que parece, cumpre uma função inaceitavelmente subsidiária, refém de um mercado livre de cariz nitidamente neoliberal.

O segundo capítulo terá como *matéria de fundo* a denominada *Economic Analysis of Crime*, que encontrou profícuo desenvolvimento na temática jurídica norte-americana, chegando a moldar decisões de atores públicos no âmbito da elaboração de políticas criminais e de decisões judiciais. Trata-se, aqui, de realocar o aparato teórico proporcionado pela *Law and Economics* na seara penal, o que indiscutivelmente gera consequências cientificamente criticáveis.

Aqui, frise-se que há uma aproximação inevitável com o pensamento utilitarista já proposto por Beccaria e Bentham, que vê o crime como uma *opção maximizadora de utilidade*, sendo a pena o preço a ser pago pela conduta delituosa. Neste sentido, parece óbvio supor a existência de uma constante análise de *custo/benefício*, que marcará não apenas a conduta individual, mas também (e com ainda mais relevância) o sistema de justiça criminal, indiscutivelmente moldado sob as vestes do *princípio da eficiência econômica*. É esta a justificativa – inclusive – que propõe a constante redução dos custos do *public law enforcement*, que só será alcançada com a desestatização de estruturas tidas, *a priori*, como públicas. É este o caso que será analisado: a privatização das penitenciárias ocorrida primordialmente nos Estados Unidos.

Por fim, o terceiro capítulo se debruçará sobre as questões que envolvem uma abordagem mais criminológica do tema, situando o pensamento economicista nos moldes da criminologia iluminista utilitária. Nesta perspectiva, o *homo*

economicus não é visto como um sujeito anormal (bem aos moldes positivistas), mas, antes, um indivíduo comum que calcula o prazer e a dor de cada conduta sua. Ainda, a criminalidade é tida como um fenômeno ontológico, que deve ter suas causas investigadas de acordo com o método econômico. Trata-se de um pensamento que se integra no chamado *movimento de defesa social*, que não convive bem com os mais avançados postulados da criminologia crítica e do *labelling approach*.

Neste quadrante, será analisada derradeiramente a falácia que sustenta a função de prevenção geral negativa da pena, principalmente por meio dos estudos que envolvem a (in)efetividade da pena de morte aplicada no contexto jurídico norte-americano. Tudo isto para demonstrar a nítida inadequação da *deterrence* em face dos princípios que regem a construção de uma criminologia verdadeiramente crítica.

1 O MOVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (*LAW AND ECONOMICS*) – ENXERGANDO O DIREITO SOB AS LENTES DA ECONOMIA

1.1 O QUE É A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

A Análise Econômica do Direito é um movimento contemporâneo, que empreende a aplicação de aspectos próprios da teoria econômica (em especial a microeconomia neoclássica do bem-estar) para explicar e alterar a formação de institutos jurídicos, bem como dos seus respectivos reflexos econômicos. Trata-se, em outras palavras, da introdução de um método capaz de efetivar uma verdadeira interdisciplinaridade científica no âmbito da interpretação jurídica, ampliando o seu espectro hermenêutico, antes limitado a uma suposta autonomia da Ciência Jurídica. Neste sentido, Pedro Mercado PACHECO afirma:

A Análise Econômica do Direito proporciona um novo instrumental, novas técnicas argumentativas e novas categorias que, extraídas dos progressos da ciência econômica, apresentam-se neste movimento como os pilares para a construção de <<uma ciência jurídica à altura de seu tempo >>. A renovação da ciência jurídica através da adoção de uma perspectiva interdisciplinar, peculiar pelo peso que nela tem a ciência econômica, a utilização de técnicas como a análise custo/benefício na elaboração das políticas jurídicas e na justificação das decisões judiciais, a abertura decidida do discurso jurídico ao tema da eficiência econômica como valor jurídico são, entre outros, evidentes sinais desta inovação com que a <<análise econômica do direito>> se apresenta a si mesma³.

³ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica.** Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 23. Tradução livre, no original: “El AED nos aporta un nuevo instrumental, nuevas técnicas argumentativas y nuevas categorías que, extraídas de los desarrollos de la ciencia económica, se presentan en este movimiento como los pilares para la construcción de <<una ciencia jurídica a la altura de los tiempos>>. La renovación de la ciencia jurídica a través de la adopción de una perspectiva interdisciplinar, peculiar por el peso que en ella tiene la ciencia económica, la utilización de técnicas como el análisis coste-beneficio en la elaboración de las políticas jurídicas y en la justificación de las decisiones judiciales, la apertura decidida del discurso jurídico al tema de la eficiencia económica como valor jurídico son, entre otros, signos evidentes de esa innovación con la que el <<análisis económico del derecho>> se presenta a sí mismo”.

Orienta-se, aqui, à aplicação de uma racionalidade até então estranha ao mundo do Direito, partindo de pressupostos oriundos da teoria econômica para a aplicação e interpretação dos institutos jurídicos⁴. Propõe-se, assim, um verdadeiro *giro teórico*, suplantando categorias ínsitas ao cotidiano do Direito para a concretização de uma análise que, em tese, seria mais consentânea com a realidade social⁵. Mais especificamente, a Análise Econômica do Direito pode ser definida como a “aplicação da teoria econômica e de métodos da econometria para examinar a formação, estrutura, processos e impactos da lei e dos institutos jurídicos”⁶.

Alteram-se as categorias tradicionalmente consagradas para que se dê lugar a conceitos como a *eficiência*, a *maximização de utilidade e de riqueza* e a análise do *custo/benefício* das ações individuais no âmbito de relações jurídicas⁷. Constrói-se, assim, todo um novo aparato que, apesar de oriundo das Ciências Econômicas, passa a constituir-se como fundamento primordial na análise do Direito.

Frise-se ainda que não apenas as áreas que tradicionalmente são denominadas de *Direito Econômico* sofrem o afluxo das técnicas e instrumentos da Economia, mas também toda e qualquer relação jurídica externa ao mercado, ou seja, todas as condutas, mesmo as não mercantis, são objetos de estudo da Análise Econômica do Direito⁸. É esta, em realidade, a grande alteração estrutural no âmbito

⁴ “The technical superiority of economics makes its spread into others social sciences irresistible, just as Newtonian mechanics spread into economics”. COOTER, Robert. **Law and Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books**. Disponível em: http://works.bepress.com/robert_cooter/88

⁵ De acordo com os teóricos do *Law and Economics*, rejeita-se a ideia de que o Direito seria uma disciplina autônoma das demais ciências, não possuindo, portanto, uma metodologia de análise própria, tendo, antes, que se sujeitar à aplicação dos métodos das teorias econômicas.

⁶ MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**. In: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em 10/08/2012. Trad. Livre. No original: “The economic analysis of law, or law and economics, may be defined as ‘the application of economic theory and econometric methods to examine the formation, structure, processes and impact of law and legal institutions’”.

⁷ The “Law and Economics” movement is an attempt to place economic theory alongside of (or in place of?) the legal and political theory that presently informs law; to place efficiency alongside of (or in place of?) the concepts of justice and/or fairness that presently help fashion legal rules and doctrines. MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics**. *The Journal of Jurisprudence* – 2009. p. 61 – 109.

⁸ “*Law and Economics*, contudo, não é um movimento coeso. Apresenta diversas escolas e orientações, com diversas publicações regulares. O fator comum é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas. O objeto de estudo da AED deixou de acontecer exclusivamente no plano do Direito da Concorrência para ganhar novos campos: propriedade, contratos, responsabilidade civil e contratual, direito penal, processo (civil e penal), direito administrativo, direito constitucional, direito de família, infância e juventude, dentre outros”. ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO, Julio Cesar. **Os Direitos Fundamentais na**

da dogmática jurídica norte-americana promovida pelo movimento do *Law and Economics*, já que se estende a possibilidade de aplicação de tal método interpretativo a searas que até então eram tidas como eminentemente jurídicas. Em tal sentido, Richard POSNER afirma:

A aplicação de institutos econômicos ao direito não é, em si mesma, nova ou controversa. O que é novo e controverso é a variedade de problemas do mundo do direito aos quais a economia agora vem sendo aplicada, neste livro e em outros. Até aproximadamente 15 anos atrás, o termo “*law and economics*” significava a aplicação da economia apenas nas leis antitruste, mesmo que houvesse alguns dispersos – mas importantes – trabalhos econômicos acerca de tributação, corporações, “*public utility*” e “*common carrier regulation*”⁹.

De fato, a expansão na utilização de métodos econômicos depende, como veremos no decorrer deste estudo, da suposta premissa (falsa) de que tanto a economia quanto o mercado são axiologicamente neutros¹⁰. Neste contexto, aplicar às normas jurídicas uma interpretação oriunda da lógica econômica seria quase que natural, tendo em conta o *status* de pré-cientificidade do Direito, sendo este incapaz (como parece óbvio!) de se adaptar à nova realidade social, imposta pelo esfacelamento do Estado de Bem-estar social.

Mais do que isto, a Análise Econômica do Direito é construída sobre a hipótese de que o Direito deve estar orientado à maximização da eficiência econômica, conduzindo a um ideal mercado de competência perfeita, eliminadas, portanto, quaisquer falhas ou externalidades negativas. É a lógica do mercado,

perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria dos direitos patrimoniais: uma leitura crítica. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23.

⁹ POSNER, Richard A. **Economics Analysis of Law**. Little, Brown and Company. Boston and Toronto: 1977. p. 15. Tradução livre, no original: The application of economics to law is not in itself either new or controversial. What is new and controversial is the variety of problems in the world of law to which economics is now being applied, in this book and elsewhere. Until about 15 years ago the term “law and economics” primarily signified the application of economics to antitrust law, although there was some scattered but important economic work on taxation, corporations, and public utility and common carrier regulation

¹⁰ POSNER, Richard. **Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law**. The Chicago Working Paper Series Index. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>

portanto, a linha mestra de todo o sistema jurídico, agora restrito à consecução dos objetivos econômicos¹¹.

Importante destacar que o desenvolvimento relativamente recente da construção doutrinária da *Law and Economics* é fruto de uma série de fatores sociais e econômicos oriundos, especialmente, da progressiva perda de legitimidade do Estado de Bem-estar social keynesiano, que, como veremos posteriormente, produz importantes alterações no âmbito jurídico estadunidense. Ressalte-se apenas que a já citada lógica de maximização da eficiência econômica não conduz necessariamente a uma ideal (ou mesmo desejada) distribuição de riquezas, objetivo primordial do Welfare State.

Assim, situando temporalmente o surgimento e o rápido desenvolvimento da *Law and Economics*, não é de se surpreender que estes se deem entre as décadas de 1960 e 1970, período em que os ideais keynesianos de um Estado forte na seara econômica vinham se enfraquecendo. Passaremos a expor, a seguir, as principais vertentes do complexo fenômeno aqui tratado, rechaçando, desde já, a ideia de que a Análise Econômica do Direito possa ser compreendida como um movimento homogêneo.

1.1.1 HETEROGENEIDADE DO MOVIMENTO

Por mais que a Análise Econômica do Direito seja estreitamente relacionada à Escola de Chicago, sendo essa correntemente identificada como a única vertente do movimento¹², trata-se, em realidade, de um movimento complexo, que abrange diferentes ideias e fundamentos¹³. Assim é que sob diversos enfoques orientam-se

¹¹ “É esta a teoria instrumental que sistematiza e organiza de modo “metodológico” e “científico” a ascendência do econômico sobre o jurídico; que provoca, declarada e abertamente, a viragem que torna o Direito em mera técnica de vinculação ao custo-benefício”. MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009. p. 219.

¹² Talvez a ideia de que a Análise Econômica do Direito se restrinja aos ensinamentos da denominada Escola de Chicago se justifique (mesmo que não corresponda à realidade) devido à proeminência de notáveis figuras do mundo jurídico norte-americano, como Richard Posner, Frank Knight, Aaron Director, Ronald Coase e Henry Manne.

¹³ “Por el contrario, una vez alcanzado el reconocimiento como teoría jurídica renovadora del discurso jurídico tradicional y después de su expansión a este lado del Atlántico, el AED se nos presenta como un movimiento intelectual sumamente complejo. Esta complejidad viene determinada por la

análises que buscam relacionar os elementos da ciência jurídica e da economia, havendo posturas marcadamente conservadoras e, em contraposição, liberais, que não podem ser interpretadas de forma simplista e unívoca¹⁴.

Adotando uma classificação usual, através de estereótipos que não necessariamente correspondem à complexa realidade em que se insere a teorização aqui estudada, Pedro Mercado PACHECO opta por distinguir as duas principais correntes da *Law and Economics* como *conservadoras ou liberais-reformistas*¹⁵. Identificando a primeira delas com a Escola de Chicago, PACHECO destaca a aplicação preponderante da teoria microeconômica neoclássica, em que o mercado ocuparia posição de destaque, estando o direito limitado à função de edificar instrumentos que otimizem a eficiência econômica¹⁶. Aqui, portanto, consagra-se uma visão *anti-estatalista*, em que os indivíduos (como maximizadores de utilidade) deveriam ser completamente livres para escolher o que melhor lhes aprouvesse, em consonância com os princípios da Economia Clássica.

Por outro lado, a denominada tendência *liberal-reformista*, encabeçada por Guido Calabresi, teria como principal característica a utilização dos princípios e métodos da teoria da Economia de bem-estar, orientada pelos ensinamentos de Arthur Cecil Pigou. De acordo com esta vertente, “um mercado de concorrência perfeita é produto de uma situação de equilíbrio e de máxima eficiência social, denominada de ótimo de Pareto, caracterizada por ser uma situação em que ninguém pode melhorar sua situação sem que piore a situação de outrem”¹⁷.

diversidad de tendencias y la variedad de enfoques que subsisten en su seno”. PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 58.

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais de; MARCELLINO, Julio Cesar. **Os Direitos Fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica**. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23.

¹⁵ En toda la literatura sobre al AED parece haber consenso en la distinción de dos tendencias principales, tendencias a las que ya hemos hecho alusión, y que pueden ser identificadas como la tendencia ligada a la Escuela de Chicago, con Richard Posner a la cabeza, y la tendencia <<liberal-reformista>>, que tendría a G. Calabresi como figura más representativa”. PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 58.

¹⁶ No mesmo sentido, Nicholas Mercurio: “The defining characteristic of the Chicago approach to law and economics is the straightforward application of microeconomic (or price-theoretic) analysis to the law. MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics**. In: The Journal of Jurisprudence – 2009. p. 61 – 109.

¹⁷ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 61. Trad. Livre. No original: “...en un mercado de competencia perfecta se produce una situación de equilibrio y de máxima eficiencia social, llamada

Configura-se, aqui, um modelo ideal que se afasta da perspectiva antes examinada (da Escola de Chicago), já que se parte do pressuposto de que naturalmente haveria falhas de mercado, que deveriam ser solucionadas a partir da aplicação do Direito.

Perceba-se, portanto, a abissal diferença existente entre as duas correntes; se, por um lado, a Escola de Chicago afirma e reitera a natural eficiência ínsita ao mercado, que somente por alguma excepcionalidade apresentaria defeitos, a doutrina de Calabresi admite que só um modelo ideal (que não corresponde à realidade, portanto) admitiria a existência da concorrência perfeita. Ainda, deve-se destacar que a tendência *liberal-reformista* não orienta a análise do Direito a uma visão (caolha) que considere apenas o aspecto da eficiência econômica como único critério normativo à decisão jurídica¹⁸. Muito pelo contrário, parte-se de um conceito muito mais amplo, a justiça, rechaçando-se, portanto, a preponderância do mercado livre e eficiente¹⁹.

PACHECO alude, por fim, a uma *terceira via* na Análise Econômica do Direito, a denominada corrente *neoinstitucionalista*. Em consonância com tal perspectiva, “as instituições são importantes fatores de determinação na estrutura econômica”²⁰, devendo ser consideradas quando da análise da ação maximizadora dos indivíduos. Aqui, percebe-se a refutação da possibilidade de uma simples análise de custo/benefício individual, já que as condutas seriam oriundas de uma série de fatores socialmente interdependentes. Mais do que isto, as estruturas institucionais deveriam ser moldadas de forma a elevar a riqueza e maximizar a eficiência econômica.

Diferentemente de PACHECO, Nicholas MERCURO classifica o movimento da *Law and Economics* em sete diferentes escolas: *Chicago Approach to Law and Economics*, *Public Choice Theory*, *Institutional Law and Economics*, *New Institutional Economics*, *Social Norms and Law and Economics*, *New Haven School of Law and Economics* e *Austrian Approach to Law and Economics*. Não abordaremos

óptimo de Pareto, caracterizada por ser una situación en la que nadie podrá mejorar su situación sin que se empeore la situación de otra persona”.

¹⁸ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 61.

¹⁹ MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics**. In: *The Journal of Jurisprudence* – 2009. p. 61 – 109. p. 101.

²⁰ MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics**. In: *The Journal of Jurisprudence* – 2009. p. 61 – 109. p. 101. Trad. Livre. No original: “...institutions are important factors in the determination of economic structure...”.

minuciosamente cada uma das vertentes apontadas pelo autor (até porque parte da mencionada classificação já foi tratada anteriormente), frisando apenas a total incompatibilidade de um tratamento homogêneo relacionado às correntes que tratam da Análise Econômica do Direito.

De qualquer modo, optamos (seguindo PACHECO²¹) por centrar nossas análises preponderantemente sobre os ensinamentos e posições da Escola de Chicago, por ser esta a vertente que melhor representa a Análise Econômica do Direito. Ainda, há que se ter em conta que o movimento da *Law and Economics* só atingiu o status de disciplina autônoma na seara jurídica graças ao esforço de pensadores ligados à Universidade de Chicago, tais como os já citados Richard Posner e Aaron Director²².

Foi este último, inclusive, que já na década de 1940 analisou os reflexos econômicos primordialmente sobre as leis antitruste²³, expandindo posteriormente a abrangência de tais estudos, de forma limitada, a outras áreas do Direito²⁴. Os primeiros passos do movimento, especificamente no período situado entre as décadas de 1930 a 1960, são denominados por Richard Posner de “old” *Law and Economics*. Trata-se aqui de uma fase de maturação do pensamento economicista, que apenas posteriormente foi alargado para servir como instrumento à análise de comportamentos e condutas não mercantis. Como veremos adiante, esta grande “revolução” no aspecto da abrangência da Análise Econômica do Direito só foi possibilitada a partir dos estudos de Gary Becker²⁵, dando origem ao que Posner denominou, em contraste à caracterização anterior, de “new” *Law and Economics*²⁶.

²¹ PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 60.

²² MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**. In: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em 10/08/2012.

²³ STIGLER, George J. **Law or Economics?** In: *Journal of Law and Economics*, vol. XXXV, Outubro de 1992. p. 455 – 468. p. 455.

²⁴ “Los trabajos de Director, se orientaron originariamente a aplicar el análisis económico al estudio de la legislación antitrust, aunque posteriormente dirigió sus esfuerzos a otras áreas jurídicas, con claras connotaciones económicas: ley de sociedades, regulación de bancarrotas, ley de seguros, leyes laborales, leyes impositivas y leyes de regulación de bienes de utilidad pública. CONGREGADO, Emilio; POMARES, Ignacio; RAMA, Elena. **Análisis Económico del Derecho: Una Selectiva de la Literatura Reciente**. In: *Derecho y Conocimiento*. Vol. 1. p. 331-339. p. 333.

²⁵ MACKAAY, Ejan. *History of Law and Economics*, in: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>. Acesso em 10/08/2012. No mesmo sentido, Richard Posner: “A list of the founders of the “new” law and economics would be seriously incomplete without the name of Gary Becker. Becker’s insistence on the relevance of economics to a surprising range of nonmarket behavior (including charity and love), as well as his specific contributions to economic analysis of crime, racial discrimination, and

De fato, se antes o instrumental teórico e metodológico da Economia estava adstrito à interpretação e aplicação de institutos jurídicos ligados unicamente ao Direito Econômico (especialmente o concorrencial), agora a *ordem do dia* seria a de expandir o seu alcance, dando origem a um movimento capaz de promover a desejada interdisciplinaridade científica, integrando de vez a análise econômica na hermenêutica jurídica.

Porém, ficaria incompleto (e totalmente descaracterizado) um estudo acerca do surgimento dos novos paradigmas da Análise Econômica do Direito sem que abordássemos, mesmo que de forma perfunctória, os trabalhos de Ronald Coase e Guido Calabresi, tidos, por grande parte da doutrina especializada, como os grandes precursores do movimento em questão²⁷. Em tal sentido, considere-se o que afirma Pedro Mercado PACHECO:

A história desta particular aplicação da teoria econômica no âmbito do direito e de seu desenvolvimento posterior até constituir-se em uma disciplina autônoma dentro do panorama da cultura jurídica contemporânea, tem sua origem em dois trabalhos aparecidos a princípios dos anos sessenta, um de um economista, Ronald H. Coase, e outro de um jurista, Guido Calabresi, que são considerados por todos os praticantes da Análise Econômica do Direito como os pilares básicos desta disciplina emergente²⁸.

Assim sendo, cumpre-nos analisar, a seguir, os primeiros trabalhos da denominada *New Law and Economics*.

marriage and divorce, opened up to economic analysis large areas of the legal system not reached by Calabresi's and Coase's studies of property rights and liability rules". **Economics Analysis of Law**. POSNER, Richard A. Little, Brown and Company. Boston and Toronto: 1977. p. 17.

²⁶ POSNER, Richard A. **Economics Analysis of Law**. Little, Brown and Company. Boston and Toronto: 1977. p. 16.

²⁷ POSNER, Richard. *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*. The Chicago Working Paper Series Index. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>

²⁸ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 27. Tradução livre, no original: "La historia de esta particular aplicación de la teoría económica en el ámbito del derecho y de su desarrollo posterior hasta constituirse en disciplina autónoma dentro del panorama de la cultura jurídica contemporánea, tiene su origen en dos trabajos aparecidos a principios de los años sesenta, uno de un economista, Ronald H. Coase, y otro de un jurista, Guido Calabresi, que son considerados por todos los practicantes del AED como los pilares básicos de ésta disciplina emergente".

1.1.2 OS PRIMEIROS TRABALHOS: ASPECTOS MAIS IMPORTANTES DOS TEXTOS FUNDADORES DA ABORDAGEM ECONÔMICA DO DIREITO

Se Richard Posner é considerado um dos maiores expoentes da Análise Econômica do Direito, em especial por ter efetuado um relevante papel de sistematização das principais aplicações da teoria econômica nas diversas áreas do Direito, os autores apontados como fundamentais ao início de tal movimento são Ronald Coase²⁹ e Guido Calabresi, como afirmamos anteriormente³⁰. Trataremos, em princípio, dos ensinamentos de Coase, abordando os principais caracteres de sua teorização, para depois elucidarmos alguns dos elementos provenientes da análise elaborada por Calabresi.

Em *The Problem of Social Cost*³¹, Ronald COASE traça os principais aspectos inerentes à distribuição e alocação de custos relativos às externalidades³², fenômeno próprio da atividade econômica que recebe diferentes tratamentos conforme a linha de pensamento econômico adotada. Especialmente, COASE rechaça radicalmente a teorização de Arthur Cecil Pigou, que afirmava ser o Estado o ente legítimo a corrigir as falhas naturais do mercado, sendo, desta forma, valorada positivamente qualquer intervenção estatal no sentido de garantir o funcionamento da estrutura econômica.

O Estado, nesta visão tradicional, deveria ser capaz de internalizar e eliminar, de forma institucionalizada, toda e qualquer falha apresentada pelo mercado, primordialmente através da regulação da atividade econômica, da instituição de

²⁹ Salientando a importância da teorização de Ronald Coase, George Stigler afirma: "In the field of law and/or economics, B.C. means Before Coase. B.c., the economists paid little attention to most branches of law. A.c., "The Problem of Social Cost" became the most cited article in the literature of the field, perhaps in the entire literature of economic. Law, like other social institutions, came to be viewed by economists as an instrument for the organization of social life". STIGLER, George J. **Law or Economics?** In: Journal of Law and Economics, vol. XXXV, Outubro de 1992. p. 455 – 468. p. 456.

³⁰ SPECTOR, Horacio. **Justicia y Bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado.** In: Cuadernos de Filosofía del Derecho, num 26, 2003. pp. 241 – 261.

³¹ COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost.** In Journal of Law and Economics. Vol 3, Outubro de 1960. p. 1 – 44.

³² "Em uma caracterización más precisa, el <<efecto externo>> o << externalidad>> puede conceptuarse como <<cierto tipo de efecto favorable o desfavorable producido por un agente económico (un individuo o una empresa) sobre la producción, renta, ocio o bienestar de otro agente económico, siendo un efecto tal que el carácter de las instituciones sociales, jurídicas y económicas no permiten el pago o ingreso de un precio por el beneficio o daño causado por dicho efecto.>>". PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica.** Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 134.

tributos, subsídios e incentivos. Parte-se, em consonância com a teorização de Pigou, da natural insuficiência do mercado enquanto ente capaz de se autorregular, apresentando, de forma intrínseca, uma necessária dependência quanto à atuação estatal no sentido de corrigir falhas decorrentes da atividade econômica. O Direito, neste âmbito, ocupa um claro papel regulatório, ou seja, estabelece as diretrizes administrativas que devem ser capazes de minimizar os custos sociais das externalidades, atribuindo aos seus causadores as sanções que considera serem necessárias.

Não é esta, como se disse, a orientação de COASE. Para o referido autor, a internalização dos custos por parte do Estado para a correção das falhas do mercado pode levar a uma situação de ineficiência econômica³³. Ou seja, ao aplicar sanções ou instituir tributos de forma a punir os agentes causadores de externalidades, o Estado pode estar desestimulando a economia, diminuindo a geração de riquezas e enfraquecendo os agentes econômicos³⁴. Contrariamente, o autor aponta a necessidade de que os problemas ínsitos ao mercado sejam resolvidos por mecanismos de negociação dos próprios agentes envolvidos na relação geradora da externalidade (o agente que a produziu e aquele que sofreu suas consequências)³⁵, de forma a possibilitar a otimização da eficiência econômica³⁶.

Para que a solução oriunda de mecanismos internos ao mercado seja a mais eficiente possível, COASE aponta a necessidade de duas condições fundamentais,

³³ MEDEMA, Steven G; ZERBE, Richard O. *The Coase Theorem*. Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/GIACOMO/arquivos/dirp162/medema-zerbejr-2000.pdf>. Acesso em 10/08/2012.

³⁴ “La intención de fondo del ensayo de Coase es la negación de la necesidad <<a priori>> de la intervención del Estado para corregir fallos de mercado manifestados por la existencia de externalidades y de mostrar cómo dicho problema puede ser resuelto desde el interior de los mecanismos autorregulativos de negociación del mercado”. PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 139.

³⁵ “As consequências desta assunção, para o direito, são que, ao menos que haja prejuízos para terceiro (*externalities*) a negociação no mercado deva ser fomentada pelo direito (e não impedida, limitada ou dificultada, tornada onerosa); o Estado, por meio do direito deveria incentivar a negociação, ou mesmo impor, como norma supletiva ou mesmo obrigatória, a solução que resultaria do mercado”. HESPANHA, Antonio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. – 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 232.

³⁶ HARCOURT, Bernard E. **The illusion of free markets: punishment and the myth of natural order**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2011. p. 124.

quais sejam, (a) que os custos de transação sejam nulos ou negativos³⁷ e (b) que os direitos estejam perfeitamente delimitados, de forma a gerar segurança jurídica aos contratantes. Se é assim, de acordo com Pedro Mercado PACHECO:

A função do direito, quando não existam custos de transação, é a de constituir e facilitar as operações no mercado, ou seja, prover uma estrutura de direitos perfeitamente delimitados que possam ser negociados através de contratos entre os particulares, com o objetivo de que o uso dos recursos estejam nas mãos dos que mais os valorem³⁸.

Perceba-se que para COASE, o mercado ocupa uma posição de supremacia (visão eminentemente neoclássica da Economia), tendo o Direito a precípua função de tornar possível a alocação eficiente de recursos através das trocas comerciais livres. Em outras palavras, deve o Direito dar suporte à consecução dos objetivos econômicos, edificando uma estrutura capaz de estabelecer instituições que reduzam os custos de transação. É o Direito, em suma, mero instrumento construído com o objetivo de promover a racionalidade da eficiência econômica.

Mais do que isto, ao conceber o mercado como uma estrutura funcionalmente eficiente, COASE atribui as externalidades não mais a qualquer falha inerente ao próprio mercado, mas, sim, à inadequação do Direito em estabelecer de forma clara os direitos de propriedade³⁹. Aqui, percebe-se claramente a influência de Adam Smith na concepção de Coase, que concebe (quase que naturalmente) uma *ordem natural* própria da esfera do mercado, que de uma maneira eficiente, alocaria os recursos da melhor forma possível, relegando a um segundo plano a atuação estatal. Vislumbra-se, assim, uma completa inversão paradigmática na análise das

³⁷ “In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed and so on”. COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. In: Journal of Law and Economics. Vol 3, Outubro de 1960. p. 1 – 44. p. 12.

³⁸ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 144. Tradução Livre, no original: “La función del derecho cuando no existen costes de transacción es la de la constitución y facilitación del mercado, es decir, proveer de una estructura de derechos perfectamente delimitados que puedan ser negociados a través de contratos entre los particulares con el objeto de que el uso de los recursos esté en manos de aquellos que más lo valoren”.

³⁹ “La proposición básica que se extrae del citado teorema – las externalidades no son una justificación para la intervención del Estado, sino un indicador de que los derechos de propiedad no están especificados adecuadamente– es que la presencia de externalidades son el síntoma de una legislación inadecuada en lo referente a los derechos de propiedad. CONGREGADO, Emilio; POMARES, Ignacio; RAMA, Elena. **Análisis Económico del Derecho: Una Selectiva de la Literatura Reciente**. In: Derecho y Conocimiento. Vol. 1. p. 331-339. p. 333.

falhas de mercado, atribuindo-as unicamente à uma suposta estrutura institucional ineficiente do Estado, que não é capaz de promover e otimizar as relações privadas, constituindo-se, antes, como um verdadeiro óbice à realização da natural eficiência mercadológica⁴⁰.

Prova disto é que quando uma das condições não é implementada – os custos de transações são positivos – a atuação estatal (seja através da elaboração de leis ou por meio de órgãos judiciais) cinge-se a reduzi-los ao mínimo. Em casos em que os custos de transação não podem ser diminuídos, COASE propõe que o Estado atue, através do Direito, de forma semelhante ao mercado, criando um verdadeiro “*mercado simulado*”⁴¹.

Depreende-se que o denominado *Teorema de Coase* estabelece, de forma inovadora, uma nítida intersecção entre as ciências econômica e jurídica, tornando possível o posterior desenvolvimento da Análise Econômica do Direito, objeto do presente estudo. Em tal âmbito, afirma Eurilton Alves Araújo JUNIOR:

Ao formular sua teoria sobre o papel do ambiente jurídico nas relações econômicas, Coase reconhece a simbiose existente entre as forças econômicas e as demais estruturas da sociedade. Além disso, abre um novo ramo para a pesquisa econômica, que nos Estados Unidos recebeu o nome de "Law and Economics", o qual busca analisar o papel das instituições jurídicas nas relações econômicas. Trata-se, pois, de uma área de fronteira entre a Economia e o Direito, que visa integrar as instituições jurídicas e seu funcionamento nos modelos tradicionais da análise econômica neoclássica⁴².

São estas, enfim, as principais ideias de Ronald Coase no que se refere ao surgimento da *Law and Economics*. Passemos, a seguir, a examinar algumas das características presentes na obra de Guido Calabresi.

⁴⁰ “A hostilidade à intervenção estatal no mercado para além do estritamente justificável em função da maximização da riqueza é um dos fios condutores da obra de Coase”. POSNER, Richard. **Para Além do Direito**; trad. Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 436.

⁴¹ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 145.

⁴² JUNIOR, Eurilton Alves Araújo. **Ensaíos Metodológicos sobre Ronald Coase: Teoria da Firma e das Instituições Jurídicas**. Dissertação de mestrado apresentada junto ao programa de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, 1996. p. 11.

Como dissemos acima, utilizando-nos da classificação proposta por Pedro Mercado PACHECO⁴³, CALABRESI constrói sua teoria a partir de alguns elementos diversos daqueles presentes nos estudos de Ronald Coase e Richard Posner. Isto porque, contrariamente aos teóricos da Escola de Chicago, a vertente *liberal-reformista* insere outros componentes, que não a eficiência econômica⁴⁴, como aspectos primordiais na análise jurídica, ou seja, o Direito não teria como única função a maximização de riquezas, devendo ser orientando, antes, à consecução de um ideal de justiça⁴⁵. Neste aspecto, a eficiência econômica é apenas mais um dos valores sociais que devem ser consagrados e promovidos pelo Direito, cedendo espaço a outros critérios de valoração como a igualdade⁴⁶.

É em 1961 que CALABRESI publica um dos textos tidos como fundamentais ao surgimento, e posterior desenvolvimento, da Análise Econômica do Direito⁴⁷, sugerindo e contextualizando alguns dos principais aspectos atinentes à distribuição de riscos e à responsabilização jurídica⁴⁸. De fato, a tendência *liberal-reformista* capitaneada pelo referido autor e desenvolvida principalmente na Universidade de Yale, ao elencar aspectos valorativos diversos da eficiência, também consagra uma visão diversa da Escola de Chicago no que concerne ao próprio relacionamento entre o mercado e o Direito. Neste sentido, partindo (como já afirmamos acima) dos ensinamentos da Economia de Bem-estar, calcada no instituto ótimo de Pareto⁴⁹, Calabresi desconstrói a ideia de que o mercado seria normalmente eficiente, possuindo, ao contrário, falhas, que devem ser corrigidas por meio da atuação estatal.

⁴³ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004.

⁴⁴“That even with a starting point it is hard to see how an increase in wealth constitutes an improvement in a society unless it furthers some other goal, like utility or equality”. CALABRESI, Guido. **An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin**. (1980). Faculty Scholarship Series. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994.

⁴⁵ PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 57-58.

⁴⁶ “...l'interesse per il diritto non è puramente strumentale a una migliore comprensione del sistema economico (Coase), ma, al contrario, gli strumenti economici possono fornire una comprensione totalmente diversa del diritto, ben al di là di una semplice analisi costi-benefici”. GREMBI, Veronica. **Guido Calabresi e l'analisi económica del diritto**. Disponível em: http://www.cleis.unisi.it/site/files/041_Grembi.pdf. p. 05.

⁴⁷ CALABRESI, Guido. *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts*. In: The Yale Law Journal, volume 70, número 04, Março de 1961. p. 499 – 553.

⁴⁸ MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics**. In: The Journal of Jurisprudence – 2009. p. 61 – 109. p. 101.

⁴⁹ “BUCHANAN, James M. **Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy**. In: Journal of Law and Economics, Vol. 2, Outubro de 1959. p. 124-138. p.125.

Assim é que o Direito deve promover, através da alocação e distribuição dos riscos e impactos das ações estatais, um mercado eficiente, capaz de fomentar e efetivar princípios como a eficiência econômica e, acima de tudo, a justiça. O Estado, aqui, possui um papel muito mais complexo do que aquele presente na teorização da Escola de Chicago, devendo implementar suas políticas de modo a alcançar o bem-estar social⁵⁰ (visão evidentemente diferente daquela calcada apenas na maximização da riqueza econômica)⁵¹.

Analisadas, mesmo que sumariamente, as principais raízes da *Law and Economics*, e consideradas suas marcantes divergências teóricas, passemos ao estudo do suposto critério conservador do movimento, inter-relacionando-o com os principais aspectos econômicos surgidos a partir da década de 1960, em especial no que concerne ao surgimento e desenvolvimento do *neoliberalismo*.

1.2 CONDIÇÕES PARA O SURGIMENTO DA *LAW AND ECONOMICS*

Como afirmamos no início do presente estudo, para abordar um movimento teórico tão importante como a Análise Econômica do Direito, exige-se uma contextualização histórica capaz de explicar de que modo tornou-se possível tal mudança paradigmática na seara jurídica (com a conseqüente mutação dos próprios métodos hermenêuticos da Ciência Jurídica). Isto é, não se pode conceber toda uma alteração nos principais pressupostos do Direito como se estivéssemos diante de um fenômeno isolado, independente.

A imposição de uma racionalidade econômica até então estranha ao mundo jurídico só pode ser explicada se considerarmos o esgotamento dos fundamentos que sustentavam o Estado de Bem-estar social forjado por John Maynard Keynes, dando ensejo às políticas neoliberais, que se espalharam pelo Direito com a

⁵⁰ “The policies are based, and again I am guessing, on that mixture of efficiency and distribution that in the particular context is thought by the court to be instrumental toward justice and, in particular, does not violate any fairly precisely defined rights or veto points”. CALABRESI, Guido. *An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*. (1980). Faculty Scholarship Series. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994.

⁵¹ MERCURO, Nicholas. *The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics*. In: *The Journal of Jurisprudence* – 2009. p. 61 – 109. p. 103.

consagração do princípio da eficiência⁵². Elucidaremos, neste contexto, de que modo a *Law and Economics* foi fundamental ao resgate dos conceitos liberais, ao propalar a total inadequação do Estado enquanto ente interventor na esfera do mercado, legitimando tal orientação por meio da transformação lógica dos principais instrumentos jurídicos⁵³.

Posteriormente, faz-se necessária uma análise que considere a *Law and Economics* no âmbito da teoria jurídica norte-americana, enfatizando o modo pelo qual o realismo jurídico foi resgatado, em contraposição ao consensualismo. Só assim poderemos entender o rechaço frontal à autonomia jurídica (passível, evidentemente, de severas críticas), que também será objeto de estudo na presente seção.

1.2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O PENSAMENTO NEOLIBERAL

Como resposta à falência das teorizações clássicas que consideravam a quantidade de moeda como o principal fundamento dos fenômenos econômicos, Keynes propôs que a dinâmica capitalista seria influenciada por uma série de elementos, os *factores reais da economia*, tais como os planos dos governos, o investimento privado, a propensão a consumir, etc. Neste aspecto, o Estado teria o dever de coordenar a atividade econômica através de uma *fiscal policy* capaz de controlar as flutuações econômicas. Assim, o ente público seria legítimo para adotar práticas capazes de estabilizar a economia através da adoção de políticas de investimento, que combinassem de maneira harmônica níveis de desemprego e taxas de inflação aceitáveis.

⁵² “Esta problemática será tratada con detenimiento más adelante, pero para concluir este apartado es necesario hacer la advertencia que el significado de la relación economía-derecho que plantea el AED sólo puede ser entendido inscribiendo a este movimiento de renovación de la teoría jurídica en el contexto más amplio de la crisis del Estado del Bienestar y del profuso debate intelectual al que ha dado lugar, no sólo en la teoría jurídica, sino en la teoría social, económica y política”. PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. 38.

⁵³ “Dito diretamente: o <<Direito>> foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, foi submetido a uma racionalidade diversa, manifestamente <<pragmática>> de <<custos e benefícios>> (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2009. p. 55.

A ascensão do pensamento neoliberal, em especial da agenda proposta pelos Monetaristas, decorreu, em grande parte, da incapacidade de adaptação das políticas keynesianas à conjuntura econômica do início da década de 1970 nos países desenvolvidos. Neste ínterim, o que se visualiza aqui é que as respostas e ações do governo na estabilização da economia pensadas por Keynes não mais se adequavam às pretensões dos agentes sociais, permitindo a revitalização de teorizações de cunho eminentemente não-intervencionista⁵⁴.

Em assim sendo, o “*menu for policy choice*”⁵⁵, em que o governo legitimamente utilizava instrumentos da política fiscal de modo a conciliar os objetivos do pleno emprego e da estabilidade econômica, restava totalmente prejudicado, na medida em que não assegurava níveis de emprego correspondentes a taxas de inflação satisfatórias. O misto de inflação crescente, taxa de desemprego acentuadamente elevada e crescimento negativo do Produto Nacional Bruto (PNB) acabou por solapar os principais elementos que estruturavam uma política fiscal intervencionista de ajuste baseada no *trade off* inflação e desemprego⁵⁶. A partir da constatação de que os métodos propostos pelos keynesianos não mais seriam adequados à análise da estrutura econômica, verificou-se o resgate de algumas características próprias do pensamento clássico. Dessa forma, uma apologia à liberdade foi estrategicamente moldada para combater as disfuncionalidades de um Estado inchado e ineficiente⁵⁷.

⁵⁴ Faz-se, aqui, um contraponto ao pensamento de David Harvey, que analisa o fenômeno neoliberal como um conjunto de práticas estrategicamente delineadas para o restabelecimento do poder político e econômico das elites nacionais, conforme se vê: “Podemos, portanto, interpretar a neoliberalização como um projeto utópico de realizar um plano teórico de reorganização do capitalismo internacional ou como um projeto político de restabelecimento das condições da acumulação do capital e de restauração do poder das elites econômicas. Defenderei a seguir a idéia de que o segundo desses objetivos na prática predominou”. HARVEY, David. **O Neoliberalismo. História e implicações**. São Paulo: Edições Loyola, 2008.p.27.

⁵⁵ “E não há dúvida de que a *Curva de Phillips* conheceu, durante a segunda metade da década de sessenta e primeiros anos da de setenta, o apogeu de sua utilização como <<menu for policy choice>> (A.Rees), como elemento orientador da política econômica de combate à inflação através do controlo (restrição) da procura global, na tentativa dos governos de conciliar o pleno emprego com uma inflação moderada”. NUNES, Antônio José Avelãs. **O Keynesianismo e a Contra-Revolução Monetarista**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1991.p.23.

⁵⁶ “E foi este <<paradox of stagflation>> (J.Stein), este <<dilemma of stagflation>> (Samuelson), foi esta <<basic feature of human welfare state that had replaced ruthless capitalismo>> (Samuelson), que veio pôr em causa a correção da análise contida na *Curva de Phillips* e das teorias da política keynesiana em geral”. NUNES, Antônio José Avelãs. **O Keynesianismo e a Contra-Revolução Monetarista**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1991.p.26.

⁵⁷ “La libertad es una institución que se llama mercado. El hombre es libre, cuando obedece ciegamente a las leyes de esta institución, hasta la identificación completa, en la muerte. No debe

Seguindo tal constatação, parece evidente constatar a preocupação de pensadores como Friedman em atacar agentes exógenos interventores na seara econômica, propugnando, a todo tempo, uma suposta ineficiência inerente às práticas do Estado. Este deveria ser compelido a fomentar a competitividade e a eficiência (elementos próprios da espacialidade do mercado), deixando às forças privadas o perfeito ajuste entre demanda e oferta. Neste sentido, elementos como a perfeita flexibilidade e automaticidade dos mercados são revigorados para sustentar a tese de que a situação natural da economia seria o perfeito equilíbrio.

Acima de tudo, o sucesso da política neoliberal foi dismantelar as práticas keynesianas do *Welfare State*, que consolidavam uma rede de solidariedade própria de um Estado eminentemente democrático⁵⁸. Se a justiça social e a democracia eram características de extrema relevância ao Estado de Bem-Estar social, a lógica do mercado simplesmente solapa tais elementos em prol da competitividade, da eficiência e, majoritariamente, do lucro.

Mais do que isto, o próprio papel do Direito é moldado de acordo com o desenvolvimento da teoria econômica neoliberal. Isto é, se o modelo keynesiano se baseava em um sistema de *direitos positivos*, vinculados à necessária prestação estatal, com a propagação de uma teoria que cultua a eficiência e a geração de lucro, esgota-se qualquer possibilidade de efetivação de demandas sociais por meio da tutela jurisdicional⁵⁹. Se antes se consagrava a ideia de que os direitos fundamentais seriam absolutos, fundados na igualdade material e na dignidade da pessoa humana, orienta-se agora à uma lógica de mercado, que instrumentaliza os próprios institutos jurídicos.

reaccionar jamás frente a ellas. La institución mercado es societas perfecta, es sociedad total. En cuanto estructura simplemente, da libertad. Haga lo que haga, si lo hace dentro de esta estructura, está bien hecho. Produce libertad y está más allá de la moralidad". HINKELAMMERT, Franz J. **Democracia y Nueva Derecha en América Latina**. In: Nueva Sociedad, n. 98, nov-diez 1988. p. 104 – 115. p. 110.

⁵⁸ "Todas as formas de solidariedade social tinham de ser dissolvidas em favor do individualismo, da propriedade privada, da responsabilidade individual e dos valores familiares". HARVEY, David. **O Neoliberalismo. História e implicações**. São Paulo: Edições Loyola, 2008.p.32.

⁵⁹ "Por ello, la puesta en crisis del modelo regulativo del *Welfare* conlleva al mismo tiempo la puesta en crisis de un modelo de legitimidad de la decisión jurídica basada en la extensión de la tutela estatal a los nuevos intereses, expectativas y demandas sociales". PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 160.

A alteração estrutural no pensamento econômico, que naturalmente orienta toda uma nova atuação estatal, acaba por influenciar a seara jurídica, já que são necessários novos instrumentos à concretização da eficiência mercadológica⁶⁰. É neste sentido que podemos compreender o surgimento (e posterior desenvolvimento) da Análise Econômica do Direito. Neste contexto, ressaltamos que a vertente do movimento mais comumente associada aos ideais do neoliberalismo é a Escola de Chicago, por estruturar seus pensamentos em torno do conceito da eficiência econômica. Assim, analisaremos, mesmo que brevemente, as intersecções presentes nos estudos de Coase, Posner, Becker e Director.

Com efeito, a “*necessária interdisciplinaridade*” entre Direito e Economia serve, antes, para “desatar dos direitos a obrigação política em que se encontram imersos para devolvê-los à esfera do mercado, na qual os conflitos são decididos com base na análise do custo/benefício, sob o império do princípio da eficiência como juiz universal, neutro, isto é, apolítico”⁶¹.

Ocorre, portanto, uma mudança paradigmática na análise dos direitos, que agora devem ser analisados sob a ótica mercantil, em especial no que se refere à necessária maximização de riquezas e à consagração da eficiência econômica. Não é à toa, afinal, que Ronald Coase supõe ser mais eficiente, em uma estrutura sem custos de transação, que o mercado se autorregule, não deixando qualquer espaço à intervenção estatal, em prol da otimização econômica⁶².

⁶⁰ “Com efeito, o discurso neoliberal se apodera do jurídico de maneira instrumental e avassaladora. Isto porque há um inescandível desconhecimento das regras formais do funcionamento do mercado pelo campo do Direito. ROSA, Alexandre Morais. **O que resta do Estado Nacional em face da invasão do discurso da Law and Economics**. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 7, jan/jun 2010, p. 153-183. p. 164.

⁶¹ Tradução Livre, no original: “...desatar a los derechos de la obligación política en la que se encuentran inmersos para devolverlos a la esfera del mercado en la que los conflictos se deciden en base al análisis de costes y beneficios, bajo el imperio del principio de eficiencia como juez universal, neutral, esto es, apolítico”. PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 162.

⁶² “Coase’s overall message to government administration was clear: if transaction costs are low, do nothing because free-market transactions will produce the most efficient outcome; and if transaction costs are high, “commonly” do nothing and “curtail” your interventionist tendencies because it is too hard to assemble the necessary data, the calculations are intractable, and government tends to be inefficient”. HARCOURT, Bernard E. **The illusion of free markets: punishment and the myth of natural order**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2011. p. 125.

A perda de legitimidade do Estado, aqui, é evidente, restando à lógica do mercado esvaziar de vez qualquer critério de justiça social ou redistributiva⁶³, em clara consonância com os ensinamentos propostos por Friedrich Hayek, um dos autores que estruturou filosoficamente o pensamento neoliberal⁶⁴. Para o referido autor, qualquer aparato institucional orientado à consecução de valores como a justiça social, por exemplo, estaria fadado à edificação de um Estado totalitário, avesso à liberdade individual⁶⁵.

A *ordem espontânea*, conceito primordial da teoria de Hayek, é estruturada como se o mercado tivesse uma funcionalidade própria, sendo inadmissíveis quaisquer interferências exógenas⁶⁶. É a consagração da eficiência, no sentido de maximização dos recursos por meio da atividade econômica, um dos principais reflexos do conceito de ordem espontânea, já que o mercado seria capaz de proporcionar a cada integrante da sociedade a melhor situação possível⁶⁷.

Neste contexto é que deve ser entendido o Direito; como se pudesse ser axiologicamente neutro, pronto a satisfazer as ordens do mercado livre, ou seja, agindo em conformidade com uma lógica que não é sua, devendo, até mesmo, simular qual a solução que seria dada pelo mercado quando da impossibilidade de sua existência⁶⁸.

⁶³ BÓRON, Atílio. **Os “novos Leviatãs” e a pólis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina**. In: *Pós-Neoliberalismo II. Que Estado para que democracia?*. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.p. 25.

⁶⁴ “Somente as condutas lesivas ao ideal funcionamento do Mercado podem ser implementadas, sempre na perspectiva de devolvê-lo ao seu funcionamento perfeito. O princípio unificador do Sistema é o vazio absoluto do Mercado. Qualquer intervenção do Estado precisa estar justificada por “lesividades mensuráveis” do funcionamento do Mercado. Aquele não pode intervir no funcionamento natural deste para o efeito de conferir direitos (sociais), na trilha de uma Justiça Social”. ROSA, Alexandre Morais da. **O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck**. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, vol.1. Janeiro – Junho de 2009. p. 01 – 08.

⁶⁵ HAYEK, Friederich August Von. **Direito, legislação e liberdade:uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Volume I. São Paulo: Visão, 1985.

⁶⁶ POSNER, Richard. **Hayek, Law, and Cognition**. In: *NYU Journal of Law & Liberty*. Vol.1. 2005. p. 147 – 165. p. 149.

⁶⁷ “Spontaneous order was beneficial to everyone in society, Hayek argued, in part because it was maximally efficient; it represented the most advantageous utilization of resources”. HARCOURT, Bernard E. **The illusion of free markets: punishment and the myth of natural order**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2011. p. 132.

⁶⁸ “De tal modo esta ideia da necessidade do mercado para a obtenção da felicidade humana se impõe à generalidade dos cultores da análise econômica do direito (AED) (e aos economistas liberais), que estes propõem que, não existindo o mercado com as características que ele deve ter segundo a teoria econômica liberal, o Estado o deve “construir”, cavando – como nas histórias macabras – a cova onde irá ser sepultado...”. HESPANHA. Antonio Manuel. **O Caleidoscópio do**

Como veremos posteriormente, o princípio da eficiência passa a ser um elemento de primordial relevância à hermenêutica jurídica⁶⁹, já que caberia agora ao Direito fornecer instrumentos capazes de alocar riscos e recursos de forma a fomentar as relações privadas no âmbito econômico. Percebe-se aqui a nítida “*instrumentalização do jurídico*”, refém de uma suposta interdisciplinaridade científica que apenas o descaracteriza⁷⁰. Convém assinalarmos a nítida contraposição (apontada por Owen Fiss) existente entre os valores imanentes ao Direito e aqueles pregados pela doutrina neoliberal, que evidentemente não se compatibilizam pela mera retórica. De acordo com tal autor, mesmo que os institutos jurídicos promovessem a eficiência, isto se daria apenas reflexamente, já que a meta do Direito não pode ser outra que não a busca pela justiça⁷¹.

1.2.2 POR UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA NA CULTURA JURÍDICA AMERICANA: COMO SURTIU O MOVIMENTO DA *LAW AND ECONOMICS*?

Como parece óbvio, um movimento da estatura jurídica da Análise Econômica do Direito, estudado e ministrado em praticamente todas as faculdades norte-americanas, é resultado de toda uma construção histórica, oriunda, primordialmente, da discussão acerca da possibilidade hermenêutica de se conceber o direito enquanto uma ciência autônoma, independente dos demais ramos do conhecimento humano. Neste contexto, tal discussão permeia o espaço acadêmico estadunidense há mais de um século e meio, suscitando um intenso debate que moldou o pensamento jurídico norte-americano.

Saliente-se aqui que adotamos a postura sugerida por Pedro Mercado PACHECO, no sentido de conceber uma explicação do fenômeno da *Law and*

Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. – 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 238.

⁶⁹ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica.** Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 163.

⁷⁰ “While this account might seem to establish a linkage between neoliberalism and law - and it is often used for that purpose - it fails because it narrowly instrumentalizes the law. It does not recognize that law is an autonomous institution that serves a rich panoply of values, a good number of which, such as political freedom, individual conscience, and substantive equality, are unrelated to the efficient operation of the market or to economic growth”. FISS, Owen M. **The Autonomy of Law.** In: Faculty Scholarship Series. Paper 1316. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1316.

⁷¹ “FISS, Owen M. **The Autonomy of Law.** In: Faculty Scholarship Series. Paper 1316. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1316.

Economics a partir de uma leitura intrassistêmica, capaz de se inserir no contexto do Ordenamento Jurídico dos Estados Unidos, repudiando, desde logo, uma adjetivação fácil, perfunctória (e fraca, por consequência,) advinda de uma análise externa, que apenas possibilita uma compreensão superficial acerca deste *novo método de análise do direito*⁷². Não se contenta, portanto, com a simplista rotulação de que se trata de um fenômeno conservador, mas antes se busca o desvelamento ideológico desta nova mirada (supostamente neutra) do discurso economicista⁷³.

Necessário, portanto, retomarmos – a partir de um breve resgate histórico – de que modo pôde se edificar a Análise Econômica do Direito, especialmente considerando tal movimento como o ressurgimento do *realismo jurídico* (*American Legal Realism*). Neste quadrante, tal enfoque propugna, em linhas gerais, a insuficiência de uma concepção autônoma do direito, em clara oposição aos pensamentos formalista e consensualista, chegando-se, em última *ratio* à uma estruturação teórica eminentemente pragmática, como quer Posner. É o que passamos a analisar a seguir, mesmo que de forma sumária.

Em tal perspectiva de análise, cabe-nos, inicialmente, tratar do que se denominou de *formalismo* (sob os auspícios dos *Classical Legal Thinkers*), corrente teórica cujo principal representante foi Christopher Columbus LANGDELL. De fato, LANGDELL foi um dos mais importantes pensadores no âmbito jurídico norte-americano, tendo influência significativa também no mundo acadêmico, por ser reitor da Faculdade de Direito de Harvard.

É a partir dos ensinamentos de tal autor que o “*case method*” (ou seja, o ensino por meio da análise da jurisprudência consolidada) ganhou relevância no âmago do direito, já que LANGDELL afirmava ser tarefa do jurista nada mais do que aplicar, através de uma operação lógico-dedutiva, o direito “de cima para baixo”. Em

⁷² PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica.** Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 171.

⁷³ Neste sentido, também Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares: “Apesar do tom crítico deste trabalho, não se pretende ingressar em simples maniqueísmo, a saber, a entender que os <<Neoliberais>> estão de um lado (do mal) e os de <<Pensamento Crítico>> de outro (do bem), ou vice-versa. Esta maneira de enfrentamento parece apenas servir a um debate virulento, e em círculo, no qual as posições iniciais são fixadas de maneira definitiva. Talvez, então, possa-se buscar os <<sintomas>> do discurso economicista quando se apresentam no campo do Direito, isto é, o <<silêncio>>, a <<contradição>> e a <<perplexidade>> como significantes denotadores do que se esconde no discurso manifesto. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics.** Editora Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2009. p. 06.

outras palavras, o direito seria um conjunto de axiomas abstratos retirados de diversos casos que, por meio da técnica do silogismo normativo, seriam aplicados aos casos futuros⁷⁴. É a isto que se denominou de “*Mechanical Jurisprudence*”, já que bastaria ao intérprete utilizar-se dos princípios e regras abstratas oriundas da jurisprudência para a resolução de qualquer caso concreto⁷⁵.

Mais do que isto (e o que é relevante ao presente estudo), LANGDELL afirmava ser o direito, à semelhança da geometria euclidiana, uma *ciência pura*, axiologicamente livre de quaisquer influências externas. Neste aspecto, o direito nada mais seria do que uma disciplina autônoma do conhecimento humano, que teria como função primordial sistematizar as regras jurídicas emanadas a partir das decisões judiciais com o propósito de elencar conceitos e categorias que seriam aplicadas automaticamente aos casos concretos⁷⁶.

Concebe-se aqui o direito como entidade desvinculada de quaisquer elementos externos, não se admitindo ruídos (utilizando-se aqui da linguagem de LUHMANN) extrassistemáticos, identificando-se, antes, uma estrutura jurídica que não bebe de outras fontes gnosiológicas que não o próprio direito⁷⁷. Em breves palavras, LANGDELL almejava a construção do *direito enquanto ciência pura, neutra*, livre de influências oriundas da Sociologia, da Economia ou da Política, ou seja, o direito seria verdadeiramente autônomo, possuindo uma linguagem própria e inconfundível. O *formalismo*, portanto, repudiava qualquer tentativa de aplicação de

⁷⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. **As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA**. In: Revista Direito & Justiça, ano XXVII, v. 31, n.2., 2005. p. 155-190.

⁷⁵ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004.

⁷⁶ “Thus, formalism became the dominate paradigm – once the principles and doctrines were revealed, it would then be possible to render decisions in new cases through the use of syllogistic reasoning from the precedential principles set forth in previous like cases. In all this, under Langdell, law became a science and automomous – an arena in which ethics, social and economic conditions, politics, ideologies, and the insights of disciplines outside of the law had no proper role”. MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics**. In: The Journal of Jurisprudence, 2009. p. 61 – 109. p. 64.

⁷⁷ “Nada de externo, vindo do mundo *impuro* da economia, da sociologia ou, pior, da *política*, deveria desarrumar a *neutralidade* da Ciência do Direito. O jurista seria então o aplicador desses axiomas, e o Direito dali derivado seria aplicável nos USA, na Inglaterra ou qualquer outro lugar. Um Direito puro. Nos USA, essa ideia de Direito ou forma de compreensão do jurídico foi batizada de Pensamento Clássico – *Classical Legal Thought* – e apelidada de “langdellianismo”. O Direito deveria ser encarado como *ciência*. Ciência pura. Um “sistema autônomo e coerente”, sendo a decisão judicial produto de uma lógica interna, separada da e imune à sociologia, à economia, à política, à moral”. GIACOMUZZI, José Guilherme. **As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA**. In: Revista Direito & Justiça, ano XXVII, v. 31, n.2., 2005. p. 155-190. p. 160.

conceitos não jurídicos, sob pena de se desestruturar um sistema autônomo e coerente.

É exatamente contra tal concepção que a escola realista (*American Legal Realism*) concebe uma teorização que não mais parte do abstrato (de cima para baixo, como queriam os formalistas) para a resolução dos litígios judiciais, mas, sim, dos próprios aspectos concretos⁷⁸, desconstruindo a possibilidade da mera aplicação de operações lógico-dedutivas. Mais precisamente, para o que aqui nos interessa, o principal expoente da escola realista, Oliver Wendell HOLMES Jr., desafiou a ideia, então unânime, de que haveria direitos que seriam pré-políticos, o que caracterizaria a ciência jurídica como *neutra e pura*.

De acordo com os realistas, o direito era constantemente mutável, sendo, propriamente, um instrumento utilizado pela sociedade para o alcance de determinados fins sociais. Assim, de uma *ciência pura*, passa-se a uma *ciência empírica*, já que as decisões judiciais agora devem ser adotadas na medida em que realizam e tornam possível a consecução dos anseios da sociedade⁷⁹. Percebe-se claramente que o direito não pode mais ser interpretado autonomamente, dependendo de outros ramos do conhecimento, especialmente a política e a economia⁸⁰.

Em resumo, o discurso realista utiliza os instrumentos das demais ciências sociais para construir uma teorização capaz de explicar as decisões judiciais concretas, atentando para os seus efeitos e os correlatos fins sociais⁸¹. Neste aspecto, o direito é concebido como *experiência*, ou seja, adota-se uma perspectiva muito mais pragmática, desconstruindo a possibilidade de se aplicar *mecanicamente*

⁷⁸ “Holmes dizia claramente que era necessário descer à particularidade dos casos para bem julgar. Dito de outra forma: era necessário abandonar as grandes abstrações e crenças”. GIACOMUZZI, José Guilherme. *As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA*. Revista Direito & Justiça, ano XXVII, v. 31, n.2., 2005. p. 155-190. p. 168.

⁷⁹ “La ciencia jurídica se convierte en manos de los realistas en una ciencia empírica, que no trata de determinar el precepto o norma que deba ser aplicada al caso concreto, sino de descubrir si respecto a determinadas situaciones litigiosas se manifiesta una práctica constante por parte de los tribunales y si los efectos deseados por los operadores jurídicos se han conseguido en el pasado”. PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 186.

⁸⁰ MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics**. In: The Journal of Jurisprudence, 2009. p. 61 – 109. p. 65.

⁸¹ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 189.

a jurisprudência consolidada por *normas gerais e abstratas*, atentando-se mais para os resultados empíricos que a decisão pode ocasionar⁸².

Com efeito, as diversas vertentes do *realismo jurídico*, mais do que enfatizar a importância da lei, concebem uma estrutura em que o que prepondera é o empirismo jurisprudencial, ou seja, a resolução de casos concretos a partir da ótica de quem decide. A lei, então, possuiria um caráter instrumental, sendo apenas uma dentre as possíveis ferramentas que o juiz possui, incluindo-se neste âmbito as ciências sociais, econômica, ética e política⁸³. Assim é que a economia passa a ser vista, inovadoramente, como um importante método para a análise jurídica, descartando-se a possibilidade de legitimação meramente interna do direito.

Mais do que isto, a escola realista edifica um conceito revolucionário do que vem a ser o papel do jurista: concebe-se aqui um sujeito ativo socialmente, que deve tomar decisões que impactam na realidade social, não estando preso, portanto, à lógica silogística e à técnica da hermenêutica tradicional⁸⁴.

Contra-pondo-se ao *movimento realista*, a justificação interna do fenômeno jurídico voltou à tona após a Segunda Guerra Mundial, resgatando-se os fundamentos formalistas que concebiam o direito enquanto disciplina autônoma, independente de outras ciências. Em tal contexto, o consenso político e econômico que se seguiu em tal período fez com que o direito passasse a ser encarado sob a

⁸² “Na Escandinávia, surge o Realismo Jurídico focado na análise dos conceitos jurídicos fundamentais; enquanto nos EUA, o jusrealismo combate o formalismo Langdelliano (doutrinalismo) para demonstrar que (i) o direito é indeterminado, no sentido de não fornecer uma única resposta; (ii) as decisões judiciais não são mera aplicação mecânica da lei e que o resultado é influenciado pela identidade, ideologia e política daqueles que o administram (juízes); e, portanto, (iii) o jurista deveria empregar uma abordagem mais pragmática perante o direito, fundada no conhecimento de outras ciências para promover de forma balanceada os interesses sociais (instrumentalismo jurídico)”. GICO, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n.1, Jan- Jun. 2010. p. 07-33. p. 12.

⁸³ “For the Realists, the judge, rather than the logic of the law, was the central factor in the resolution of legal cases. This human factor underlying judicial decision making was necessarily determined by subjective value judgments rather than by logic. It is from this view of things that we get the caricature that legal decision making has less to do with logic, rules, and precedent than with what the judge ate for breakfast”. MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics**. In: *The Journal of Jurisprudence*, 2009. p. 61 – 109. p. 66.

⁸⁴ They viewed legal decisions, fundamentally, as policy choices, and, as such, thought lawyers should be informed by the best legal, humanities, and social science knowledge of the day – to “look outward”. MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics**. In: *The Journal of Jurisprudence*, 2009. p. 61 – 109. p. 68.

ótica da realização do interesse público e do “consenso político, convertendo-se em uma técnica social autossuficiente, neutral e apolítica”⁸⁵.

O “consensualismo” (ou convencionalismo), assim, passou a dominar os estudos nas principais faculdades norte-americanas, propugnando a renovação do pensamento de LANGDELL, agora sob um viés nitidamente instrumental, já que o direito serviria como ferramenta para a consecução dos objetivos sociais. Aqui, o jurista é visto como um tecnocrata, que deve se utilizar apenas de sua própria ciência, fechar-se no âmbito do discurso jurídico para resolver os casos concretos. A denominada escola do processo legal (*The Legal Process*⁸⁶), capitaneada principalmente por Hart, porém, distanciava-se do pensamento formalista puro por considerar que se exigia um mínimo de conhecimento da sociedade, enfatizando-se, assim, o caráter instrumental do direito.

Foi apenas no fim dos anos sessenta que o cenário político-social de paz consensual, que sustentava esta concepção meramente técnica e neutra dos instrumentos jurídicos, sucumbiu diante da efervescência de movimentos sociais que desejavam a ampliação dos direitos civis, o fim da Guerra do Vietnã e a discussão das questões raciais⁸⁷. Mais do que isto, o esfacelamento do *Welfare State* contribuiu para a desintegração do referido consenso social, promovendo toda uma nova orientação nas ciências políticas e econômicas, além de exigir do direito um novo viés teórico.

Neste contexto, a *Law & Economics* surge como uma corrente alternativa ao caráter autônomo do direito, propugnando uma análise que mais se assemelha ao *realismo jurídico*, sendo mesmo denominada de “*post-realist oppositional movement*”

⁸⁵ No original: “...consenso político, se convierte em técnica social auto-suficiente, neutral y apolítica”. PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 197.

⁸⁶ “Ao fim da Segunda Guerra Mundial, porém, tanto o pragmatismo filosófico quanto o realismo jurídico tinham-se extinguido (embora seja possível encontrar traços de realismo ainda na década de 1970, nas obras de Grant Gilmore e Arthur Leff): o primeiro suplantado pelo positivismo lógico e outras filosofias analíticas “puras”; o segundo absorvido pelas principais correntes jurídicas e, particularmente, pela escola processual, que alcança seu apogeu em 1958, com *The Legal Process* [O processo legal], de Hart e Sacks. POSNER, Richard. **Para Além do Direito**. trad. Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 410 - 411.

⁸⁷ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 202.

⁸⁸. Isto porque se retoma, por meio de uma orientação pragmática, a ideia de que seria necessária uma análise capaz de considerar os métodos e preceitos de outras ciências (que não o direito) no âmbito da análise jurídica. Especificamente, são adotados elementos próprios da ciência econômica, como os conceitos de *maximização de riqueza, relação custo/benefício e eficiência*.

Há, portanto, um resgate aos ditames inerentes ao pensamento realista norte-americano⁸⁹, que, como vimos anteriormente, orientam-se pelos estudos de HOLMES⁹⁰. As decisões tomadas pelos juízes – nos casos concretos – devem ter em conta elementos externos, não apenas aqueles que se inserem no âmbito do Direito, mas também, e principalmente, os efeitos econômicos decorrentes das suas decisões. A Análise Econômica do Direito, portanto, é resultado direto da incapacidade do consensualismo em explicar os fenômenos jurídicos, sendo, deste modo, uma alternativa teórica que bebe das tradicionais fontes da cultura jurídica norte-americana.

Em breves palavras, pode-se dizer que a discussão acerca da possibilidade de se conceber a ciência jurídica como uma entidade autônoma é inerente à cultura jurídica norte-americana há mais de um século e meio, sendo neste contexto em que se insere a teorização da *Law & Economics*. Mesmo que inovador em suas teses, o movimento deve ser caracterizado e situado no âmbito da tradição do direito estadunidense, para que depois se analise a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

⁸⁸ MINDA, Gary. **The Law and Economics and Critical Legal Studies**. In: *Law and Economics*, ed. MERCURO, Nicholas. Kluwer Academic Publishers, Boston/ Dordrecht/ London, 1989.

⁸⁹ “O Direito e Economia é baseado em instrumentos de economia, que permitem a prognose das consequências de normas jurídicas, que podem, e devem, estar sujeitas a investigações empíricas. Através disto, e de algumas recomendações sobre propostas eficientes economicamente feitas por juseconomistas, a análise econômica do direito aparentemente adequou-se à academia jurídica norte-americana tão fundamentalmente transformada pelo realismo. Então, apesar das críticas amplamente difundidas sobre o Direito e Economia, o movimento conseguiu preencher um espaço aberto pelo Realismo Jurídico, substituindo o desacreditado formalismo jurídico com uma abordagem econômica que permite, o que é considerado por muito, resultados científicos”. GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. **A Divergência Transatlântica no pensamento jurídico: O direito e Economia Norte-americano vs. o Doutrinalismo Alemão**. In: Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>

⁹⁰ “El AED aparece en el contexto de la cultura jurídica americana como una propuesta <<realista>> de análisis legal. Realista en el sentido de resucitar la idea de una ciencia del derecho interdisciplinar que introdujera el rigor científico y la racionalidad en el análisis del sistema jurídico”. PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 207.

1.3 DESVELANDO A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

1.3.1 A LAW & ECONOMICS BIPARTIDA: AS ANÁLISES POSITIVA E NORMATIVA

A doutrina especializada aponta a existência de dois diferentes enfoques relacionados à Análise Econômica do Direito, quais sejam: as teorias normativa e positiva⁹¹. Esta distinção⁹², em realidade, perfaz-se com referência à dualidade epistemológica apontada primordialmente por David Hume, em seu *Tratado da Natureza Humana (Treatise of Human Nature)*⁹³, em que se tornou possível a dissociação entre o *ser* e o *dever-ser*. Neste sentido, sob uma orientação pragmática, o *que é* (enfoque positivo) não se confunde com o *que deve ser* (análise normativa)⁹⁴.

A conhecida *Guilhotina de Hume*, neste contexto, é essencial para identificarmos os diferentes parâmetros que orientam as abordagens normativa e positiva. Isto porque se concebe um abismo epistemológico existente na investigação dos fatos e dos valores, que obviamente devem ser caracterizados a partir de campos de análise distintos⁹⁵. O *dever-ser* expressa-se a partir de uma

⁹¹ Sobre o assunto, ver: ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO, Julio Cesar. **Os Direitos Fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria dos direitos patrimoniais**. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23; ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **Desmistificando a Law & Economics: A Receptividade da Disciplina Direito e Economia no Brasil**. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/redunb/article/viewFile/7095/5592>; POSNER, Richard. **Some uses and abuses of Economics in Law**. In: The Chicago Law Review, vol. 46. n. 2. 1976; PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004.

⁹² “En efecto, lo que intenta el Análisis Económico del Derecho es responder a dos preguntas básicas sobre el sistema y las reglas legales, a saber, cuál es el efecto que una determinada regla legal tiene sobre el comportamiento de los individuos, y en segundo lugar, si ese efecto de la regla es o no socialmente deseable”. NIETO, Rafael Mery. **Notas sobre Análisis Económico del Derecho: Una mirada desde América Latina**. In: Revista Derecho y Humanidades n. 10, 2004, p. 121-140. p. 123.

⁹³ HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad: Débora Danowski. – 2ª ed. rev. e ampliada – São Paulo: Editora UNESP, 2009.

⁹⁴ GICO, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In: Economic Analysis of Law Review, v. 1, n.1, Jan- Jun. 2010. p. 07-33. p. 19.

⁹⁵ “Esta passagem ficou conhecida como “guilhotina de Hume”, pois separa, definitivamente, os dois campos que até então pareciam ligados por inferência lógica: o *ser* do *dever-ser*. Tal argumentação revela o erro que alguns autores cometem ao relacionar logicamente dois campos diferentes”. PROLA, Lucas Henrique Tentler. **Hare sobre a Falácia Naturalista**. Dissertação apresentada como requisito à obtenção do grau de mestre em filosofia junto à Universidade Federal de Santa Maria.

linguagem eminentemente prescritiva, formada por normas jurídicas que orientam a consecução de determinadas condutas. Utilizando-nos dos ensinamentos de Paulo de Barros CARVALHO, estribado na teoria de Lourival VILANOVA, o “*dever-ser* que une a hipótese e a consequência, na arquitetura lógica da norma jurídica, recebe o nome de *conectivo deôntico* ou *operador deôntico*, ou ainda *dever-ser interproposicional*, porque vem *entre* a proposição hipótese e a proposição consequente”⁹⁶.

Neste contexto, caso concretizado o *dever-ser*, surgem naturalmente os acontecimentos previstos pela norma instituidora do fato jurídico. Em sentido diametralmente oposto, o campo do *ser* não dá origem a qualquer acontecimento jurídico, vez que se apresenta a partir de uma linguagem meramente descritiva, não alterando a realidade. Notam-se, pois, as evidentes diferenças entre os referidos campos epistemológicos, não sendo dado ao intérprete confundi-los, sob pena de se cometer erro que compromete a lógica hermenêutica⁹⁷.

Da referida diferenciação, adentrando especificamente em nosso objeto de estudo, nota-se que a Análise Econômica do Direito – sob um viés estritamente positivo – revela-se quando são identificados “os impactos das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e bem-estar, cujo critério é econômico de maximização de riqueza”⁹⁸. O enfoque positivo, em outras palavras, cuida dos resultados fáticos oriundos primordialmente das normas jurídicas, ou seja, dos efeitos econômicos (diretos e indiretos) produzidos pela aplicação do Direito⁹⁹.

⁹⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário* – 24ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 415.

⁹⁷ “As a tribute to the remarkable influence this passage has exerted, I propose to assign to the principle that only factual statements can follow from exclusively factual statements the title “Hume’s Guillotine.” By “factual statements” here and throughout, I mean such as can be expressed by sentences whose copula is “is” or “is not” but cannot be expressed by sentences containing “should,” “must,” “ought,” and so forth”. BLACK, Max. **The Gap between “is” and “should be”**. In: *The Philosophical Review*, Vol. 73, No. 2 (Apr., 1964), pp. 165-181. p. 166.

⁹⁸ ROSA, Alexandre Morais da; MARCELLINO, Julio Cesar. **Os Direitos Fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria dos direitos patrimoniais**. In: *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23. p. 17.

⁹⁹ “Así, puede decirse que el enfoque positivo de la Economía intenta dar una explicación a la realidad (es decir, un esfuerzo por aclarar lo que “es”) para luego estar en capacidad de predecir las conductas que *ceteris paribus* se producirán en el futuro; por ello en la Economía se presta escaso interés a lo que resulta mejor o hacia donde debería dirigirse el comportamiento humano económicamente relevante (esto es, al “deber ser”)”. VELAZCO, Renzo E. Saavedra.

Nas palavras de Ivo GICO, a “AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos”¹⁰⁰. Aqui, estamos no campo hermenêutico do *ser*, em que apenas são analisados e explicados os efeitos das normas jurídicas, não havendo, por força lógica, a possibilidade de criação de novos fatos. Reitere-se que, como não poderia ser diferente, a metodologia utilizada para a análise das implicações próprias do sistema jurídico não é outra que não a abordagem a partir de critérios originalmente construídos sob a lógica das Ciências Econômicas.

A faceta positiva, portanto, focaliza o discurso jurídico sob uma ótica externa, identificando e analisando quais as principais consequências econômicas das decisões tomadas pelos agentes no âmbito jurídico¹⁰¹, com instrumentais que provêm da Economia¹⁰². Neste contexto, é exemplo da teorização positiva a utilização de conceitos como a *eficiência* para que se realize um exercício prognóstico sobre as decisões judiciais, estabelecendo parâmetros de análise capazes de identificar as possíveis alternativas que, de algum modo, favoreceriam a relação custo/benefício na aplicação da norma. Trata-se de uma perspectiva eminentemente consequencialista, que envolve a possibilidade de se medirem os resultados práticos das condutas humanas a partir das categorias econômicas¹⁰³.

Em tal quadrante, conceitos microeconômicos como a escassez de recursos, a maximização de utilidade individual e o equilíbrio são instrumentos capazes de prever as consequências das normas jurídicas, adotando-se um modelo em que a economia conseguiria explicar a dinâmica do Direito¹⁰⁴. Ora, parte-se aqui de um

Deconstruyendo al homo economicus: Una revisión conductual a un paradigma del Law and Economics. In: *Ius et veritas*, ano XXI, num. 42, 2011.

¹⁰⁰ GICO, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito.** In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n.1, Jan- Jun. 2010. p. 07-33. p. 21.

¹⁰¹ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica.** Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004.

¹⁰² TRUJILLO, Ana María Arjona; PARDO, Mauricio Rubio. **El Análisis Económico del Derecho.** Publicado no site: www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/c3AnalisisEconomicoDelDerecho.pdf.

¹⁰³ MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics.** In: *The Journal of Jurisprudence* – 2009. p. 61 – 109. p. 78.

¹⁰⁴ “Como constata Bruno Salama, a *Law & Economics* positiva emprega modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da economia. Tal vertente utiliza os conceitos de escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência para explicar a dinâmica das relações jurídicas. Além dessa visão explicativa, há a versão preditiva da vertente positiva, que se baseia no argumento de que a economia pode ser aproveitada para prever as consequências de diversas normas jurídicas, isto é, “os prováveis efeitos das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores

referencial teórico evidentemente estranho ao Direito, adotando-se a premissa de que os atores sociais seriam naturalmente racionais no sentido de maximizar sua utilidade, ou seja, efetuariam escolhas com o fito de perseguir seus objetivos de forma eficiente. Assim, os institutos jurídicos só poderiam ser analisados na medida em que promovessem a eficiência a partir dos parâmetros microeconômicos¹⁰⁵.

Noutro lado está a abordagem normativa da *Law & Economics*, própria do campo do *dever-ser*, que, como já referimos acima, envolve uma linguagem completamente diversa daquela preponderante no âmbito positivo. Tem-se, aqui, uma estrutura composta de normas com nítido caráter prescritivo, ligadas pelo conectivo deôntico (*dever-ser*) interproposicional, que dão origem a diversos novos fatos jurídicos¹⁰⁶. Estabelecido determinado valor (*vetor normativo*), a Análise Econômica do Direito tornará possível a escolha da alternativa que da forma mais eficiente promova o arranjo jurídico institucional¹⁰⁷.

Exemplo característico do enfoque normativo é a teorização proposta (e anteriormente já estudada) por CALABRESI, no sentido de analisar, a partir de critérios econômicos, de que forma a sociedade poderia criar normas que controlassem de uma forma ótima o nível dos acidentes por meio da responsabilização jurídica e da distribuição de riscos¹⁰⁸. Inserem-se ainda, sob tal viés, os elementos da *maximização da riqueza*¹⁰⁹ e da *eficiência* no âmbito da

sociais relevantes em cada caso” (SALAMA, 2011, p. 105)”. ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **Desmistificando a Law & Economics: A Receptividade da Disciplina Direito e Economia no Brasil**. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/redunb/article/viewFile/7095/5592>

¹⁰⁵ “Seja como for, o Direito e Economia Positivo emprega principalmente modelos mentais e ferramentas analíticas típicas da Economia. Ainda que haja aqui e ali abertura cognitiva para outras ciências, utiliza-se principalmente os modelos microeconômicos marginalistas, aproveitando-se também da Teoria dos Custos de Transação, Teoria do Agente, Teoria da Escolha Pública e da Teoria dos Jogos”. SALAMANA, Bruno. **O que é “Direito e Economia”?** In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito & Economia* 2ª Ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁰⁶ Em precisa definição, Jules Coleman afirma: “Normative law and economics is the home of reformers. Existing legal rules are evaluated and new ones fashioned in terms of their economic efficiency”. COLEMAN, Jules. **Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law**. In: *Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*. vol. 68, 1980. pp. 221 – 249.

¹⁰⁷ GICO, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n.1, Jan- Jun. 2010. p. 07-33.

¹⁰⁸ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004.

¹⁰⁹ “Devo agora fazer uma pausa para definir “maximização de riqueza”, uma expressão frequentemente mal compreendida. A “riqueza” em “maximização de riqueza” refere-se à soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (o que as pessoas se dispõem a pagar por bens que ainda não possuem) e preços solicitados (o que as pessoas pedem para vender o que possuem)”. POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. trad. Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 477.

decisão jurisdicional como aspectos fundamentais que devem ser tomados em conta em termos hermenêuticos para a consagração do bem-estar social.

Sob tal perspectiva, uma decisão só seria juridicamente acertada quando maximizasse a riqueza social, impondo uma série de valores econômicos no âmbito da ciência jurídica¹¹⁰. Neste sentido, a riqueza poderia ser compreendida tanto como um dos componentes de valor social, quanto como o único dos componentes do valor social, sendo, neste caso, evidentemente preponderante sobre qualquer noção de moralidade ou justiça¹¹¹.

As atribuições de direitos, sob esta ótica, devem ser efetuadas instrumentalmente¹¹², como se estivéssemos tratando de uma escolha política (“*policy choice*”) que deve privilegiar a maximização da riqueza social, possibilitando a alocação de recursos da forma mais eficiente possível. Em outros termos, o Direito assumiu uma postura eminentemente pragmática servindo à consecução de fins sociais estabelecidos sob a ótica de um mercado livre, que busca a redução dos custos de transação¹¹³.

Mais ainda, a filosofia pragmática aduz que o próprio *common law* já possui, por si mesmo, uma faceta que favorece a maximização de riqueza, no sentido de estabelecer o direito de propriedade, instituindo incentivos para que as transações sejam feitas de forma eficiente¹¹⁴.

Em poucas palavras podemos assim resumir a distinção entre as perspectivas positiva e normativa: aquela cuida dos impactos econômicos próprios quando da aplicação das normas jurídicas, possuindo nítido caráter descritivo, enquanto essa, prescritiva, analisa quais as normas que *devem ser* elaboradas para a satisfação

¹¹⁰ “A análise econômica sustenta, em seu aspecto normativo, que a maximização da riqueza social é um objetivo digno, de modo que as decisões judiciais deveriam tentar maximizar a riqueza social atribuindo, por exemplo, direitos aos que os comprariam, não fossem os custos de transação”. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. trad. Luís Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 356.

¹¹¹ Sobre o assunto ver: DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. trad. Luís Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 356.

¹¹² CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad y Eficiencia del Derecho**. Itam: Distribuciones Fontamara, 1997. p. 30.

¹¹³ SALAMANA, Bruno. **O que é “Direito e Economia”?** In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito & Economia* 2ª Ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹¹⁴ “Esses exemplos sugerem não apenas que a lógica do *common law* é realmente econômica, mas também que o ensino do direito poderia ser simplificado ao se expor os estudantes à estrutura econômica concisa e simples que existe por baixo da roupagem multicolor da doutrina jurídica”. POSNER, Richard A. **Problemas de Filosofia do Direito**. trad. Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 486.

dos objetivos sociais, estruturados, por óbvio, a partir do critério pragmático da maximização da riqueza¹¹⁵.

1.3.2 OS LIMITES DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

A Análise Econômica do Direito parte, como já se tratou acima, dos enunciados próprios da teoria microeconômica neoclássica para descrever, em seu enfoque positivo, de que forma os agentes atuam diante de suas expectativas e preferências em face das normas instituídas no contexto do sistema jurídico. Neste aspecto, adota-se a premissa de que os sujeitos buscam, em suas ações cotidianas, maximizar sua utilidade por meio de escolhas racionais, comportando-se estrategicamente¹¹⁶. Ou seja, estrutura-se aqui uma teorização que tem como principal elemento a análise da conduta individual do homem, enquanto ser que calcula a utilidade marginal de suas ações¹¹⁷.

Neste aspecto, a *Law and Economics* resgata alguns dos fundamentos teóricos mais ortodoxos da história do pensamento econômico, atribuindo ao homem uma lógica maximizadora, de fundo eminentemente utilitarista¹¹⁸. Ora, aqui já se percebe que, sob o manto do individualismo metodológico¹¹⁹, o ponto de partida não é outro que não a imposição de uma falsa racionalidade abstrata, que

¹¹⁵ “The aim of this second, or normative, branch of law and economics is not to describe or explain how decisions were in fact made or predict how they will be made, but rather to guide them”. FISS, Owen. **The death of law?** In: *Faculty Scholarship Series*. Paper 1209. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1209

¹¹⁶ “Como escolhas devem ser realizadas, os agentes econômicos ponderam os custos e os benefícios de cada alternativa, adotando a conduta que, dadas as suas condições e circunstâncias, lhes traz mais bem-estar. Dizemos, então, que a conduta dos agentes econômicos é racional maximizadora. Mais sobre isso adiante. A grande implicação desse postulado para a juseconomia é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha. Em resumo, pessoas respondem a incentivos”. GICO, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n.1, Jan- Jun. 2010. p. 07-33. p. 22.

¹¹⁷ “Dizer que os indivíduos são maximizadores racionais de seus próprios interesses ou utilidades significa afirmar que as suas escolhas estão vinculadas ao maior proveito individual que possam obter delas. Esse é um conceito operacional, pois visa permitir a análise das relações econômicas numa dada sociedade”. GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005. p. 241.

¹¹⁸ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 114 – 115.

¹¹⁹ GICO, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n.1, Jan- Jun. 2010. p. 07-33. p. 24.

evidentemente não corresponde à complexa realidade social¹²⁰. E nem se pretende (como seria de se esperar) que o método econômico seja efetivamente capaz de descrever a realidade, sendo, antes, uma alternativa simplificadora, que apenas reflexamente explicaria a conduta humana¹²¹.

Assim, admite-se (quase que por unanimidade) que os homens são capazes de analisar, a todo o instante, os custos e os benefícios de cada uma de suas ações, agindo de forma a maximizar sua utilidade em um mundo de escassez de recursos¹²². Mais do que isto, cria-se a ficção de que o “*homo economicus*”¹²³ se orienta de forma perfeita a partir de critérios racionais, sendo o mercado a sua referência natural¹²⁴, mas não a única, já que a *Law and Economics* é capaz de propagar tal racionalidade a campos que em nada se compatibilizariam com a lógica do modal econômico “*custo/benefício*”¹²⁵.

Importante destacarmos a crítica elaborada por MORAIS DA ROSA à teórica racionalidade presente na teorização da Análise Econômica do Direito:

O que importa destacar é que a ultra-racionalidade imputada ao <<homo economicus>> é imaginária basicamente por três motivos: a) acreditar dogmática e ingenuamente no sujeito pleno consciente, desprovido de inconsciente, cujos efeitos se verão de ver; b) rejeitar como dada, natural, uma ordem preestabelecida na fé da mão invisível e do mercado como fonte de toda a Justiça possível; c) relegitimar a opressão em nome da

¹²⁰ “O <<individualismo metodológico>> acolhido pelo discurso da *Law and Economics* e especificamente por Posner atribui qualidades imaginárias aos sujeitos, reduzidos a agentes racionais de um projeto social condicionado”. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2009. p. 90.

¹²¹ VELAZCO, Renzo E. Saavedra. **Deconstruyendo al homo economicus: Una revisión conductual a un paradigma del Law and Economics**. In: *Ius et Veritas*, ano XXI, num. 42, 2011. p. 10.

¹²² SZTAJN, Rachel. *Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil*. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Vol. 111, Julho a Setembro de 1988. p. 09-30.

¹²³ “Afim, a deificação do mercado, quando vista pelo eficientismo, glorifica o consumidor (*homo economicus*, que substituiu o *homo faber*), mas, naturalmente, toma o não-consumidor (excluído, ou *homo famelicus?*), como um empecilho”. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Neoliberalismo no Brasil, hoje**. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, ano XI, n.6, Curitiba, 1997.

¹²⁴ “Vê-se desde logo, portanto, que a base de toda construção teórica passa a ser pautada pela dimensão do *mercado* como referência. Por buscar um *equilíbrio* que é também um conceito não empírico e inalcançável, quer-se tender a ele a partir do cumprimento de condições tidas como necessárias para tanto, em especial a garantia da *liberdade de contrato* e da *propriedade privada*”. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Críticas aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de mestre em direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. p. 128.

¹²⁵ JOLLS, Christine; SUSTEIN, Cass; THALER, Richard. **A Behavioral Approach to Law and Economics**. In: *Stanford Law Review*, vol. 50. p. 1471 – 1548. p. 1476.

<<liberdade>> alçada como fundamento maior de todo o sujeito, desconsiderando a manipulação ideológica própria do modelo neoliberal.¹²⁶

É neste contexto que a economia passa a se caracterizar como uma ciência universal, capaz de analisar e explicar o comportamento humano apenas com a referida abstração. Nas palavras de PACHECO, “a economia se converte em uma “caixa vazia” capaz de abarcar uma multiplicidade de comportamentos e atividades humanas”¹²⁷. Ou seja, o *indivíduo concreto* é substituído por uma ficção (o *homo economicus*) em prol de uma cientificidade perversa, que, sob o manto da redução de complexidade, acaba por transformar o homem em mero sujeito utilitarista, que, conscientemente ou não¹²⁸, age com o único fim de maximizar seus benefícios.

Afirmar que a Análise Econômica do Direito possui fundamentos do pensamento utilitarista impõe que caracterizemos, mesmo que sucintamente, o que se entende por *raciocínio utilitário*. Trata-se, aqui, do Utilitarismo, corrente filosófica concebida principalmente por Jeremy BENTHAM (1748/1832), James MILL (1773/1836) e John Stuart MILL (1806/1873), que se basearam em pensadores anteriores como David Hume, Francis Hutcheson e Adam Smith¹²⁹. Em especial, frise-se que de acordo a concepção utilitária, os indivíduos procuravam, através de seus atos, maximizar sua satisfação e diminuir seus desprazeres, erigindo-se, portanto, uma perspectiva nitidamente hedonista da conduta humana.

Assim, especificamente com BENTHAM, notamos que:

A natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos. Ao trono desses dois senhores está vinculada, por uma parte, a norma distingue o

¹²⁶ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2009. p. 90.

¹²⁷ PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 121.

¹²⁸ Como se pode ver, Posner afirma que não necessariamente o cálculo otimizador é consciente: “What critical, Posner insisted, was that the rats behaved “as if” the maximization of their satisfaction was their objective and it was not important for the validity of such an explanation that the rats actually thought about maximization, economics, or for that matter anything else”. FISS, Owen. **The death of law?**. In: *Faculty Scholarship Series*. Paper 1209. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1209

¹²⁹ FIGUEIREDO, Eurico de Lima. **Utilitarismo**. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.

que é reto do que é errado, e, por outra, a cadeia das causas e dos efeitos¹³⁰.

Sobre o conceito de utilidade, o autor afirma que se trata do “princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo”¹³¹. Trata-se, como se pôde ver, de uma teoria que admite a utilidade como valor subjetivo, ou seja, como um conceito mensurável apenas a partir da satisfação de cada indivíduo, que moldará sua conduta de modo a produzir a maior felicidade possível, em contraposição à redução de seus desprazeres¹³².

Por mais que Posner refute a rotulagem utilitarista da *Law and Economics* proposta criticamente por Hart¹³³, afirmando que a maximização da riqueza (“*Wealth Maximization*”) possuiria um caráter eminentemente diverso da maximização da felicidade, parece evidente constatar que a Análise Econômica do Direito bebe diretamente da fonte de Bentham quando analisa de forma abstrata o *homo economicus*. Em realidade, mesmo limitando o parâmetro da maximização da riqueza ao que pode ser monetariamente mensurável, e assim resolvendo a antiga crítica ao pensamento utilitarista de que o prazer e a dor não poderiam ser comparados interpessoalmente, Posner não consegue se distanciar da concepção utilitária¹³⁴.

Diante de tal perspectiva, entende-se que são três os postulados fundamentais presentes na teoria microeconômica neoclássica que foram

¹³⁰ BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Editor Victor Civita, 1974. p. 9.

¹³¹ BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Editor Victor Civita, 1974. p. 10.

¹³² “Este enfoque enlaza con la teoría del valor subjetivo que Bentham usa en su análisis económico, según la cual el valor de un bien no depende de sus costes de producción, mensurables según alguna unidad de medida objetiva – como suponía Adam Smith y toda la economía clásica -, sino de la satisfacción subjetiva que experimenta el consumidor al usarla, supuesto que se avanza al adoptado por la economía neoclásica y del bienestar”. COLOMER Joseph M. **Ilustración y liberalismo en Gran Bretaña: J. Locke, D. Hume, los economistas clásicos, los utilitaristas**. In: Historia de la Teoría Política. Madrid: Editor El libro de Bolsillo Alianza, 1991. p. 71.

¹³³ “He stated that I acknowledge utilitarianism to be the inspiration of the economic analysis of law. Although this was not, even when made, a totally accurate description of my position. Hart’s mistake is understandable, for until recently I have insufficiently distinguished between the two systems of thought”. POSNER, Richard A. **Utilitarianism, Economics, and Legal Theory**. In: The Journal of Legal Studies, vol. 8, n. 1, Jan. 1979, p. 103 – 140. p. 104.

¹³⁴ “Las críticas de Posner no se dirigen más que a un tipo de utilitarismo, a la concepción cardinal y hedonista de la utilidad, aún cuando su intención es la de distanciarse del utilitarismo en su conjunto”. PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004. p. 57.

naturalmente adotados pela Análise Econômica do Direito, quais sejam: (i) os sujeitos agem racionalmente, (ii) buscam a maximização de sua utilidade e (iii) possuem informações perfeitas, ou, ao menos, informações relevantes capazes de guiar as suas decisões¹³⁵. Em especial, admite-se que os agentes racionais possuem preferências completas, transitivas e estáveis¹³⁶, e que atribuem uma utilidade marginal a cada uma de suas escolhas, dosando de maneira perfeita quais os seus benefícios e os correlatos sacrifícios¹³⁷.

De fato, propõe-se a existência de uma escolha feita por meio do conceito de utilidade ordinal (que não considera a quantificação da intensidade das preferências individuais), de modo que o agente racional possuiria diferentes alternativas e possibilidades, elencando-as conforme seus anseios¹³⁸. Em outras palavras, o sujeito seria capaz de decidir qual a opção, dentre as possíveis, que mais eficientemente maximize seu bem-estar¹³⁹.

Importante ainda frisar que o caráter marginal presente em tal teoria se caracteriza na medida em que o agente racional concebe, por meio das informações que possui, os benefícios e os custos oriundos de cada decisão. Ou seja, por meio de um cálculo hipotético (mesmo que inconsciente), o indivíduo seria capaz de ponderar se, por exemplo, o consumo de determinado bem ou a transgressão de uma lei penal seriam mais benéficos do que sua omissão, optando pela alternativa que maximizar sua utilidade marginal¹⁴⁰.

¹³⁵ VELAZCO, Renzo E. Saavedra. **Deconstruyendo al homo economicus: Una revisión conductual a un paradigma del Law and Economics**. In: *Ius et veritas*, ano XXI, num. 42, 2011.

¹³⁶ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond**. Princeton University Press: Princeton, 2006.

¹³⁷ GICO, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n.1, Jan- Jun. 2010. p. 07-33.

¹³⁸ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond**. Princeton University Press: Princeton, 2006.

¹³⁹ “O raciocínio desenvolvido pela AED é simples: as decisões individuais dos agentes econômicos são marcadas pelo desejo egoístico de satisfação de suas necessidades; a solução “geral e natural” encontrada pelo mercado corresponde à consideração global dessas preferências”. FORGIONI, Paula. **Análise Econômica do Direito: Paranoia ou mistificação?** In: *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Martorio Mont’ Alverne Barreto (orgs). – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 429.

¹⁴⁰ “In the present context, decisions regarding unlawful activity (e.g., to breach a contract, to take precaution against breach, to engage in potentially tortious conduct, or to engage in criminal behavior) become a matter of comparing marginal benefits with marginal costs. 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”. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven.

A adoção da referida análise racional torna possível a estruturação de modelos comportamentais que, em tese, seriam capazes de identificar e prever as ações individuais, mormente a partir da instituição de sanções e incentivos, que seriam considerados pelos sujeitos quando da tomada de suas decisões. De um modo sucinto, reitera-se que os postulados microeconômicos afetariam a própria legitimação do Direito, que, como se exporá a seguir, passa a ter um caráter nitidamente instrumental, sendo meramente um mecanismo introdutor das normas que moldam as ações individuais.

Em outras palavras, identificar o homem como um agente maximizador racional de interesses sugere que diferentes situações podem se caracterizar como incentivos ou óbices à otimização utilitária, ou seja, modificaríamos nossas condutas conforme os estímulos inseridos no ambiente, que é naturalmente estruturado pelas normas jurídicas.

Frise-se, porém, que adotar a premissa de que o homem é naturalmente egoísta, elencando suas preferências de forma a maximizar seu bem-estar parece reduzir de forma irresponsável a análise da conduta humana. Isto porque se opera uma verdadeira distorção no paradigma científico-econômico, em que o sujeito é concebido amoralmente, identificado apenas com a sua sede por uma imaginária maximização da riqueza¹⁴¹. Trata-se, em outros termos, de ignorar qualquer possibilidade de que o comportamento humano seja dotado de valores diversos do egoísmo individualista, tais como o sentimento de cooperação social.

A busca pela simplificação metodológica transforma o homem em mera *máquina maximizadora de riqueza*, o que, evidentemente, não se coaduna com qualquer perspectiva que se queira minimamente realista¹⁴².

Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond. Princeton University Press: Princeton, 2006. p. 103.

¹⁴¹ “É um fato indiscutível que o homem muitas vezes norteia seus comportamentos com fundamento em outros valores, diversos do seu próprio bem-estar”. GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos.** *Direitos não nascem em árvores.* Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005. p. 245.

¹⁴² “Entre outras objeções, demonstrou-se a ideia de um *homo oeconomicus*, que avalia as vantagens e desvantagens de sua ação, e, conseqüentemente, desiste de cometê-la, porque o sistema jurídico-penal, com a cominação de pena e a possibilidade de executá-la, leva à conclusão (suposição) de que não vale a pena praticá-la. Infelizmente, esse *homo oeconomicus*, que a fórmula da prevenção geral supõe, não existe”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 92.

1.3.3 O PAPEL DO DIREITO PARA A *LAW AND ECONOMICS*: CARÁTER SUBSIDIÁRIO E INSTITUIDOR DE PREÇOS E INCENTIVOS

Vimos que a Análise Econômica do Direito se caracteriza como “instrumento flexível e ideológico do modelo neoliberal”¹⁴³, estruturando-se, assim, no âmbito de uma teorização que pretende retirar todos os entraves do mercado, no sentido de desincumbir o Estado de qualquer de suas funções enquanto ente interventor na seara econômica¹⁴⁴. Neste sentido, pretende-se legitimar um “discurso de clara estrutura religiosa, da fé no mercado, que naturaliza a justiça da desigualdade”¹⁴⁵. Evidente, pois, a incompatibilidade deste modelo com qualquer estrutura jurídica que tenha a justiça ou os aspectos morais como fundamento primordial¹⁴⁶.

Neste sentido, parece evidente constatar que o Direito, e a intervenção estatal como um todo, só podem ser concebidos na medida em que buscam a neutralização das falhas do mercado, especialmente no que concerne aos ensinamentos dos teóricos da Escola de Chicago. Diante de tal contexto, deve o Direito ser capaz de simular o funcionamento do mercado, no sentido de garantir o melhor grau de eficiência alocativa possível¹⁴⁷, desvinculando-se de qualquer função axiológica¹⁴⁸ diversa da planificação das condutas racionais individuais¹⁴⁹.

¹⁴³ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2009. p. 38.

¹⁴⁴ “O Estado fica no <<banco de reservas>> sendo convocado a participar do jogo do mercado sempre que houver necessidade da redução/exclusão de ruídos internos em que a força, desde antes legitimada pelo Estado, possa se justificar; fica em posição de espera”. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2009. p. 38.

¹⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2009, p. 102 - 103.

¹⁴⁶ “Novamente vê-se que o paradigma de justiça a que deveria estar atrelado o Direito simplesmente inexistente: a justiça agora é “divinamente” ditada pelo Mercado-Deus. Na Análise Econômica do Direito não se fala em *fi*ns, somente em *me*ios”. MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009. p. 225.

¹⁴⁷ FORGIONI, Paula. **Análise Econômica do Direito: Paranoia ou mistificação?** In: *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Martorio Mont’ Alverne Barreto (orgs). – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 426.

¹⁴⁸ “O direito não é permeado por outros valores que não a busca da eficiência alocativa; diz-se, então, dotado de *neutralidade redistributiva*. Na ausência de falhas de mercado, a melhor alocação de recursos será promovida pelo próprio mercado, como acima explicitado”. FORGIONI, Paula. **Análise Econômica do Direito: Paranoia ou mistificação?** In: *Diálogos constitucionais: direito,*

Resgatando a teoria de COASE, tem-se que um dos principais objetivos do sistema jurídico não é outro que não a redução dos custos de transação, tornando possível e mais eficiente a livre negociação realizada no mercado. Firme-se, porém, que só será válida a intervenção jurídico-estatal quando realizada com o fito de ponderar incorreções mercadológicas, tais como as externalidades e a assimetria de informações entre os agentes racionais¹⁵⁰. A Análise Econômica do Direito, portanto, institui um sistema jurídico opaco, refém de uma racionalidade em que preponderam os elementos próprios da espacialidade do mercado¹⁵¹.

Não se pense, porém, que as falhas do mercado possam ser corrigidas sob a ótica de uma justiça redistributiva. Não é disto que a *Law and Economics*, em especial a corrente conservadora representada pela Escola de Chicago, trata ao estabelecer a função subsidiária da intervenção estatal. Muito pelo contrário, a função primordial da instituição de leis será a maximização de riqueza, vertente que não necessariamente se coaduna com uma distribuição mais justa.

Em tal contexto, e adotando a premissa de que os indivíduos maximizam sua utilidade por meio de cálculos racionais, as normas jurídicas instituem “incentivos e desincentivos mediante o estabelecimento de preços para as distintas alternativas de ação”¹⁵², de modo a consagrar a lógica da eficiência econômica. Ou seja, reiterando a perspectiva paradigmática do custo/benefício, tem-se que o Direito funciona como um instrumento dotado de força apenas indiretamente cogente, que tem como objetivo moldar o comportamento dos indivíduos racionais. As normas jurídicas, assim, possuem um impacto imperfeito sobre as atitudes individuais, dependendo, antes, do cálculo autointeressado do sujeito.

neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Martorio Mont' Alverne Barreto (orgs). – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 429.

¹⁴⁹ PACHECO, Pedro Mercado. **Análisis Económico del Derecho y Utilitarismo. Concordancias y Divergencias**. In: Telos – Santiago de Compostela, vol. III, n. 2, Dezembro de 1994, p. 99 – 123.

¹⁵⁰ “The just result is one that either brings the parties together for exchange or gives them approximately what they would have received if they had been able to bargain”. FISS, Owen. **The death of law?** In: *Faculty Scholarship Series*. Paper 1209. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1209

¹⁵¹ “Partindo-se do Mercado como Instituição necessária, mas não suficiente, o pensamento neoliberal reconhece a necessidade da manutenção do Estado, como ferramenta de conserto. Não como um agente econômico dirigente, mas garantidor reformado da Instituição maior: o mercado”. ROSA, Alexandre Moraes da. **O que resta do Estado Nacional em face da invasão do discurso da Law and Economics**. In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 7, jan/jun 2010, p. 153-183. p. 167.

¹⁵² PACHECO, Pedro Mercado. **Análisis Económico del Derecho y Utilitarismo. Concordancias y Divergencias**. In: Telos – Santiago de Compostela, vol. III, n. 2, Dezembro de 1994, p. 99 – 123.

Cumprir ou não as normas será uma decisão que dependerá de uma série de variáveis consideradas pelo sujeito racional quando da realização de seus cálculos maximizadores, sendo a imposição legal apenas mais uma delas (e não, necessariamente, a preponderante)¹⁵³. Axiologicamente, o parâmetro da eficiência será o único valor a orientar a elaboração das normas no sentido de guiar as condutas individuais. A função do Direito, portanto, será estabelecer estímulos capazes de moldar as ações individuais em prol do funcionamento competitivo do mercado, promovendo a maximização da riqueza.

Orienta-se, aqui, pela lógica econômica mais elementar: os consumidores respondem conforme os “preços” estabelecidos pelas normas jurídicas, ou, em outras palavras, obedecem às leis se os benefícios oriundos desta forma de conduta superarem os custos inerentes a um agir diverso¹⁵⁴. Neste sentido, o Direito possui um nítido caráter instrumental, de forma que a sua função mais elementar não é outra que não instituir e alterar incentivos¹⁵⁵ para moldar a conduta racional dos indivíduos¹⁵⁶.

Mais do que isto, atenta-se agora a uma nova valoração no que se refere à adequação das leis no ordenamento jurídico, já que não bastam mais apenas os

¹⁵³ “Lo que resulta de un enfoque como el adoptado por el AED es que el derecho pierde el carácter de condicionante directo, en sentido fuerte, de la conducta de los destinatarios de las normas. En efecto, en el AED los individuos actúan racionalmente en su propio interés y las normas jurídicas influyen en los cálculos racionales de éstos a la hora de elegir el curso de acción más eficiente, pero difícilmente esta influencia sobre el comportamiento puede considerarse como un motivo o razón de las elecciones de los individuos”. PACHECO, Pedro Mercado. **Análisis Económico del Derecho y Utilitarismo. Concordancias y Divergencias**. In: Telos – Santiago de Compostela, vol. III, n. 2, Dezembro de 1994, p. 99 – 123.

¹⁵⁴ “Within the legal arena, legal rules establish prices, such as fines, community service, and incarceration, for engaging in various types of illegal behavior. The rational maximizer, then, will compare the benefits of each additional unit of illegal activity with the costs, where the costs are weighted by the probability of detection and conviction”. MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond**. Princeton University Press: Princeton, 2006. p. 104.

¹⁵⁵ “Las leyes y las normas, por su parte, establecen sanciones que, en últimas, constituyen incentivos para el individuo y que el AED asimila a los precios. De acuerdo con Posner, bajo un sistema económico de maximización de riqueza, la función básica de la ley es la de alterar los incentivos. En este contexto, se puede en principio ajustar el nivel agregado de las actividades simplemente ajustando los precios implícitos en las normas y leyes. TRUJILLO, Ana María Arjona; PARDO, Mauricio Rubio. **El Análisis Económico del Derecho**. Publicado no site: www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/c3AnalisisEconomicoDelDerecho.pdf.

¹⁵⁶ “A abordagem econômica é um método que pode nos fornecer o arcabouço teórico (conjunto de ferramentas) robusto o suficiente para nos auxiliar a compreender como o ser humano reagirá a cada alteração de sua estrutura de incentivos e, em última instância, como o direito pode elaborar tal estrutura para alcançar maior bem-estar social”. GICO, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In: Economic Analysis of Law Review, v. 1, n.1, Jan- Jun. 2010. p. 07-33. p. 29.

elementos da validade e da justiça da norma, sendo necessária uma análise referente à sua eficácia. Em outras palavras, pretende-se agora medir os efeitos reais das leis e dos institutos jurídicos, abordando de que modo o legislador é capaz de moldar as condutas humanas, estabelecendo critérios que devem ser seguidos pelos sujeitos racionais.

1.3.4 A EFICIÊNCIA COMO VETOR

A eficiência é elemento presente tanto na teorização jurídica quanto econômica, sendo essencial a compreensão de suas mais diversas facetas, ainda mais quando se está diante de uma linha de pensamento que procura utilizar a racionalidade econômica como método instrumental à interpretação dos principais institutos jurídicos. Neste contexto, quando se afirma que o *critério eficiência* deve moldar todas as decisões políticas, há que se elaborar uma análise capaz de estabelecer parâmetros que adequadamente delimitem a sua terminologia, dando correta interpretação ao conceito em questão.

Assim, torna-se fundamental que as políticas públicas e as decisões judiciais estejam conectadas com ao menos um dos significados que se adéquam ao termo *eficiência*. Nota-se já que estamos no *ambiente normativo* da Análise Econômica, em que se busca a formação e aplicação de regras capazes de satisfazer o critério da eficiência, possuindo, portanto, eminente caráter prescritivo. Orienta-se, aqui, à elaboração de políticas e decisões públicas que de forma ótima maximizem a riqueza da sociedade.

Será eficiente, neste sentido, uma decisão pública se, nos moldes da teoria paretiana, não existir outra situação diferente daquela desejada unanimemente pelos integrantes da sociedade. De acordo com CALSAMIGLIA, o critério de Pareto não supõe a justiça da decisão, mas, antes, simplesmente a eficiência desta¹⁵⁷. De fato, em consonância com tal critério, o *ótimo paretiano* se daria quando uma situação alternativa aumente a satisfação de algum indivíduo sem que com isso reduza a satisfação de outrem. Ninguém pode ser beneficiado, neste esquema, sem que

¹⁵⁷ CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad y Eficiencia del Derecho**. Itam: Distribuciones Fontamara, 1997. p. 48.

alguém seja prejudicado. A alocação de recursos que se queira eficiente, em tal âmbito, presta-se a maximizar a satisfação social sem que prejudique outra pessoa. Neste sentido, Jules COLEMAN afirma:

Afirmar que recursos e bens são alocados de acordo com o ótimo de Pareto é assumir que qualquer outra realocação de recursos beneficiará uma pessoa apenas às expensas de outra. Uma alocação de recursos está em Pareto superior em relação a uma alocação alternativa se, e apenas se, nenhuma pessoa é prejudicada, e ao menos uma pessoa é beneficiada com a nova situação¹⁵⁸.

Acima de tudo, o *ótimo de Pareto* não é outra coisa que não uma *metáfora ideal*¹⁵⁹, que nunca será alcançada devido à impossibilidade da coordenação de todas as ações e informações sem qualquer custo de transação ou externalidades. Neste sentido, dada a impossibilidade de se conceber uma situação que se subsuma perfeitamente ao critério *paretiano*, legitima-se ao Estado a função de intervenção na *dinâmica do mercado*, sempre orientando suas ações de modo a reduzir ao máximo os custos de transação. Em tal contexto, relega-se ao ente público – como já se afirmou acima – a função precípua de garantia do funcionamento do mercado. Frise-se que a *meta* sempre deve ser a concretização do projeto de eficiência, de modo que as externalidades sejam evitadas em prol da otimização econômica.

Ainda, outro critério utilizado para a averiguação e concretização do postulado eficiente é aquele conhecido como *equilíbrio de Kaldor-Hicks*, em que, diferentemente do que propõe Pareto, a situação será ótima se os beneficiados pela nova conjuntura puderem compensar os prejudicados. Está-se diante, frise-se, de uma compensação potencial, e não factual, ou seja, não é necessário ao modelo que a compensação realmente ocorra. Neste âmbito, tem-se como eficiente uma situação mesmo que, em decorrência de alguma mudança, alguns indivíduos saiam prejudicados. Há, porém, a necessidade de que aqueles que tiverem uma melhora em sua posição ganhem mais do que os que perderam com a referida mudança.

¹⁵⁸ COLEMAN, Jules. **Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law**. In: *Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*. vol. 68, 1980. pp. 221 – 249. p. 226. Tradução Livre, no original: “To claim that resources or goods are allocated in a Pareto optimal fashion is to maintain that any further reallocation of resources will benefit one person only at the expense of another. An allocation of resources is Pareto superior to an alternative allocation if and only if no person is disadvantaged by it and the lot of at least one person is improved”.

¹⁵⁹ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Editora Lumen Juris; Rio de Janeiro, 2009. p. 70.

Em tal sentido, a eficiência de *Kaldor-Hicks* é também denominada de “*Welfare Maximization*”, conceito muito utilizado pela Análise Econômica, em especial nos escritos e julgados de Posner. Neste âmbito, veja-se o que afirma Edward Stringham, a respeito do conceito em questão:

A eficiência segundo o critério de Kaldor-Hicks não mede a utilidade ou a felicidade; relaciona-se apenas com a vontade de pagar convertida monetariamente. Medindo os efeitos em dólares, evita-se que problemas típicos da Economia de bem-estar, porque não se estriba na implausível assunção de que diferentes utilidades individuais sejam mensuráveis e comparáveis¹⁶⁰.

Assim, a eficiência de *Kaldor-Hicks* só é alcançada quando “bens e outros recursos estão nas mãos dos que a valorizam mais, e alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente do dinheiro) para possuí-lo”¹⁶¹. A maximização da riqueza, neste contexto, pode ser individual ou social, sendo essa última, inclusive, o *grande objetivo* estabelecido para o Direito. Em outras palavras, a instituição de direitos – e aqui se dá a sua feição eminentemente instrumental – serve apenas enquanto promove a maximização da riqueza social¹⁶².

Sob tal perspectiva, o crime seria visto como uma externalidade, na medida em que alteraria as condições normais do mercado, impondo custos adicionais à sociedade e estabelecendo uma situação de nítida ineficiência. Desse modo, as políticas públicas devem ser orientadas de forma a reduzir os custos impostos pelo delito, sempre da maneira que impuser menores sacrifícios ao resto da sociedade. Ou seja, não se conceberia, de acordo com a Análise Econômica, um sistema punitivo que, com o intento de resolver o problema criminal, elevasse de modo desproporcional os custos sociais. É neste cenário, inclusive, em que se sustenta a

¹⁶⁰ STRINGHAM, Edward. **Kaldor-Hicks Efficiency and the problem of central planning**. In: The Quarterly Journal of Austrian Economics. vol. 4, no. 1, 2001. pp. 41 – 50. p. 42. Tradução Livre, no original: “Kaldor-Hicks efficiency does not measure utility or happiness; it solely looks at willingness to pay in dollar terms. By measuring effects in dollars, it avoids the problems of other traditional welfare economics because it does not rest upon the implausible assumption that different individuals’ utilities are measurable and comparable”.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. trad. Luís Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 352.

¹⁶² “Segundo a análise econômica do Direito, os direitos *devem* ser atribuídos instrumentalmente, de tal maneira que a atribuição de direitos promova a maximização da riqueza. Esse é o principal uso do padrão de maximização da riqueza no contexto judicial”. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. trad. Luís Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 374.

opção economicista pelas penas de multa quando comparadas com as “*penas de prisão*”.

Ainda, é sob o manto da *eficiência* (sejam as feições de Pareto ou de Kaldor-Hicks), que se admite a tolerância a determinado nível de criminalidade, quando a sociedade julga não ser mais benéfico despende recursos em seu correlato combate¹⁶³. Ou seja, trata-se de uma *decisão social* a ser elaborada por meio de políticas econômicas e criminais, que envolveriam a alocação de recursos às agências criminais que de forma ótima combatesse o fenômeno criminal até determinada quantidade suportável. Em outras palavras, todas as decisões que envolvem o combate e a prevenção à atividade criminal devem ser orientadas por critérios que transbordam o aspecto meramente jurídico da questão. Seja como for, nota-se paradigmática a aplicação do significante *eficiência* em campos até então colonizados apenas pelo viés jurídico, o que faz com que a Análise Econômica desfigure os conceitos tradicionais do Direito em prol da utilização de um modelo de racionalidade eminentemente utilitário-economicista.

¹⁶³ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Análise crítica às teorias econômicas do direito penal**. In: De jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 67-87, jan/jun, 2009.

2 A ANÁLISE ECONÔMICA E O DIREITO PENAL

2.1 DE BENTHAM A BECKER – A JUSTIFICATIVA DA PENA PARA A ANÁLISE ECONÔMICA

“*The Law and Economics Movement: from Bentham to Becker*”. É este o título de importante artigo publicado por Richard POSNER, em que o autor elucida quais as principais fontes teóricas do movimento da Análise Econômica do Direito¹⁶⁴. De fato, apenas com o resgate de elementos próprios da teorização proposta por Jeremy Bentham é que foi possível a significativa expansão na utilização de conceitos e análises econômicas orientadas à compreensão do Direito¹⁶⁵. E nem poderia ser diferente quando se trata da relevância do “*utilitarismo benthamita*” na seara do Direito Penal. Neste aspecto, as justificações utilitaristas relacionadas à função da pena são indiscutivelmente importantes quando se considera a concepção e os efeitos da prevenção geral negativa no movimento da *Law and Economics*.

Em especial, o que POSNER quer dizer, é que Gary Becker foi o primeiro pensador capaz de resgatar e aplicar os pensamentos de Bentham a campos teóricos até então estranhos à economia. E a relevância de Bentham é flagrante quando se consideram alguns dos principais fundamentos da Análise Econômica do crime, como alude HARCOURT:

A principal contribuição de Bentham, de acordo com Posner, deu-se em duas frentes: ele desenvolveu a teoria psicológica de que os indivíduos buscam maximizar seu prazer e felicidade sobre a dor, além de ter sugerido que todos os homens calculam seu bem-estar. Esta combinação de elementos psicológicos e cognitivos levou à teoria da maximização da utilidade, sobre a qual o campo da economia foi estruturado¹⁶⁶.

¹⁶⁴ POSNER, Richard A. **The Law and Economics Movement: from Bentham to Becker**. In: *Frontiers of Legal Theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

¹⁶⁵ POSNER, Richard. **Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law**. The Chicago Working Paper Series Index. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>

¹⁶⁶ No original: “Bentham’s central contribution, according to Posner, was twofold: he advanced the psychological theory that individuals seek to maximize pleasure or happiness over pain, and he suggested that all men calculate their welfare. This combination of psychological and cognitive insights led to the theory of rational utility maximization, from which the field of economics has drawn”. HARCOURT, Bernard E. **The illusion of free markets: punishment and the myth of natural order**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2011. p. 133.

Mais do que isto, parece ser necessário interpretar a maximização de utilidade individual na seara do *direito criminal* analisando a teoria proposta por Cesare Beccaria, que, como se sabe, influenciou Bentham de forma relevante. De fato, Beccaria conseguiu aplicar a racionalidade econômica especificamente ao estudo do direito penal, explicando as consequências do poder punitivo sob uma ótica eminentemente utilitarista. Assim, o *homo economicus*, enquanto indivíduo racional, é movido pelos *motores* do prazer e da dor, calculando frequentemente de que forma pode maximizar sua utilidade por meio de uma conduta criminosa (ou não). Em tal perspectiva, consideremos o que diz BECCARIA:

Se o prazer e o sofrimento são os dois motores dos seres sensíveis; se, entre as razões que guiam os homens em todas as atitudes, o supremo Legislador pôs como os mais poderosos as recompensas e os castigos; se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto frequente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer¹⁶⁷.

Perceba-se que no utilitarismo de BECCARIA e BENTHAM (que será posteriormente desenvolvido pelos teóricos da Análise Econômica), o indivíduo é compreendido como uma máquina otimizadora, que guia suas ações de forma a obter prazer e fugir da dor¹⁶⁸. São tais cálculos racionais que o levarão a cometer ou não um delito, de acordo com os elementos que o cercam e afetam sua sensibilidade, ou seja, há aqui uma visão indiscutivelmente hedonista no que concerne às atitudes individuais, calcadas basicamente na perspectiva da maximização utilitária.

Frise-se que, em consonância com o utilitarismo, seria possível ao legislador manipular fatos que influenciam ação individual de cada um dos sujeitos, orientando-se, necessariamente, à consecução e realização de todo o “bem-estar possível para a maioria”¹⁶⁹. Em outras palavras, o legislador deverá, por meio do estabelecimento

¹⁶⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012. p. 63.

¹⁶⁸ CASTRO, Alexander de. **Cesare Beccaria e o Direito Penal do absolutismo esclarecido: o reformismo habsbúrgico e o iluminismo na lombardia austríaca**. In: Iluminismo e direito Penal/Arno Dal Ri Júnior...[et al.]. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

¹⁶⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012. p. 14.

de sanções criminais adequadas, orientar as condutas individuais de forma a satisfazer o interesse do conjunto social, agindo, portanto, sobre a sensibilidade humana, que é, por natureza, hedonista. Vejamos a perfeita explicação de Alexander de CASTRO:

Portanto, no modelo político do utilitarismo, o cálculo de utilidades é feito em duas etapas: na primeira, o *Legislador* determina o interesse geral e planeja a arquitetura político-social; na segunda, os sujeitos-agentes, buscando o máximo de gratificação individual, executam, mesmo sem saber, o planejamento social, realizando, ao buscar exclusivamente seu interesse pessoal, o interesse comum, o bem geral.¹⁷⁰

Ora, está evidente que a expansão da análise econômico-utilitária sobre o fenômeno criminal leva-nos a considerar o direito como um mecanismo que fixa preços ao cometimento do delito. Em tal aspecto, os custos e benefícios que agirão sobre o indivíduo é que determinarão, basicamente, sua conduta, de acordo com o princípio da maximização de utilidade. A pena, mais do que tudo, é o preço que se deve pagar pelo crime. Neste sentido, “a fim de que o castigo surta o efeito que se deve esperar dele, basta que o mal causado vá além do bem que o culpado retirou do crime”¹⁷¹.

Para BECKER, que explicitamente afirma se fundamentar em Bentham e Beccaria¹⁷², muitos criminosos assim agem por considerarem benéficas as recompensas oriundas do crime, comparadas principalmente com os ganhos de uma atividade laboral normal. De acordo com o referido autor, por meio de cálculos racionais, os agentes seriam capazes de orientar suas condutas tendo em conta as chances de condenação, além, é claro, da severidade da possível punição. Resta evidente que a pena só pode ter uma finalidade orientada ao futuro¹⁷³,

¹⁷⁰ CASTRO, Alexander de. **Cesare Beccaria e o Direito Penal do absolutismo esclarecido: o reformismo habsbúrgico e o iluminismo na lombardia austríaca**. In: Iluminismo e direito Penal/Arno Dal Ri Júnior...[et al.]. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 57.

¹⁷¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012. p. 46.

¹⁷² “I explored instead the theoretical and empirical implications of the assumption that criminal behavior is rational (see the early pioneering work by Bentham [1931] and Beccaria [(1797) 1986]), but again "rationality" did not imply narrow materialism”. BECKER, Gary. **Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior**. In: *The Journal of Political Economy*, vol. 101, no. 3, (jun 1993). p. 385 – 409. p. 390.

¹⁷³ “Los dos pensamientos básicos a partir de los cuales cabe desarrollar el sentido de la pena son la *retribución* y la *prevención*. O la pena mira hacia el pasado (hacia el hecho realizado) y pretende compensar la infracción jurídica con la consciente causación del mal que aquella comporta (“malum passionis propter malum actionis”), o mira hacia el futuro (hacia el peligro de comisión de nuevos

caracterizando-se, assim, no âmbito das denominadas *justificações utilitaristas*¹⁷⁴, em franca oposição às teorias que consideravam a pena somente com feições retributivas.

Em especial, cabe-nos considerar o que afirma Cláudio Alberto GUIMARÃES, ao tratar da função da pena para o movimento da Análise Econômica:

Em tal contexto, aflora a proximidade entre as teorias econômicas e a teoria da prevenção geral negativa da pena, já que a possibilidade de ser preso, de cumprir uma pena – privativa de liberdade ou não – seria o preço a ser pago por aquele que se inclinasse a delinquir e que tal escolha, cometer ou não um delito, exatamente se dê pela via da análise feita a partir de um preço. Em resumo: a chave para a explicação do comportamento delinquente seria encontrada nos estímulos e nas dificuldades inerentes à atividade ilegal, ou seja, nos custos e benefícios que ela venha a gerar¹⁷⁵.

Tal concepção se adéqua perfeitamente ao caráter subsidiário e instituidor de preços e incentivos do Direito (a que aludimos acima), já que a prevenção geral negativa se fundamenta em dois postulados básicos: a intimidação e a ponderação da racionalidade do homem¹⁷⁶. Ora, aqui a pena de longe se afasta das concepções que a idealizam como uma retribuição ao mal causado pelo delito, estribadas, principalmente, na filosofia alemã de Kant e Hegel e em autores da denominada Escola Clássica, como Francesco Carrara.

A corrente retribucionista tem como pressuposto imanente o fato de que a pena nada mais é do que o restabelecimento da justiça (seja sob o aspecto religioso, moral ou legal) calcada e graduada de acordo com a culpabilidade do autor do delito. Mais do que isto, em seu viés absoluto, “a pena fica livre de toda consideração relativa à sua finalidade (*“poena absoluta ab effectu”*) e somente

delitos por el mismo autor o por otras personas) y quiere actuar sobre él y la colectividad con objeto de impedirlos, de manera que la intervención en la posición jurídica del reo no constituye una finalidad, sino un “mal necesario””. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte general**. Granada: Comares Editora, 1993. p. 58.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁷⁵ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Análise crítica às teorias econômicas do direito penal**. In: De jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 67-87, jan/jun, 2009.

¹⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.

representa a causação desejada de um mal como compensação da infração jurídica cupavelmente cometida”¹⁷⁷.

Nas palavras de Juarez Cirino dos SANTOS, a “pena como *retribuição* do crime representa a imposição de um mal *justo* contra um mal *injusto* do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito, segundo a fórmula de SENECA: *punitur, quia peccatum est*”¹⁷⁸. A teoria absoluta retributivista propõe, em breves palavras, que a pena seja o “*justo equivalente* do dano do fato e da culpa do agente”¹⁷⁹, não sendo orientada à outra finalidade que não a reparação do mal cometido pelo criminoso.

Como já se expôs, a Análise Econômica bebe das fontes oriundas de uma concepção utilitarista, que não concebe a sanção penal como instrumento de vingança, necessitando, antes, de uma *justificativa utilitária* para a pena¹⁸⁰. Neste sentido, a sanção só pode ser justificada quando se caracterizar como um instrumento útil à manutenção da ordem social, seja sob o aspecto da prevenção geral ou especial. A teoria relativa – utilitária – neste sentido (e é aqui que situamos a Análise Econômica), consolida-se como uma teoria de fins, já que concebe a pena sob a ótica da prevenção orientada ao futuro, utilitariamente. Relevante apontar as considerações de Gabriel Ignacio ANITUA, ao tratar do utilitarismo proposto por Cesare Beccaria:

Para Beccaria, a pena não podia justificar-se na vingança, mas sim na utilidade, na prevenção de outros delitos. Todo ato de autoridade exercido sobre um homem é tirânico se não estiver baseado na necessidade e, por conseguinte, todo castigo que não serve para manter o contrato social unido é injusto. Não há fundamento místico ou moral para a pena e a justiça, mas será justo aquele que for socialmente útil¹⁸¹.

¹⁷⁷ No original: “La pena queda libre de toda consideración relativa a su finalidad (“poena absoluta ab effectu”) y sólo representa la causación querida de un mal como compensación de la infracción jurídica culpablemente cometida”. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte general**. Granada: Comares Editora, 1993. p. 61.

¹⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral** – 4ª Ed. rev., ampl. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 421.

¹⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 45.

¹⁸⁰ BARNES, William. **Revenge on Utilitarianism: Renouncing a Comprehensive Economic Theory of Crime and Punishment**. In: Indiana Law Journal: vol. 74. p. 626 – 651.

¹⁸¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 162.

Frise-se aqui que a prevenção geral negativa ou de *intimidação* é oriunda da teoria da coação psicológica expressa por Feuerbach, e caracteriza-se por atuar como instrumento de dissuasão que atingiria toda a sociedade. A sanção criminal, assim, teria um caráter de ameaça, que exerceria sobre os não-criminosos uma intimidação suficientemente forte no sentido que eles optassem pelo não cometimento do delito.

Em tal aspecto, a função intimidatória só possui sentido quando se parte da premissa de que os seres humanos agem a partir de uma concepção mecânica-racional, com frequentes cálculos de *custo-benefício*¹⁸², que, a todo o momento, são realizados para a efetivação da escolha entre cometer ou não um delito. Parte-se do pressuposto, assim, de que ao se impor uma pena com função eminentemente intimidadora, aqueles agentes tentados a cometer delitos mudarão de ideia, optando pela legalidade. De acordo com ZAFFARONI, a ideia de prevenção geral negativa da pena partiria de uma lógica insitamente *mercadológica*, no sentido de que alguém supostamente consultaria o código penal antes de matar outrem, para saber quanto tal conduta lhe custaria¹⁸³.

Os autores de ilícitos em potencial¹⁸⁴, portanto, de acordo com tal tese, abandonariam seus planos, já que visualizariam, por meio de um cálculo racional, que, literalmente, *não vale a pena* cometer os crimes. Em outras palavras, por meio dos instrumentos jurídico-penais, o Estado seria capaz de dissuadir agentes da sociedade inclinados ao crime, simplesmente impondo penas rigorosas e atuando com eficácia na seara da persecução penal. É sobre esta ótica que se estrutura a Análise Econômica do Crime, que, em linhas gerais, concebe o crime a partir de uma escolha racional dos sujeitos com o objetivo de maximizar seus benefícios, como vimos acima. E tal perspectiva é amplamente fundada no pensamento utilitarista, já que, como aduz BENTHAM:

A pena, por sua força, é particularmente aplicável para prevenir as ações danosas e a única que é própria para impedir as que são extraordinariamente perniciosas. É boa para reter, para embaraçar, para

¹⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 117.

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 40.

¹⁸⁴ GÜNTHER, Klaus. **Crítica da Pena I**. In: Revista de Direito GV. v. 2, n. 2. p. 187-204.

produzir atos negativos e a companheira natural de toda lei que diga: “não façam, abstenham-se de fazer”. Esses atos negativos, dos quais dependem a paz e a felicidade do ser humano, são contínuos e inumeráveis e ninguém está livre deles¹⁸⁵.

Partindo do pressuposto de que a pena nada mais seria do que um *mal* imposto ao criminoso, a teoria de BENTHAM se baseia indiscutivelmente na função intimidadora da pena, no sentido de que a punição se tornaria uma fonte de segurança para toda a sociedade¹⁸⁶. A feição utilitarista, portanto, retira qualquer feição retributiva ou vingativa da pena, já que essa só pode ser justificada na medida em que alcançar alguma finalidade útil à sociedade, tendo como ênfase a prevenção geral negativa.

Do mesmo modo, BECCARIA afirma que “entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável”¹⁸⁷. Ora, é só a partir da função dissuasória da pena que se impõem maiores custos à atividade delitiva, consagrando o bem comum, que seria naturalmente o não cometimento do crime em questão¹⁸⁸. Neste quadrante, pode-se considerar que a Análise Econômica do crime legitima a intervenção penal utilizando-se dos fundamentos teóricos (tão propalados) que sustentam o viés da *general deterrence*, ou seja, a prevenção geral negativa¹⁸⁹.

A alternativa pelo cometimento do crime, assim, seria fruto de uma análise rigorosa, uma pesagem entre todos os fatores favoráveis e contrários (como a

¹⁸⁵ BENTHAM, Jeremy. **As Recompensas em matéria penal**. São Paulo: Rideel, 2007. p. 37.

¹⁸⁶ “General prevention ought to be the chief end of punishment, and it is its real justification. If we could consider an offence which has been committed as an isolated fact, the like of which would never recur, punishment would be useless. It would be only adding one evil to another. But when we consider that an unpunished crime leaves the path of crime open not only to the same delinquent, but also to all those who have the same motives and opportunities for entering upon it, we perceive that the punishment inflicted on the individual becomes a source of security to all”. BENTHAM, Jeremy. **The rationale of punishment**. Nova Iorque: Prometheus Books, 2009. p. 62.

¹⁸⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012. p. 45.

¹⁸⁸ “Essa análise repercutirá na análise econômico-individual, pois que vê como uma opção racional cometer um delito deve calcular, dentro dos custos de realizá-lo, o que lhe pode advir como castigo. O castigo tem que ser suficiente para dissuadir o sujeito racional que calcula o custo e o benefício de realizar uma ação proibida, e deve igualmente ser racionalmente econômico para o Estado que o impõe”. ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 795.

¹⁸⁹ “Of any theory of crime and punishment, that of general deterrence has been the most embraced by law and economics scholars”. BARNES, William. **Revenge on Utilitarianism: Renouncing a Comprehensive Economic Theory of Crime and Punishment**. In: Indiana Law Journal: vol. 74. p. 626 – 651. p. 631.

imposição de sanções, a gravidade destas, etc), de forma que a opção final não seria outra que não a que proporcionasse com maior eficiência a alocação dos recursos individuais. Note-se aqui a correlação entre o discurso penal e a máxima utilitária (otimização do prazer e minimização da dor), no sentido de que a pena deve ser suficientemente elevada a ponto de ultrapassar todos os possíveis benefícios oriundos do crime¹⁹⁰. Ora, não parece surpreendente supor que caso os agentes concluíssem previamente que as prováveis penas fossem menores que as vantagens advindas do delito, os instrumentos penais não possuiriam qualquer eficácia, sendo irrelevantes socialmente.

Insta referir que o fato de a pena dever ser superior aos benefícios do crime não autoriza o Estado a agir de forma imoderada na punição e persecução dos delitos, o que iria de encontro aos próprios princípios iluministas tão caros a BECCARIA e BENTHAM. Diante de tal contexto, veja-se a explicação de HARCOURT:

Como em Bentham, o direito de punir para Beccaria era necessariamente um mal: um mal em que a punição é necessariamente tirânica, e, assim, má; mas necessária, no sentido de que é o único modo de deter as pessoas. Consequentemente, “toda punição que vá além do necessário para cumprir esta função é injusta pela sua própria natureza”¹⁹¹.

Assim, o simples fato de a pena se fundamentar na *general deterrence* não pode ser suficiente para que o legislador abuse de seu poder, estabelecendo sanções que em muito se distanciam da prevenção geral. É em tal sentido que BENTHAM distingue claramente as denominadas *penas reais* e as *penas aparentes*. Aquelas se refeririam ao mal infligido pela pena, que será verdadeiramente suportado pelo criminoso, enquanto essas significariam o mal provável que se

¹⁹⁰ “Rule 1. The first object, it has been seen, is to prevent, in as far as it is worth while, all sorts of offences; therefore, *The value of the punishment must not be less in any case than what is sufficient to outweigh that of the profit of the offence*”. BENTHAM, Jeremy. **Punishment and Deterrence**. In: *Principled Sentencing – Readings on theory and Police*, ed. by HIRSCH, Andrew von; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009. p. 54.

¹⁹¹ HARCOURT, Bernard E. **The illusion of free markets: punishment and the myth of natural order**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2011. p. 58. Tradução Livre, no original: “As in Bentham, the right to punish for Beccaria was a necessary evil: an evil, in that punishment is necessarily tyrannous and thus bad; but necessary, in the sense that it is the only way to restrain men. Consequently, “any punishment that goes beyond the need to preserve this bond is unjust by its very nature”.

apresentará à imaginação dos outros componentes da sociedade¹⁹². Sobre a referida distinção, Ricardo SONTAG afirma:

Não sendo possível simplesmente aplicar penas falsas, isto é, desvincular totalmente a pena aparente da pena real, a exemplaridade econômica deveria ser a que obtém a maior visibilidade possível da punição para a construção da prevenção geral com o mínimo de pena real, isto é, com o mínimo de sofrimento ao condenado¹⁹³.

A sanção criminal, portanto, justifica-se na medida em que estabelece custos à prática delitiva, que necessariamente são levados em consideração pelo criminoso em potencial. Neste âmbito, a dissuasão só se efetivará quando o delinquente racional optar por não cometer o crime, revelando um caráter de eminente intimidação, que, como já se aludiu, vai ao encontro da perspectiva que afirma ser a pena um instrumento de prevenção geral. Frise-se mais uma vez que as justificativas utilitaristas das penas criminais visam sempre um fim diverso que a simples retribuição ou vingança, sendo, no direito penal, resultado da confluência de ideias contratualistas, iluministas e racionalistas¹⁹⁴. Sobre o assunto, veja-se a precisa explicação a respeito do *mito da função dissuasória* da pena:

Na raiz da crença na capacidade dissuasiva da pena intimidatória (“*deterrence*”) está uma leitura economicista do agir humano: um tipo ideal de *homo penalis* – em nada diverso da análoga figura do *homo aeconomicus* – calculador atento das vantagens e desvantagens do próprio agir: elevar o custo da opção ilegal através do preço negativo da pena deveria o convencer das vantagens de uma opção legal¹⁹⁵.

Em tal sentido, como abordaremos posteriormente, as concepções utilitárias da pena (assim como a Análise Econômica) pretendem apenas legitimar o poder punitivo, não sendo capazes de identificar as *funções reais/latentes* da sanção

¹⁹² SONTAG, Ricardo. **Lei penal e exemplaridade econômica: A execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham**. In: Iluminismo e direito Penal/Arno Dal Ri Júnior...[et al.]. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 69 – 114.

¹⁹³ SONTAG, Ricardo. **Lei penal e exemplaridade econômica: A execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham**. In: Iluminismo e direito Penal/Arno Dal Ri Júnior...[et al.]. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 69 – 114. p. 90.

¹⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 241.

¹⁹⁵ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146.

criminal, que opera seletivamente¹⁹⁶. Torna-se necessário, portanto, considerar as críticas *agnóstica* e *materialista/dialética*, que negam as funções *declaradas/manifestas* da pena, rompendo com os paradigmas tradicionais que moldam o estudo do sistema penal.

2.2 INTERPRETANDO O CRIMINOSO COMO UM SUJEITO RACIONAL

Seguindo as lições de Cláudio Alberto GUIMARÃES, pode-se compreender a Análise Econômica dos delitos sob o âmbito do paradigma etiológico¹⁹⁷, sendo a criminalidade um fenômeno natural da sociedade¹⁹⁸. Ou seja, pretende a teorização proposta inicialmente por BECKER identificar as causas do fenômeno criminal a partir de um método científico pretensamente neutro, a economia. Em tal sentido, a criminalidade seria uma “realidade ontológica pré-constituída ao Direito Penal”¹⁹⁹, cabendo à ciência descobrir suas causas e operar instrumentos em prol da defesa da sociedade. Mais do que isto, uma análise *causal-explicativa* do fenômeno criminal busca compreender, com base no modal *custo/benefício*, de que forma o sujeito racional identifica vantagens e desvantagens na ação criminosa, optando ou não pela sua realização.

Neste aspecto, seguindo (em parte) os autores positivistas, a Análise Econômica pretende, fundamentalmente, compreender o que o criminoso faz, e por que razão o faz. Não se quer dizer, porém, que se está diante de uma teorização que sustenta a existência de um *criminoso nato*, aos moldes deterministas de Lombroso e Ferri. Muito pelo contrário, BECKER é enfático ao afirmar que o criminoso em nada difere do “*homem comum*”, extirpando qualquer possibilidade de se conceber o resgate às concepções Positivistas tradicionais:

¹⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral** – 4ª Ed. rev., ampl. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

¹⁹⁷ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Análise crítica às teorias econômicas do direito penal**. In: De jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 67-87, jan/jun, 2009.

¹⁹⁸ “This “market setting” has important implications concerning the themes of this paper. The model implies (as does Durkheim, 1958) that crime is a “normal” social fact which is assured of historical survival at some positive level regardless of the prevailing economic, political or social system”. EHRlich, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: The Journal of Economic Perspectives, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67. p. 51.

¹⁹⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. In: Sequência, Florianópolis, v. 30, p. 24-36, 1995.

A abordagem aqui elaborada segue a análise econômica usual da teoria da escolha, e assume que uma pessoa comete um crime se a utilidade esperada exceder a utilidade que ela conseguiria utilizando-se de seu tempo e outros recursos em outras atividades. Algumas pessoas se tornam criminosas, neste sentido, não porque suas motivações básicas sejam diferentes das de outras pessoas, mas devido à diferença encontrada entre os seus benefícios e custos²⁰⁰.

Importante considerar, neste aspecto, a perfeita elucidação exposta por GUIMARÃES:

Como já visto na nota número 5, mais uma vez as teorias econômicas colidem, em parte, com os postulados neoclássicos ou da Escola Positiva, tendo em vista que qualquer processo de eleição favorável à prática delitiva, necessariamente, configurar-se-á como resultante de uma série de condicionamentos pessoais e sociais que se afastam por completo da formulação atomística adotada pelos teóricos de tal escola, ou seja, as teorias de Lombroso, Ferri e Garofalo são completamente antagônicas aos postulados economicistas²⁰¹.

Assim, apenas a percepção subjetiva, calcada na racionalidade utilitária do agente, é que determinará, por meio de um cálculo que considere a probabilidade e a gravidade da punição, o cometimento (ou não) do delito. Não se estriba, aqui, em uma posição que adota como fator criminógeno uma característica genética ou hereditária do criminoso, como querem os positivistas, já que todos podem ser criminosos, a depender dos incentivos e custos²⁰² que identificam na ação

²⁰⁰ BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An economic approach**. In: Journal of Political Economy, p. 169 – 217. p. 176. Tradução livre, no original: “The approach taken here follows the economist’s usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense if the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities. Some persons become “criminals”, therefore, not because their basic motivation differs from that of other persons, but because their benefits and costs differ”.

²⁰¹ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Análise crítica às teorias econômicas do direito penal**. In: De jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 67-87, jan/jun, 2009. p. 75.

²⁰² “Indeed, the distinguishing feature of the major contributions by economists has been the attempt to explain the various aspects of crime through the tools of optimization and equilibrium analysis, rather than by reliance on deterministic social and environmental factors that are independent of the human will”. EHRlich, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: The Journal of Economic Perspectives, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67. p. 44.

criminosa²⁰³. Considere-se o que Samuel CAMERON afirma, analisando os modelos econômicos propostos por Becker e Stigler:

Qualquer um, neste modelo, se tornará criminoso se o preço for adequado; se o preço não mais for adequado, as pessoas não se tornarão mais criminosas. A entrada e saída da atividade criminosa é simétrica. Assim, é equivocado falar de criminosos como se eles tivessem intenções previamente criminosas; quer sejam ou não observados *ex post* de cometerem condutas criminosas, a constatação simplesmente dependerá dos valores das punições e expectativas no período em consideração²⁰⁴.

A Análise Econômica, portanto, não assume como pressuposto o fato de o criminoso ser um agente patologicamente destinado à atividade delituosa, mas sim uma proposição que consagra o ditado popular: “*a oportunidade que faz o ladrão*”²⁰⁵. Todos, neste sentido, cometerão determinado crime se a situação indicar que tal conduta maximizará a utilidade pessoal do sujeito²⁰⁶.

Mais ainda, há uma evidente aproximação teórica entre a Análise Econômica e a Escola Clássica, já que um aspecto fundamental à compreensão do crime é a presença da vontade (livre-arbítrio) do sujeito criminoso. Nas palavras de Guilherme MEROLLI, o criminoso, sendo um “homem comum, justamente porque tão racional quanto aos demais, goza de plena liberdade para escolher entre o “bem” e o “mal”,

²⁰³ “Rationality implied that some individuals become criminals because of the financial and other rewards from crime compared to legal work, taking account of the likelihood of apprehension and conviction, and the severity of punishment”. BECKER, Gary. **Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior**. In: The Journal of Political Economy, vol. 101, no. 3, (jun 1993). p. 385 – 409. p. 390.

²⁰⁴ CAMERON, Samuel. **A Subjectivist Perspective on the Economics of Crime**. In: The Review of Austrian Economics, vol. 3, p. 31 – 43. p. 31-32. Tradução livre, no original: “Anyone will, in this model, become criminal if the price is right; if the prices cease to be right, people will cease being criminals. Entry and exit into and out of crime are symmetrical. It is thus mistaken to talk about criminals as all individuals have *ex ante* criminal intentions; whether or not they are observed *ex post* to perform criminal acts simply depends on the values of the relevant constraints and expectations in the time period under consideration”.

²⁰⁵ “This also means that economic analysis does not need to assume a priori pathological human beings with a criminal destiny. Everybody may become a criminal, if placed in the appropriate situation: It’s opportunity which makes the thief”. PANTHER, Stephan. **The Economics of Crime and Criminal Law: An Antithesis to Sociological Theories?** In: European Journal of Law and Economics. Vol.2, p. 365-378. p. 367.

²⁰⁶ “During the last 30 years economists have invaded the field using their all-embracing model of individual rational behavior, where a criminal act is preferred and chosen if the total pay-off, including that of sanctions and other costs, is higher than that of legal alternatives. Offenders are primarily not regarded as deviant individuals with atypical motivations, but rather as simple, normal persons like the rest of us”. EIDE, Erling. **Economics of Criminal Behavior**. In *Encyclopedia of Law and Economics*, ed. B. Bouckaert and G. De Geest, 345–389. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 1999. p. 345.

sendo conseqüente considerar, em decorrência, o crime como o resultado de sua consciente e livre eleição do segundo (“mal”), em detrimento do primeiro (“bem”) ²⁰⁷. O delito é, portanto, fruto de uma vontade livre e consciente do homem, que, por meio de cálculos racionais, optou por maximizar sua utilidade realizando condutas proibidas pelo Ordenamento Jurídico. Contudo, contrariamente aos teóricos da Escola Clássica, que consideram a sanção penal como um instrumento de retribuição jurídica da sociedade pelo mal realizado pelo crime²⁰⁸, a Análise Econômica é calcada basicamente (como se tratou acima) nas justificações utilitárias da pena.

Precisamente, partindo da ficção da racionalidade abstrata, fundamentada com elementos da microeconomia clássica, a Análise Econômica pressupõe que os agentes atuam utilitariamente com base em suas percepções sensoriais. Não se quer dizer, contudo, que o modelo econômico estabeleça uma necessária homogeneidade entre os sujeitos otimizadores, já que os diferentes fatores externos são concebidos diversamente de acordo com as compreensões pessoais de cada um. Ou seja, o fato de, por exemplo, determinado crime ser punido com uma pena “x” sob uma probabilidade de condenação “p”, pode ser compreendido de forma diversa por diferentes potenciais criminosos.

Em especial, a Análise Econômica desenvolvida por BECKER institui um modelo de alocação ótima do tempo e dos recursos materiais aplicados tanto nas atividades legais como nas ilegais. Neste sentido, o indivíduo criminoso optaria por aplicar uma fração de seu tempo em uma atividade criminal, caso essa lhe proporcionasse a utilidade esperada. Para o cálculo da referida utilidade, GUIMARÃES, baseando-se em obra de Alberto Montero SOLER e Juan Torres LÓPEZ²⁰⁹, afirma:

Montero Soler e Torres Lopes, por sua vez, ainda dividem os custos do delito para aqueles que os cometem em custos imediatos e custos retardados. A primeira espécie se refere aos gastos com a preparação para a prática delitiva, a saber: gastos com utensílios e com o próprio tempo despendido. A segunda espécie, os custos retardados, seriam aqueles que

²⁰⁷ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010, p. 141.

²⁰⁸ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966. p. 16.

²⁰⁹ SOLER, Alberto Montero; LÓPEZ Juan Torres. **La economía del delito y de las penas**. Granada: Comares, 1998.

derivam das consequências jurídicas, ou seja, especialmente da pena imposta, mas também um forte custo adicional; a discriminação imposta pela sociedade aos ex-presidiários, com todas as mazelas que derivam de tal condição: barreiras para se incorporar ao mercado de trabalho, para ser aceito pela comunidade, enfim, para se reincorporar ao cotidiano social²¹⁰.

Devem entrar na ponderação otimizadora do potencial criminoso, portanto, tanto os custos aferíveis de plano (como a compra de armas, por exemplo), quanto aqueles custos derivados do próprio sistema de justiça criminal, oriundos da aplicação da sanção criminal. Percebe-se aqui que de acordo com a Análise Econômica, o Direito fixa *preços* a determinadas condutas tidas como ilícitas, e o *homo economicus* calculará se, literalmente, “*vale a pena*” arriscar-se cometendo o delito.

Como já se destacou acima, só se pode adotar tal postura teórica caso o sujeito seja tido como um ser *racional e amoral*, pronto a satisfazer suas vontades, mesmo que, para isto, realize atividades criminosas²¹¹. Frise-se ainda que os custos e benefícios levados em consideração no “momento do cálculo utilitário-racional” devem ser, todos, monetarizados, para que seja possível uma comparação efetiva a ser realizada pelo potencial criminoso. Desse modo, só haverá crime se o sujeito chegar a conclusão que o seu “*net return*” será positivo, em termos obviamente monetários²¹². Ocorre que, como já se disse acima, essa análise só será possível caso se considere a (já referida) heterogeneidade entre as pessoas, já que as expectativas de “*net return*” variarão conforme os valores éticos e morais internalizados pelos diferentes sujeitos.

Ainda, a análise ficaria incompleta caso se omitisse um parâmetro importantíssimo ao cálculo utilitário criminoso: as oportunidades que o sujeito tem

²¹⁰ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Análise crítica às teorias econômicas do direito penal**. In: De jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 67-87, jan/jun, 2009. p. 73.

²¹¹ “De tal forma, cuando un delincuente analiza la posibilidad de delinquir, comparará los beneficios y los costos de su acción. Los costos dependen principalmente de la sanción que puede esperar. La sanción que espera depende de la magnitud de la misma (por ejemplo, 25 años de pena privativa de libertad) pero descontando la posibilidad de ser detectado y sancionado”. LAINO, Nicholas. **Criminología actuarial y Law & Economics – Una visión crítica de la Teoría Económica del Crimen**. In: Cuadernos de Derecho Penal, volumen 4. Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, 2007.

²¹² “Given these conditions, the individual supply of offenses will be a function of the personal (expected) net return from crime”. EHRLICH, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: The Journal of Economic Perspectives, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67. p. 47.

relacionadas a atividades legais. Em outras palavras, só será racional que o agente pratique condutas criminosas se essas lhe renderem benefícios maiores que o seu trabalho em um ambiente de legalidade²¹³. Não será admissível que um sujeito racional (“*risk avoider*”) prefira cometer delitos que lhe proporcionem vantagens iguais ou inferiores àquelas obtidas licitamente. Esse será um campo de análise extremamente relevante quando forem estudadas as medidas adotadas pela sociedade para o combate do crime, o que será feito a seguir.

2.3 O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL E O CONTROLE DA CRIMINALIDADE

O objetivo primordial de Becker, no texto que é tido como o fundador da Análise Econômica do crime, é conceber uma teoria que seja capaz de explicar normativamente “quais os recursos e quanta punição deve ser utilizada para tornar efetiva a aplicação da lei penal”²¹⁴. Na esteira do que já se comentou acima, o viés normativo da *Law and Economics* se relaciona com uma perspectiva prescritiva das normas jurídicas, que *devem ser* elaboradas e estruturadas a partir do critério da maximização da riqueza. Isto é, afasta-se de uma postura meramente positiva (descritiva) da análise da conduta do criminoso, interpretando o fenômeno da criminalidade a partir de uma ótica pragmática, que pretende solucionar o problema social por meio de ações que minimizem o *custo* do delito.

Na visão de Becker, o custo social do crime nada mais seria do que a soma dos *custos relacionados ao cometimento do crime, os custos para a captura e a condenação do criminoso e os custos das penas*. Neste sentido, como o direito tem a função de maximizar a riqueza social, a justiça criminal só será eficiente quando for capaz de evitar de forma ótima a prática delitiva com os menores custos possíveis. Ou seja, as agências criminais devem funcionar sob a lógica do mercado:

²¹³ “Of course, this assumes that crime and work are determined by the same factors and that higher legitimate earnings increase the probability of working. In the early literature, economists applied static one period time allocation models to analyze criminal behavior. In other words, crime and work are assumed to be substitute activities; if an individual allocates more time to work, he will commit less crime because he will have less time to do so”. WITTE, Ann Dryden; WITT Robert. **Crime causation: Economic Theories**. In: Encyclopedia of Crime and Justice – University of Surrey. Disponível em: <http://www2.surrey.ac.uk/economics/files/apaperspdf/ECON%2003-00.pdf>.

²¹⁴ BECKER, Gary. *Crime and Punishment: An economic approach*. In: Journal of Political Economy, p. 169 – 217.

a redução de custos e a máxima efetividade no combate dos crimes que mais prejudicam a sociedade.

É de acordo com o tão propalado paradigma do *custo/benefício* que as políticas criminais devem ser pensadas, sempre tendo em consideração o critério pragmático da maximização da riqueza (como já se afirmou acima). Mais especificamente, só se pode compreender a faceta normativa da Análise Econômica do crime²¹⁵ se considerarmos que os institutos jurídicos agem sobre os sujeitos racionais estabelecendo incentivos que moldam seus comportamentos, reduzindo a atratividade da atividade criminal²¹⁶.

Neste contexto, deve-se supor que os indivíduos maximizam sua utilidade individual, e devem optar por despender seus recursos (incluindo o tempo) em atividades legais ou criminosas. Esta escolha dependerá das oportunidades que tais indivíduos terão no mercado laboral e no “*mercado criminal*”. É justamente aqui que as políticas criminais – e o setor público como um todo – devem atuar: desencorajando comportamentos que são tidos como ilegais, a partir da utilização das sanções criminais e do aparato repressivo. Porém, não apenas *incentivos negativos* são tidos como práticas eficazes no âmbito da política criminal, já que EHRLICH se refere ainda aos *positive incentives*, que seriam relacionados à indução de atividades legais, a partir de políticas de redução da disparidade social, por exemplo²¹⁷.

Assim, a Análise Econômica parte da “*deterrence hypothesis*”²¹⁸, segundo a qual as pessoas moldam suas condutas a partir dos riscos e benefícios estabelecidos pelo sistema criminal. Em outras palavras, as pessoas respondem aos incentivos criados pela justiça criminal analogamente à conhecida teoria da

²¹⁵ Explicando com perfeição a distinção entre as perspectivas positiva e normativa da Análise Econômica do crime, Garoupa afirma: “Applying economic efficiency to criminal law is useful in two different roles. First, coupled with the rationality assumption, it has a positive role by proposing an explanation of actual behavior of individuals and the structure of legal norms. The second role refers to a normative analysis by suggesting how rules and institutions could be improved”. GAROUPA, Nuno. **Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review**. In: European Journal of Law and Economics, 15: 2003. p. 5 – 15. p. 6.

²¹⁶ DAU-SCHMIDT, Kenneth G. **An Economic Analysis of the criminal law as preference-shaping policy**. In: Duke Law Journal, num. 1, Fevereiro de 1990. p. 1 – 38.

²¹⁷ EHRLICH, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: The Journal of Economic Perspectives, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67.

²¹⁸ GAROUPA, Nuno. **Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review**. In: European Journal of Law and Economics, 15: 2003. p. 5 – 15.

demanda: quanto mais *custosa* for a ação delituosa, tanto menos crimes haverá, já que o risco da punição será mais elevado. Inversamente, caso a sociedade estabeleça poucos *custos* ao crime, maior a chance de expansão da atividade criminosa. Neste aspecto, ao aumento significativo dos recursos despendidos no combate ao crime seguiria uma correlata redução da atividade delituosa, reduzindo-se, também, o custo social do crime. Não se justifica, porém, que seja utilizado um aparato de combate à criminalidade tão custoso que sacrifique a eficiência e a maximização da riqueza social.

Resumindo, e tentando elucidar as diferenças entre as perspectivas positiva e normativa da Análise Econômica do crime, tem-se que a primeira compreende uma abordagem que explica o comportamento do criminoso, que age sopesando os custos e benefícios da atividade delituosa, e comparando-os com os custos e benefícios das atividades legais. De outra parte, sob a faceta de uma análise normativa, busca-se compreender de que forma o Direito *deve estabelecer* custos maiores (e benefícios menores) à atividade criminosa, aumentando a probabilidade e a severidade da punição, além de moldar as preferências (*shaping preferences*) individuais para que as atividades criminosas não sejam desejadas. Além disso, porém, o *custo social* relacionado ao “*law enforcement*” deve ser o menor possível, de forma a não comprometer a eficiente alocação de recursos públicos, conforme preceitua William BARNES:

Ao mesmo tempo, contudo, o custo social do *law enforcement* deve ser mantido no mínimo possível, o custo do *law enforcement* não deveria exceder ao prejuízo social prevenido pelo *law enforcement*; caso isso não ocorresse, o sistema punitivo não seria racional d eum ponto de vista social, já que os benefícios não excederiam seus custos. Como os custos do crime para um criminoso se igualam à potencial punição, multiplicada pelas chances de captura, os custos sociais de “*enforcing the law*” podem ser minimizados pelo aumento na punição e pela manutenção de baixos números de criminosos realmente capturados²¹⁹.

²¹⁹ BARNES, William. **Revenge on Utilitarianism: Renouncing a Comprehensive Economic Theory of Crime and Punishment**. In: Indiana Law Journal: vol. 74. p. 626 – 651. Tradução Livre, no original: “At the same time, however, the social cost of law enforcement must be kept at a minimum—at the very least, the cost of law enforcement should not exceed the societal harm prevented by law enforcement; otherwise, such law enforcement would not be rational, from a societal point of view, because the benefits would not exceed the costs. Since the cost of crime to a criminal equals the potential punishment multiplied by the chances of getting caught, the social costs of enforcing the law can be minimized by increasing the punishment greatly and by keeping low the number of criminals actually caught”.

2.3.1 OS INCENTIVOS NEGATIVOS DA POLÍTICA DE COMBATE AO CRIME

Como já se referiu acima, EHRlich distingue duas vias utilizadas pelo setor público para a diminuição do nível de delinquência; a primeira se refere à atuação da justiça criminal a partir do instrumental da pena, ou seja, com base no aumento da probabilidade de captura dos criminosos e das sanções previstas legalmente (*incentivos negativos*). A segunda via seria aquela relacionada ao aumento dos rendimentos legais quando comparados à utilidade esperada na atividade delituosa (*incentivos positivos*)²²⁰. Da mesma forma, Paul ORMEROD afirma que os *incentivos negativos* são aqueles que detêm e exercem uma função de prevenção ao crime, relacionados à probabilidade e severidade das penas. Já os *incentivos positivos*, são aqueles que encorajam as pessoas a agir de forma legítima, como a probabilidade de obtenção de trabalho a um salário decente e políticas e programas de reabilitação de criminosos, com a respectiva reinserção no mercado de trabalho²²¹.

Analisando-se inicialmente os *incentivos negativos* ao crime estabelecidos pela política criminal, há que se compreender de que modo as agências criminais instituem e tornam efetivas as sanções penais (sob os âmbitos da severidade das penas e da probabilidade de captura e condenação dos criminosos).

Em especial, a Análise Econômica pressupõe que o sujeito seja capaz de prever, a partir da relação entre o número de “crimes descobertos” e o número total de crimes, qual a probabilidade de ser preso em face de determinada conduta criminosa. Caberia às agências penais, portanto, reduzir a utilidade esperada do crime a partir de um aparato capaz de capturar (com alta probabilidade) os responsáveis pelas atividades delituosas. Tem-se, assim, uma relação logicamente inversa entre a efetividade das agências estatais – em especial as policiais – e o número de crimes cometidos. Mais ainda, segundo o modelo proposto por BECKER, uma alteração positiva na probabilidade de condenação chega a ser mais efetiva do

²²⁰ BANDRÉS, Eduardo; TICIO, Amor Díez. **Delincuencia y Acción Policial. Un Enfoque Económico**. In: Revista de Economía Aplicada. num. 27 (vol. IX), 2001, p. 5 – 33.

²²¹ ORMEROD, Paul. **Crime: Economic Incentives and Social Network**. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2005.

que uma elevação no preceito secundário do tipo penal (a cominação das penas) ²²².

Neste mesmo sentido, Claus ROXIN expõe:

Há que se retirar daqui a conclusão de que não há uma agravação das ameaças penais como exigido usualmente em caráter público, mas sim uma intensificação da persecução penal (por exemplo: melhor treinamento e reforço da força policial) podendo ter êxito no que diz respeito a prevenção geral²²³.

Sobre a elevação na probabilidade de condenação dos criminosos por meio do aumento do efetivo policial, Eduardo BANDRÉS e Amor Díez TÍCIO afirmam:

En ese caso, un aumento de los efectivos policiales ocasionaría un doble efecto: por un lado, un mayor número de incidencias registradas, que afectaría negativamente al indicador del éxito policial; y por otro, un incremento de los delitos esclarecidos, que mejoraría la capacidad de resolución de las agencias²²⁴.

Portanto, um investimento relacionado ao desenvolvimento das agências criminais implica em *custos marginais* que são levados em consideração pelo agente quando da preparação para a conduta delituosa. Assim, elevam-se as *probabilidades* de condenação, o que terá um efeito dissuasório relevante segundo o modelo proposto por BECKER, já que se percebe (em tese) um coeficiente negativo entre as taxas de “delitos resolvidos” – que resultaram em uma condenação – e a taxa total de delitos cometidos. Percebe-se já que a *general deterrence* concebida pela teoria utilitária se manifesta quando o aparato policial demonstra efetividade ao combater os delitos.

De acordo com GUIMARÃES, “o nível quantitativo de delitos cometidos a ser aceito pela comunidade está diretamente ligado ao volume de recursos que ela se

²²² “The widespread generalization that offenders are more deterred by the probability of conviction than by the punishment when convicted turns out to imply in the expected-utility approach that offenders are risk preferrers at least in the relevant region of punishments”. BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An economic approach**. In: Journal of Political Economy, p. 169 – 217. p. 178.

²²³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General. Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 91. Tradução Livre, no original: “Políticossocialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal (p.ej. refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general”.

²²⁴ BANDRÉS, Eduardo; TÍCIO, Amor Díez. **Delincuencia y Acción Policial. Un Enfoque Económico**. In: Revista de Economía Aplicada. num. 27 (vol. IX), 2001, p. 5 – 33. p. 13.

predispõe a investir para alcançar a taxa de criminalidade desejada”²²⁵. Trata-se, assim, de uma escolha ótima que envolve a distribuição de recursos às agências criminais, já que a elevação na efetividade e na probabilidade de condenação abrange despenders significativos expedientes obtidos através da contribuição de toda a sociedade. Tem-se, portanto, uma verdadeira *decisão social* relacionada à taxa de criminalidade suportável, já que o delito é um fenômeno social que jamais será erradicado (alcança-se, aqui, um *equilíbrio de mercado*). Percebe-se que se está diante de uma escolha que só pode obedecer ao interesse público, conforme EHRLICH:

A abordagem elaborada pelos economistas em direção a essas escolhas foi geralmente baseada no critério do “interesse público”: a autoridade persegue a maximização do bem estar social minimizando as perdas provenientes do crime, incluindo as custos de reforço da lei e do controle do crime²²⁶.

Frise-se que não apenas a probabilidade de condenação, mas a própria severidade das penas deverá obedecer ao *interesse público*. Nuno GAROUPA afirma que a sociedade poderia perfeitamente combater quase que a totalidade dos crimes através da imposição de sanções penais muito pesadas, com elevada probabilidade de condenação. Esta política criminal, porém, esbarraria em duas circunstâncias: a primeira seria uma objeção moral, relacionada ao fato de que sanções desumanas violariam os direitos civis e constitucionais assegurados pelo Ordenamento Jurídico, a segunda (e mais importante) estaria diretamente conectada aos custos sociais, que não promoveriam uma eficiente alocação dos recursos públicos²²⁷.

BECKER assinala que os diferentes tipos de punição devem ser convertidos monetariamente, tornando possível compará-los. Os custos que envolvem uma pena de restrição da liberdade, por exemplo, afetariam não somente os apenados, que deixam de receber seus salários legalmente, mas também todos os contribuintes,

²²⁵ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Análise crítica às teorias econômicas do direito penal**. In: De jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 67-87, jan/jun, 2009. p. 76.

²²⁶ EHRLICH, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: The Journal of Economic Perspectives, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67. p. 50. Tradução Livre, no original: “The approach economists have taken toward these choices has generally been based on a “public interest” criterion: the law enforcement authority seeks to maximize social welfare by minimizing the losses from crime, including the costs of law enforcement and crime control”.

²²⁷ GAROUPA, Nuno. **An Economic Analysis of Criminal Law**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Garoupa_criminalaw01.pdf

que devem arcar com os gastos relacionados à manutenção das penitenciárias²²⁸. Neste sentido, as penas devem ser dosadas de forma que estabeleçam, inicialmente, um custo suficientemente grande ao criminoso, não se podendo relevar, porém, os custos sociais e econômicos relacionados ao cumprimento da pena. Nas palavras de EHRLICH, o “*public enforcement*” é determinado pela sua eficácia marginal e pela capacidade de reduzir as perdas sociais derivadas do crime²²⁹. Assim, segundo o referido autor, a probabilidade de condenação e a severidade da punição só alcançarão um ponto ótimo de eficiência na medida em que afetarem negativamente a utilidade marginal do criminoso e não estabelecerem custos muito elevados à sociedade.

Outro ponto importante relacionado ao manejo do preceito secundário do tipo penal (que se refere à severidade das sanções) é a possibilidade de utilização da pena para combater o cometimento de crimes mais graves por meio da análise da *marginal deterrence*. Isto é, as agências criminais devem tentar evitar os crimes mais leves, porém, a pena deve ser escalonada de forma a agir preferencialmente para combater os crimes que afetem mais gravemente a sociedade. Desse modo, a *marginal deterrence* deve procurar combater os crimes mais graves por meio de sanções mais pesadas do que aquelas impostas aos crimes mais leves²³⁰. Neste sentido, deve-se considerar a precisa lição de George STIGLER:

Se o criminoso vier a ser condenado à morte por um simples assalto e um assassinato, não haverá uma punição marginal superior ao assassinato. Se o ladrão tiver sua mão cortada por furtar cinco dólares, ele será punido igualmente se houvesse furtado uma grande quantia. Os custos marginais são necessários à “*marginal deterrence*”²³¹.

Assim, deve a legislação prever maiores custos marginais conforme a gravidade do crime, já que o sujeito criminoso promove cálculos de *custo/benefício*. Caso o “custo penal” seja o mesmo para crimes com gravidades diferentes, o potencial criminoso terá incentivos para cometer o delito que possivelmente lhe traga

²²⁸ BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An economic approach**. In: Journal of Political Economy, p. 169 – 217.

²²⁹ EHRLICH, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: The Journal of Economic Perspectives, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67.

²³⁰ GAROUPA, Nuno; KLICK, Jonathan; PARISI, Francesco. **A law and economics perspective on terrorism**. In: Public Choice, vol. 128, p. 147-168, 2006.

²³¹ STIGLER, George. **The Optimum Enforcement of Law**. In: Essays in the Economics of Crime and Punishment, ed. Gary Becker e William Landes. Chicago: UMI, 1974. Tradução Livre, no original: “If the offender will be executed for a minor assault and for a murder, there is no marginal deterrence to murder. If the thief has his hand cut off for taking five dollars”

maiores benefícios marginais. Em tal contexto, como afirmou STIGLER, caso a pena seja a mesma para quem rouba uma quantia irrelevante e para aqueles que cometem grandes roubos, incentiva-se o cometimento de crimes socialmente muito mais graves. Contrapõe-se tal pensamento, de certa forma, à política do *three-strikes-out*, que pretende impor penas altas mesmo a pequenos crimes cometidos repetidamente²³².

Outro aspecto que deve ser considerado como limite ao estabelecimento de penas extremamente rigorosas é a necessária correlação entre os instrumentos de sanção penal e os custos sociais oriundos dos crimes cometidos. Como já se afirmou, a Análise Econômica concebe Direito sob um viés nitidamente instrumental, sendo orientado, sempre, à maximização da riqueza social. De tal constatação, deve-se supor uma verdadeira equivalência entre o *quantum* estabelecido no preceito secundário do tipo penal (bem como a forma de punição imposta) e os custos sociais do delito divididos pela probabilidade de apreensão e condenação do agente criminoso²³³. Verifica-se, portanto, que uma política criminal fundada nos preceitos próprios da teoria economicista não pode estabelecer penas de forma totalmente desconexa com os custos sociais impostos pelo cometimento do delito, já que tal postura invariavelmente feriria os princípios da maximização da riqueza social e da eficiência.

2.3.2 OS INCENTIVOS POSITIVOS DA POLÍTICA DE COMBATE AO CRIME

Como já se verificou, os teóricos da Análise Econômica concebem o cálculo utilitário em função da alocação individual de tempo e recursos em atividades (legais ou criminosas) que de forma ótima maximizem os benefícios marginais do sujeito. Neste contexto, não apenas as eventuais consequências negativas do delito são consideradas relevantes pelo potencial criminoso, mas também a perspectiva que envolve o *mercado legal*, já que a escolha individual sopesará os custos e os benefícios (riscos e recompensas) entre permanecer na legalidade ou não. Em tal

²³² FREY, Bruno S. **Punishment and Beyond**. In: CESifo Working Paper Series No. 2706. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1437407>

²³³ DAU-SCHMIDT, Kenneth G. **An Economic Analysis of the criminal law as preference-shaping policy**. In: Duke Law Journal, num. 1, Fevereiro de 1990. p. 1 – 38.

aspecto, políticas sociais de inclusão e redistribuição de renda são tidas como práticas estatais eficazes ao combate da atividade criminosa, e constituem o que EHRlich denomina de “*positive incentives*”.

Isto porque, em consonância com o modelo proposto por BECKER, os potenciais criminosos são justamente aqueles que possuem menos perspectiva de renda oriunda do mercado legal. Dessa forma as políticas de redistribuição de riqueza, elevando o nível de renda lícita, podem ser concretas políticas de controle da criminalidade²³⁴. Em breves palavras, a teorização economicista concebe a existência de políticas criminais alternativas ao simples manejo da severidade e probabilidade da pena, abrangendo práticas dissuasórias que muitas vezes são esquecidas pelo discurso criminológico. Nas palavras de GUIMARÃES:

As teorias economicistas, em um momento de luzes, embora de maneira menos contundente, reconhecem, para além das possibilidades de se fazer frente à delinquência com a exasperação do preceito secundário da norma penal, ou ainda, com o aumento de possibilidade de condenação e prisão pela prática delitiva, que existem outras alternativas. Para tanto, afirmam que tais outras soluções de combate ao crime devem ser buscadas no espaço que tenham o condão de alterar as condições socioeconômicas que configuram hodiernamente o ambiente social, melhor dizendo, devem ser envidados esforços que se oponham à crescente injustiça social que assola a sociedade como um todo. Para além do discurso dissuasório do Direito Penal, deveria ser feita uma profunda análise dos efeitos que uma melhora na renda e nas condições de vida das pessoas que habitam os subúrbios e os bairros marginais que proliferam em torno das grandes cidades a serem desencadeados no que concerne à diminuição do nível global do cometimento de delitos²³⁵.

Seguindo o referido autor, sob determinada ótica, o discurso economicista poderia até mesmo representar um avanço na teorização da criminologia, já que aspectos socioeconômicos são essencialmente relevantes (e evidentemente não podem ser ignorados) a qualquer política criminal que queira efetivamente combater os efeitos do delito. Porém, como se está diante de uma teoria fundada no paradigma etiológico (causal-explicativo) da criminalidade, o delito é tido como um fenômeno natural no comportamento dos indivíduos, causalmente determinado

²³⁴ BENOÎT, Jean-Pierre; OSBORNE, Martin. **Crime, Punishment, and Social Expenditure**. In: *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, v. 151 (1995), p. 326 – 347.

²³⁵ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Análise crítica às teorias econômicas do direito penal**. In: *De jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 12, p. 67-87, jan/jun, 2009. p. 77 – 78.

pelas influências do meio-ambiente²³⁶. Seria natural supor, com base na teoria economicista, uma relação positiva entre as taxas de criminalidade e os níveis de pobreza de determinados setores da população. E é isso que simples análises matemáticas “cientificamente” buscam demonstrar, conforme ORMEROD:

A maioria dos crimes é cometida por jovens, relativamente não escolarizados. As oportunidades proporcionadas pelo mercado de trabalho legalizado parecem ter influência no nível de criminalidade (...). Os gráficos demonstram que há uma correlação entre o nível de crimes violentos – em uma amostra aleatória de 100.000 pessoas – e a percentagem da população oficialmente classificada como pobres (...). Inicialmente, existe uma relação positiva entre o crime e a pobreza. Altos níveis de pobreza a ser associados com altas taxas de criminalidade²³⁷.

A simplista explicação economicista, portanto, justifica a adoção de incentivos positivos ao combate da criminalidade pelo fato de encarar o fenômeno a partir do paradigma etiológico, no sentido de que as causas do cometimento do delito estariam relacionadas às condições socioeconômicas dos indivíduos mais pobres. Uma melhor distribuição social da renda, nesta acepção, teria como reflexo direto uma redução da utilidade marginal que o indivíduo obteria com o crime, tornando tal ação menos benéfica em face dos ganhos conseguidos legalmente. Assim se justificariam políticas de equalização dos níveis de emprego e educação como formas de combate ao crime²³⁸.

2.4 QUAL A PENA MAIS EFICAZ AO DIREITO PENAL?

Inicialmente, deve-se constatar que os teóricos da Análise Econômica concebem uma comparação entre os tipos de penas aplicadas a partir dos custos impostos ao potencial criminoso, convertidos monetariamente. Dessa forma, os custos relacionados à imposição de uma pena privativa de liberdade, por exemplo,

²³⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. In: Sequência, Florianópolis, v. 30, p. 24-36, 1995.

²³⁷ ORMEROD, Paul. **Crime: Economic Incentives and Social Network**. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2005. Tradução Livre, no original: “Most crime is committed by young, relatively unskilled men. And the opportunities open to this group in the legitimate labour market do appear to have an influence on the level of crime (...).The chart shows the relationship between the rate of violent crime per 100,000 population and the percentage of the population officially classified as being in poverty (...).First, there is a positive relationship between crime and poverty. High rates of poverty tend to be associated with high crime rates”.

²³⁸ EHRLICH, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: The Journal of Economic Perspectives, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67.

seriam encontrados por meio da soma dos possíveis ganhos financeiros que o condenado deixou de auferir quando preso, além do valor marginal de sua liberdade. Neste sentido, seria impossível determinar *a priori* e genericamente o *custo* de uma sentença de condenação, tendo em vista que as pessoas possuem expectativas de rendimento diversas²³⁹. A privação da liberdade, em consonância com tal assertiva, possuiria efeitos mais prejudiciais a uma pessoa com significativos rendimentos, já que a sua elevada expectativa de renda seria frustrada, impondo maiores custos marginais ao cometimento do delito.

Outro efeito da monetarização dos custos que envolve as políticas criminais se relaciona com os ônus suportados por toda a população com o combate ao crime. Neste sentido, considere-se o que propõe BECKER:

A maioria das penas, contudo, atinge tanto os delinquentes como os demais membros da sociedade: por exemplo, o aprisionamento requer gastos com vigilância, supervisão pessoal, custos relacionados à estrutura física, alimentação, etc. Atualmente, cerca de 1 bilhão de dólares está sendo gasto a cada ano, nos Estados Unidos, na execução de penas, com custos diários por caso variando amplamente entre um mínimo de 0,38 centavos de dólar por dia para adultos em condicional, até 11,00 dólares diários para jovens detidos em instituições prisionais²⁴⁰.

Em tal âmbito, as políticas criminais devem ser manejadas de forma a propiciar o efeito preventivo da pena, considerando, porém, os custos impostos a toda a sociedade. Neste mesmo sentido BECKER é claro ao afirmar que o custo total das punições nada mais é do que uma equação que considera o custo marginal cominado ao potencial criminoso e os ônus impostos aos demais cidadãos. Diante de tal perspectiva, os economicistas afirmam que de nada valeria uma política criminal que fosse capaz de deter todo o crime (como se isto fosse possível!) caso os custos à sociedade fossem significativamente elevados, o que iria de encontro ao pressuposto essencial da maximização da riqueza social.

²³⁹ BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An economic approach**. In: Journal of Political Economy, p. 169 – 217.

²⁴⁰ BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An economic approach**. In: Journal of Political Economy, p. 169 – 217. Tradução Livre, no original: “Most punishment, however, hurt other member as well as offenders: for example, imprisonment requires expenditures on guards, supervisory personnel, buildings, food, etc. Currently about \$ 1 billion is being spent each year in the United States on probation, parole and institutionalization alone, with the daily cost per case varying tremendously from a low of \$ 0.38 for adults on probation to a high of \$ 11.00 for juveniles in detention institutions”.

Já se demonstrou que a Análise Econômica compreende o fenômeno criminal a partir da questão da alocação eficiente de recursos, no sentido de que o *public law enforcement* deve ser estruturado para maximizar a riqueza social e minimizar as perdas resultantes dos crimes, incluindo os custos realizados com o seu controle preventivo e repressivo²⁴¹. Em tal âmbito, o crime é tido como uma *externalidade*, já que representa um problema social que altera as condições normais do mercado, influenciando negativamente a otimização na geração de riqueza da sociedade. Neste contexto, mesmo as políticas criminais devem ser construídas e aplicadas de forma a propiciar a *general deterrence* do modo mais eficiente possível, evitando o desperdício indiscriminado de recursos públicos.

Trata-se, portanto, de uma escolha ótima que deve considerar não apenas a relativa eficiência dos instrumentos punitivos, como também os custos sociais oriundos do “*public law enforcement*”²⁴². E é sob tal justificativa que grande parte dos teóricos da Análise Econômica, estribados em BECKER, afirmam ser a pena de multa o instrumento sancionatório mais eficiente às políticas criminais. Tal opção se dá basicamente porque a utilização da pena de multa não significa qualquer custo ao Estado, sendo possível, até mesmo, a reparação monetária à vítima e à própria sociedade²⁴³. De fato, não haveria qualquer *custo social* com a imposição das penas de multa, já que a mera elevação do preceito secundário do tipo penal não acarretaria maiores danos econômicos à sociedade (o que não acontece com a pena de privação de liberdade, como veremos a seguir).

Mitchell POLINSKY e Steven SHAVELL, ao tratar das penas de multa, afirmam:

Multas pagas por indivíduos não afetarão diretamente o bem-estar social pois as perdas de utilidade dos indivíduos que pagam o valor exato da multa

²⁴¹ EHRlich, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: The Journal of Economic Perspectives, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67.

²⁴² EHRlich, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: The Journal of Economic Perspectives, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67.

²⁴³ “Moreover, fines are more efficient than other methods because the cost to offenders is also revenue to the state”. BECKER, Gary. **Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior**. In: The Journal of Political Economy, vol. 101, no. 3, (jun 1993). p. 385 – 409. p. 391.

são compensadas pelo ganho de utilidade de outros indivíduos as recebem.

²⁴⁴

Verifica-se que as penas pecuniárias promovem, em realidade, uma mera redistribuição de riqueza, não resultando nos custos, denominados por EHRlich, de “*deadweight costs*” ²⁴⁵, associados à pena de prisão. Em tal sentido, gastos com a construção e manutenção de penitenciárias e com penas intermediárias como a *probation* são simplesmente inexistentes quando a política criminal é orientada exclusivamente à consecução de objetivos sociais por meio das penas de multa. Neste mesmo sentido, são as lições de BECKER:

In the first place, probation and institutionalization use up social resources, and fines do not, since the latter are basically just transfer payments, while the former use resources in the form of guards, supervisory personnel, probation officers, and the offender’s own time²⁴⁶.

Mais ainda, BECKER alude à outra vantagem obtida apenas com a utilização da pena pecuniária: pode-se restaurar a situação existente antes mesmo do cometimento do crime, já que a multa (instrumento monetário de compensação, por excelência) pode *compensar os ofendidos*, resgatando o *status quo ante*. Neste contexto, a pena de multa é um verdadeiro *preço* a ser pago pela realização da conduta delituosa, tendo evidentemente maior aplicabilidade aos crimes mais leves. Isto porque existem crimes que obviamente não pode ser a partir do paradigma economicista, já que envolvem bens jurídicos mais relevantes, como a vida e a integridade física, por exemplo. Para tais crimes, as penas de multa devem ser suplementadas por outras alternativas (como as penas restritivas de liberdade) que exerçam com mais efetividade a *general deterrence*²⁴⁷. Porém, de acordo com POLINSKY e SHAVELL, é desejável a utilização das penas pecuniárias em sua

²⁴⁴ POLINSKY Mitchell; SHAVELL, Steven. **The optimal use of fines and imprisonment**. In: Journal of Public Economics, n. 24 (1984), pp. 89 – 99. p. 92. Tradução Livre, no original: “Most punishment, however, hurt other member as well as offenders: for example, imprisonment requires expenditures on guards, supervisory personnel, buildings, food, etc. Currently about \$ 1 billion is being spent each year in the United States on probation, parole and institutionalization alone, with the daily cost per case varying tremendously from a low of \$ 0.38 for adults on probation to a high of \$ 11.00 for juveniles in detention institutions”.

²⁴⁵ EHRlich, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: The Journal of Economic Perspectives, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67.

²⁴⁶ BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An economic approach**. In: Journal of Political Economy, p. 169 – 217. p. 193.

²⁴⁷ POLINSKY Mitchell; SHAVELL, Steven. **The optimal use of fines and imprisonment**. In: Journal of Public Economics, n. 24 (1984), pp. 89 – 99.

máxima extensão possível, sendo apenas secundariamente suplementadas outras penas mais custosas.

O *imprisonment*, neste contexto, possui uma função subsidiária diante das políticas criminais tidas como *ótimas* ou *eficientes*, uma vez que deve ser utilizado apenas quando as penas pecuniárias não forem capazes de impor custos marginais suficientemente elevados à conduta do potencial criminoso. Assim, admite-se o uso de um instrumento de controle/combate ao crime socialmente mais custoso em casos em que a multa não seja capaz de exercer sua função dissuasória. A teorização de BECKER abre ainda outra hipótese à utilização de meios punitivos que não as sanções pecuniárias: quando os criminosos não são capazes de arcar com o peso financeiro das multas. Em tal sentido, GUIMARÃES adverte:

Como a quase totalidade daqueles que acabam condenados pela prática de um delito não dispõem de recursos para o pagamento de multas, resta à pena privativa de liberdade cumprir o seu papel de principal sanção do sistema de justiça penal na ótica das teorias economicistas dos delitos e das penas²⁴⁸.

Desse modo, atenua-se um pouco o caráter secundário das penas privativas de liberdade, ainda mais se constatando que os *principais clientes do sistema penal* são sempre os marginalizados social e economicamente.

Importante que se frise, mais uma vez, que a justificativa para a preferência pelas penas pecuniárias é eminentemente utilitária, uma vez que se trata apenas de uma escolha relacionada aos custos da aplicação e imposição das penas privativas de liberdade. Dito de outra forma, não há uma preferência ontológica pelas penas pecuniárias, sendo meramente essa a opção que, de acordo com o pensamento economicista, melhor satisfaz os anseios pela eficiência e pela maximização da riqueza social.

²⁴⁸ GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Análise crítica às teorias econômicas do direito penal.** In: De jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n. 12, p. 67-87, jan/jun, 2009. p. 74.

2.5 ALTERNATIVAS PARA A REDUÇÃO DOS CUSTOS DA CRIMINALIDADE – A DESESTATIZAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DE LAW ENFORCEMENT.

Diante da relevância que a análise dos custos do *public law enforcement* alcançou (com a consagração dos postulados da *Law & Economics*), algumas alternativas foram cogitadas – e aplicadas – para a redução dos ônus econômicos impostos pelo sistema punitivo. Neste contexto, observou-se, principalmente nos países tidos como “*mais desenvolvidos*”, um movimento de desestatização das principais instituições de controle criminal, incluindo serviços policiais, de segurança aeroportuária e, de forma significativa, a construção e prestação de serviços do sistema prisional²⁴⁹.

Tal cenário se coaduna com a tão propalada preocupação dos teóricos economicistas com a redução dos *custos sociais* que envolvem o fenômeno criminal, já que o nível ótimo (ou eficiente) da alocação de recursos só é alcançado quando o benefício marginal da redução na quantidade de crimes cometidos se iguala ao custo-extra que uma unidade a mais de detenção resulta²⁵⁰. Em tal sentido, como as novas *táticas criminais* promovem uma possível diminuição de alguns dos mais relevantes custos que envolvem a justiça criminal, torna-se possível “avançar” no controle punitivo, impondo uma política criminal muito mais severa, em que prepondera o *mass incarceration*. Assim, a institucionalização do lucro na esfera da execução penal caiu como uma luva aos que insistentemente abordam os principais problemas sociais apenas pela perspectiva mercadológica.

Nesse íterim, Phillip J. WOOD afirma que o sistema de justiça criminal norte-americano passou a ser dominado pela “*corporate colonization of decision-making structures*”²⁵¹. Em tal contexto, os interesses privados passaram a exercer, com desproporcional relevância, inegável influência sobre as decisões políticas no âmbito

²⁴⁹ WITTE, Ann Dryden; WITT, Robert. **What We Spend and What We Get: Public and Private Provision of Crime Prevention and Criminal Justice**. In: Fiscal Studies, vol. 22, no. 1, 2001, pp. 1 – 40.

²⁵⁰ WITTE, Ann Dryden; WITT, Robert. **What We Spend and What We Get: Public and Private Provision of Crime Prevention and Criminal Justice**. In: Fiscal Studies, vol. 22, no. 1, 2001, pp. 1 – 40.

²⁵¹ WOOD, Phillip. **The Rise of Prison Industrial Complex in the United States**. In: Capitalist Punishment. Prison Privatization & Human Rights. ed. COYLE, Andrew; CAMPBELL, Alisson and NEUFELD, Rodney. Atlanta: Clarity Press, 2003. p. 16.

criminal, tornando possível a materialização do regime do lucro e a criação de um novo mercado a ser explorado pelo capital, o da administração prisional.

. A lógica do custo/benefício, própria dos tempos neoliberais, foi de extrema relevância para que se concebessem os primeiros contratos relacionados à desestatização de determinadas atividades no âmbito da administração do sistema prisional. Foi no início da década de 1980 que surgiram os primeiros contratos (realizados pela *Immigration and Naturalization Service - INS*) relacionados à internação de detentos a um custo de dois dólares ao dia acrescentado dos custos relacionados à manutenção do estabelecimento²⁵². Porém, foi a partir de 1984, quando os estados de Tennessee, Flórida e Kentucky efetuaram relevantes concessões à iniciativa privada, que o fenômeno deslançou.

As propostas de desestatização do sistema prisional giram em torno de duas justificativas preponderantes: (i) a possível redução dos custos inerentes à administração das penitenciárias, o que promoveria uma alocação mais eficiente dos recursos públicos, e (ii) a melhoria nas condições de vida dos detentos, que seria resultado de contínuos investimentos feitos pelas empresas concessionárias do serviço público. No que se refere à primeira das questões supracitadas, Charles LOGAN, defensor das privatizações, traça uma diferenciação clara entre os elementos próprios do mercado, da iniciativa privada (maior agilidade, menos burocracia, melhores preços, flexibilidade na administração do *staff*), em detrimento de uma gestão quase que precária relacionada à administração pública, em que se delineiam como principais características a burocracia e a rigidez dos procedimentos de contratação profissional. É, em suma, a dualidade *eficiência versus ineficiência*, em que o Estado, posto que fora do *jogo do mercado*, configura-se como inimigo primordial do sistema capitalista²⁵³.

Citando estudos realizados pelo *National Institute of Justice*, LOGAN conclui que uma projeção mais realista, capaz de prever com acuidade a economia relacionada à privatização, demonstraria uma taxa variável entre 5 e 15% de redução dos custos totais inerentes ao sistema carcerário. Mesmo que os

²⁵² SINDEN, Jeff. **The Problem of Prison Privatization: The US Experience**. In: *Capitalist Punishment. Prison Privatization & Human Rights*, ed. COYLE, Andrew; CAMPBELL, Alisson and NEUFELD, Rodney. Atlanta: Clarity Press, 2003. p. 43.

²⁵³ LOGAN, Charles H. **Objections and Refutations**. In: *Privatizing Correctional Services*. Toronto: Fraser Institute, 1996.

percentuais não sejam considerados significativos, os defensores da privatização argumentam que, em face do exorbitante sistema penitenciário norte-americano, haveria uma economia relevante diante do orçamento estatal²⁵⁴.

Outra é, porém, a conclusão do estudo realizado pelo GAO (General Accounting Office) que, ao analisar o processo de privatização em 05 estados norte-americanos, concluiu que os custos públicos referentes ao sistema carcerário, independentemente se sob a gerência pública ou privada, não teriam distinção relevante²⁵⁵. Importante citar que o estudo aponta que os custos referentes à manutenção dos condenados podem ser tão voláteis que se tornaria quase impossível concluir acerca de uma maior eficiência das penitenciárias privadas.

De fato, é lógica a percepção de que os custos são diretamente relacionados a vários aspectos inerentes à administração carcerária, tais como a maior ou menor periculosidade dos condenados, a necessidade de tratamentos médicos e psiquiátricos aos presos, a existência de programas educativos que promovam a reinserção do condenado à sociedade, etc. Em assim sendo, ainda restam dúvidas acerca da maior eficiência na administração do sistema prisional quando da privatização. Qualquer indicativo que relacione diretamente a gestão privada à redução de custos deve ser cuidadosamente analisada, sob pena de que tal falácia se revista de uma certeza inverídica, própria do pensamento efficientista do período neoliberal.

Indispensável que se analise, ainda, qual a destinação dos recursos advindos da possível redução dos custos quando da gestão privada. Ou seja, mesmo que os contratos de concessão possam estabelecer parâmetros e critérios para a administração das penitenciárias, o efetivo resultado não é repassado ao orçamento público, mas integra, isso sim, o lucro das grandes corporações envolvidas no negócio²⁵⁶. É inverídica, portanto, qualquer alusão a uma grande economia

²⁵⁴ TABARROK, Alexander T. **Private Prisons have Public Benefits**. Disponível em: <http://www.independent.org/newsroom/article.asp?id=1411> .

²⁵⁵ Estudo realizado pelo *General Accounting Office* sob o título: **Private and Public Prisons: Studies Comparing Operational Costs and/or Quality of Service**. Disponível para consulta em site oficial do governo estadunidense: www.gao.gov/archive/1996/gg96158.pdf

²⁵⁶ PARENTI, Christian. **Privatized Problems: For-Profit Incarceration**. In: *Trouble in Capitalist Punishment. Prison Privatization & Human Rights*. ed. COYLE, Andrew; CAMPBELL, Alisson and NEUFELD, Rodney. Atlanta: Clarity Press, 2003. p. 36.

relacionada ao processo de privatização do sistema carcerário, porque apoiada em falácias construídas artificialmente sob os duvidosos argumentos liberais.

No que se refere à justificativa de que a desestatização promoveria a prestação de serviços de administração prisional qualitativamente superior, garantindo uma vida digna aos detentos, parte-se da premissa de que a competição privada forçaria as empresas a prestarem melhores serviços através de uma gestão mais criteriosa dos recursos. Com tal “*seleção natural e eficiente*”, as empresas que não cumprissem os contratos, oferecendo os serviços com a qualidade pactuada, estariam fora do mercado. Além disso, a competição serviria como um “motor de inovação”, capaz de aumentar a eficiência no decorrer de um prazo razoável em que as penitenciárias se encontrassem sob a administração da iniciativa privada. Isto porque, livre das amarras da burocracia – própria do sistema de gestão público – as empresas conseguiriam promover contínuas melhorias que, por fim, resultariam em um sistema mais apropriado à concretização dos direitos humanos dos detentos.

Ocorre que, em detrimento de tais assertivas, a análise empírica demonstra ser questionável a elevação na qualidade dos serviços prestados por empresas quando do trato da gestão prisional. Neste sentido, Judith GREENE afirma:

As conclusões a que chegam estudos realizados pelo Estado de Minnesota, quando analisadas em conjunto, apontam para uma visão oposta: que a privatização reduz significativamente o nível da eficiência prisional, em termos de segurança pública, comparada ao que é disponibilizada pelo sistema público²⁵⁷.

A incessante busca pela redução de custos faz com que as empresas, ao invés de investirem em novos métodos de gestão (como se pressupõe, considerando a competição do livre mercado), cortem seus orçamentos para elevar seus lucros, distribuindo dividendos relevantes aos seus acionistas. A lógica do livre mercado, assim, opera em direção contrária à elevação da qualidade dos serviços prestados, aplicando-se tão-somente no sentido de aumentar o lucro, objetivo intrínseco à lógica mercadológica. Neste íterim, Curtis R. BLAKELY considera as distinções entre os níveis de salários e de treinamento do *staff* responsável pelo

²⁵⁷ GREENE, Judith. **Lack of Correctional Services**. In: *Capitalist Punishment. Prison Privatization & Human Rights*, ed. COYLE, Andrew; CAMPBELL, Alisson and NEUFELD, Rodney. Atlanta: Clarity Press, 2003. p. 63. Tradução Livre, no original: “Taken together, the findings from the Minnesota study provide strong empirical evidence supporting the opposite view: that privatization significantly lower the level of correctional effectiveness, facility security and public safety compared to what is now provided by the public system”.

controle e vigilância dos detentos. De acordo com tal autor, a busca por lucros se revela diante da perspectiva de salários iniciais mais baixos aos funcionários das penitenciárias privadas. Ainda, destaque-se que a possibilidade de ascensão dos trabalhadores é mais reduzida em tais estabelecimentos²⁵⁸.

Cite-se ainda que as prisões operadas pela iniciativa privada possuem menos funcionários que aquelas controladas pelo setor público (em média de 15 a 50% de redução), o que demonstra maior precariedade na prestação dos serviços. As baixas perspectivas de crescimento profissional aos empregados, assim como o menor número de funcionários proporcionalmente por detentos, acaba tornando as penitenciárias privadas, segundo o autor, lugares mais perigosos, contrariando a tese de que haveria apenas melhorias quando da privatização dessas instituições.

Observe-se, aqui, que há uma contraposição lógica entre a melhoria na qualidade dos serviços prestados, com a subsequente e contínua elevação nos investimentos e a própria instituição das penitenciárias privadas. Ora, estando sob o controle e administração de corporações, torna-se necessária, pela própria lógica do mercado, a redução de custos e o resultante lucro. Sem tal elemento, não há quaisquer razões para que vultuosos investimentos sejam realizados. Ocorre que, em se tratando da administração do sistema prisional, em que devem ser respeitados, acima de tudo, os direitos humanos dos detentos, a referida lógica não pode se sustentar.

²⁵⁸ BLAKELY, Curtis R. **America's Prisons. The Movement Toward Profit and Privatization.** Florida: Brown Walker Press, 2005.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA E OS POSTULADOS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

3.1 SITUANDO A ANÁLISE ECONÔMICA NO ÂMBITO DA CRIMINOLOGIA

Delimitar e interpretar a Análise Econômica abrangendo questões criminológicas requer, antes de tudo, que se considere a relevância do resgate aos preceitos utilitários e contratualistas próprios da filosofia do Iluminismo Europeu, em especial aquele construído por Bentham e Beccaria, como já se referiu acima. Neste aspecto, ignorar as raízes liberais-clássicas que decisivamente moldaram o *homo economicus* vai de encontro a qualquer perspectiva que se queira minimamente compromissada com a Ciência. De fato, há uma verdadeira *ressignificação* dos pressupostos utilitários aplicados ao Direito Penal, agora com um caráter muito mais científico, adequado ao estudo do crime por meio de modelos comportamentais, que reiteram e consagram a escolha racional do potencial criminoso (*livre-arbítrio*).

Não se ignore que a Escola Liberal-Clássica, que tanto influenciou o pensamento economicista contemporâneo, é construída sob uma perspectiva eminentemente filosófica, em especial a filosofia política do iluminismo francês de Diderot, Helvétius e Montesquieu²⁵⁹. Em tal sentido, deve-se considerar que a fundamentação teórica da Análise Econômica é mesmo temporalmente anterior ao surgimento da Criminologia enquanto Ciência, que só se dá com o Positivismo. Parte-se, portanto, de uma concepção propriamente filosófica dos aspectos que envolvem o fenômeno criminal, erigida a partir dos ideais do contratualismo e do utilitarismo. Em tal sentido, Vera Regina Pereira de ANDRADE bem elucida:

Com efeito, consubstanciando a projeção, para o campo penal, do conjunto de “ismos” enraizados na Filosofia iluminista – racionalismo, humanismo, contratualismo, liberalismo – “Dos delitos e das penas” é uma expressão vigorosa daquela dualidade a que acima nos referimos. Pois se trata de uma obra simultaneamente de combate à Justiça Penal do Antigo Regime e projeção de uma Justiça Penal liberal humanitária e utilitária, contratualmente modelada²⁶⁰.

²⁵⁹ BARATTA, Alessandro. **Filosofia e Direito Penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias**. Trad. André Giamberardino. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR/ Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito. – num. 53, 2011. p. 7 – 28.

²⁶⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 49.

Assim, tratar de Direito Penal no âmbito do século XVIII é, marcadamente, “partir de uma rigorosa fundamentação filosófica, racionalista e jusnaturalista”²⁶¹, e é justamente aqui que se consagra a ideia da máxima utilidade, que é tão relevante à Análise Econômica. No mesmo sentido, a *prevenção geral negativa*, que impõe custos à conduta criminosa, bebe de fundamentos propostos já por BENHTAM, quando afirma que:

A punição sofrida pelo delinquente representa, para todos, um exemplo do que cada um poderá sofrer caso seja culpado por crime semelhante²⁶².

Desse modo, busca-se nesta fase do pensamento criminológico (reitere-se que ainda não se pode conceber a Criminologia como uma *ciência propriamente dita*) mais do que explicar as causas do crime – paradigma etiológico –, justificar a aplicação da pena, sempre com o objetivo de estabelecer limites ao poder punitivo, consagrando, portanto, os princípios da humanidade das penas e de sua necessária proporcionalidade com os delitos cometidos²⁶³. Em suas dimensões negativa e positiva, a Escola liberal-clássica é orientada, acima de tudo, a consagrar um sistema penal pautado no regime da estrita legalidade, afastando o arbítrio do poder punitivo absolutista.

A justificação da pena se dá devido à necessidade de se acrescentarem disposições contrárias ao prazer de cometer o delito (entendido como um mal), sob o fundamento de que se consagre a felicidade geral. Ou seja, caberia ao legislador distribuir *penas e recompensas* capazes de “induzir os indivíduos a agir no sentido de os seus interesses particulares se harmonizarem e co-produzirem a felicidade geral”²⁶⁴. Na mesma perspectiva, a *general deterrence* proposta pela Análise Econômica também visa à instituição de custos à prática delituosa, tendo a evidente função de convencer o sujeito a não cometer o crime. Ainda com relação à fonte claramente iluminista que tão bem retrata a análise contemporânea feita pelos

²⁶¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 32.

²⁶² BENTHAM, Jeremy. **The rationale of punishment**. Nova Iorque: Prometheus Books, 2009. p. 62. Tradução Livre, no original: “The punishment suffered by the offender presents to every one an example of what he himself will have to suffer if he is guilty of the same offense”.

²⁶³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

²⁶⁴ SONTAG, Ricardo. **A irresistível ascensão dos filósofos. Teoria da legislação e o ‘problema penal’ em Jeremy Bentham**. In: Meritum – Belo Horizonte – v. 3. n. 1, jan/jun 2008. p. 255 – 285. p. 275.

economicistas, já se elucidou que o princípio da teoria utilitarista – a máxima felicidade ao maior número de pessoas – impede o abuso do poder punitivo, já que a pena nada mais seria do que “o mínimo sacrifício necessário da liberdade individual”²⁶⁵. Da mesma forma, supõe-se nitidamente ineficiente uma pena que em muito ultrapasse os danos supostamente provocados pelo delito, atingindo e prejudicando a *marginal deterrence*.

Em suma, ao se admitir que a Análise Econômica desenvolve fundamentos teóricos já propostos pela Escola Liberal-Clássica, deve-se, antes de tudo, pressupor uma sutil diferença existente no âmbito da teoria criminológica, em especial no que concerne à distinção existente no seio da própria Escola Clássica. Isto porque alguns autores a concebem como se houvesse dois períodos distintos, sendo o primeiro preponderantemente filosófico, sucedido por um período eminentemente jurídico. É em tal sentido que se orientam as elucidativas palavras de BARATTA:

Podemos ainda dizer que, nesse primeiro período, assistimos a um processo que vai de uma filosofia do direito penal a uma fundação filosófica da ciência do direito penal; ou seja, de uma concepção filosófica a uma concepção filosoficamente fundada, dos conceitos de crime, de responsabilidade penal e de pena²⁶⁶.

Perceba-se que o pensamento economicista é muito melhor representado quando são considerados os elementos do *primeiro período* da Escola Clássica, ou seja, aquele preponderantemente filosófico-utilitário, calcado nos princípios iluministas do contrato social. De outra parte, no âmbito do *classicismo* de Carrara, apenas algumas noções podem ser corretamente resgatadas para que se situe corretamente a Análise Econômica em termos criminológicos. Ora, analisa-se aqui uma estrutura verdadeiramente heterogênea, que concebe a própria finalidade da pena sob as mais variadas diretrizes; havendo, de um lado, as ditas *teorias absolutas* (Hegel, Kant e Carrara), e de outro as *teorias relativas* (Beccaria, Bentham e Romagnosi).

²⁶⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 34.

²⁶⁶ BARATTA, Alessandro. **Filosofia e Direito Penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias**. Trad. André Giamberardino. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR/ Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito. – num. 53, 2011. p. 7 – 28. p. 9.

Apenas reflexamente, portanto, pode-se conceber a influência da Escola Clássica de Carrara (segundo período) nas ideias economicistas. Isto porque o referido autor parte do método científico *dedutivo* ou *lógico-abstrato*, concebendo o crime como um *ente jurídico*, ou seja, abstraindo-se completamente os fatos naturais ou sociais, para chegar à conclusão de que o crime nada mais seria do que uma *violação ao direito*²⁶⁷. Nas palavras de BARATTA:

Isto significa abstrair o fato do delito, na consideração jurídica, do contexto ontológico que o liga, por um lado, a toda a personalidade do delinquente e a sua história biológica e psicológica, e por outro lado, à totalidade natural e social em que se insere a sua existência²⁶⁸.

Tem-se, sob tal ângulo, uma análise que vê o delito como um instituto meramente objetivo, completamente isolado da ação individual e dos aspectos naturais e sociais que cercam o sujeito criminoso. Em tal sentido, não há uma adequada correlação com a perspectiva economicista, já que, como vimos, existiriam incentivos positivos utilizados pela política criminal para tornar mais custoso o cometimento do delito. Sob tal hipótese, a melhora do mercado de trabalho legal, por exemplo, repercutiria no cálculo utilitário do criminoso, que consideraria mais recompensadora uma conduta lícita do que delituosa.

Porém, como já se afirmou acima, pode-se notar uma importante aproximação entre a Análise Econômica e a Escola Clássica de Carrara, especialmente quando se considera que o criminoso é retratado como um homem comum, que apenas realiza determinada conduta de acordo com o seu livre-arbítrio²⁶⁹. Em tal contexto:

O crime, como ação, é para Carrara e para a Escola Clássica um ente juridicamente qualificado, tendo uma estrutura real e um significado jurídico

²⁶⁷ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 140.

²⁶⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 38.

²⁶⁹ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

autônomo, que deriva de um princípio, por sua vez, autônomo e metafisicamente hipostasiado: o ato de livre arbítrio do sujeito²⁷⁰.

É o ato de vontade culpável, nesta acepção, que deve ser considerado como o principal motor da atividade criminosa, podendo ser imputada a responsabilidade penal pelo simples fato de o autor ter agido voluntariamente no sentido de violar o Direito. Tanto a Análise Econômica quanto a Escola Clássica, em tal âmbito, refutam qualquer perspectiva determinista, oriunda especificamente da Escola Positiva de Lombroso, Ferri e Garofalo. A tipologia do autor, portanto, não é uma preocupação significativa da análise economicista, já que os sujeitos criminosos não são vistos como *anormais*, desviados, mas apenas maximizadores de sua utilidade, que cometerão os crimes se os benefícios decorrentes de tal conduta ultrapassarem os correlatos custos.

O problema de fundo, aqui, está em situar e interpretar de que modo a Análise Econômica se relaciona com os postulados da criminologia crítica, muito mais afeita ao paradigma da reação social, fundado inicialmente no *labelling approach*. Ora, conforme já se elucidou, a criminalidade, sob a perspectiva economicista, é tida como um fenômeno ontológico, uma realidade pré-concebida, que deve ter suas causas investigadas de acordo com os métodos experimental e econômico. Em tal sentido, as políticas criminais devem ser pensadas para combater e prevenir (ou melhor, reduzir) o crime, entendido como uma entidade quase que natural e inevitável do convívio em sociedade. Trata-se, neste aspecto, de diminuir os *custos sociais* inerentes ao delito.

Seja como for, por mais heterogêneo que possa parecer, Alessandro BARATTA posiciona tanto as concepções da Escola Clássica quanto da Escola Positiva num *modelo de ciência penal integrada*, que afirma uma ideologia clara da *defesa social*²⁷¹. Neste mesmo paradigma pode-se situar a Análise Econômica, que é estruturada incisivamente a partir de elementos do direito penal moderno. De fato, toda esta “evolução teórica” do pensamento penal serve como instância legitimadora

²⁷⁰ BARATTA, Alessandro. **Filosofia e Direito Penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias**. Trad. André Giamberardino. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR/ Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito. – num. 53, 2011. p. 7 – 28. p. 13.

²⁷¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 41.

do poder punitivo, ignorando os processos e mecanismos de seleção penalizadora²⁷². Considere-se o que afirma BARATTA:

De fato, em todas estas edições do modelo integrado de ciência penal não se encontra uma alternativa crítica, mas somente uma modificação e um aperfeiçoamento da ideologia da defesa social. Esta não só não resulta prejudicada mas, acima de tudo, vem reafirmada nestas escolas, em todo seu alcance, tanto no sentido da ideologia positiva (programa de ação) quanto, e principalmente, no sentido da ideologia negativa (falsa consciência, idealizações mistificantes das funções reais dos institutos penais)²⁷³.

Em sentido geral, o paradigma da defesa social é baseado fortemente numa perspectiva sociológica burguesa, em que são justificados e legitimados os mecanismos de “seleção da criminalidade e a estigmatização dos criminosos operada pelo sistema penal”²⁷⁴. Ou seja, mesmo as teorizações contemporâneas – como é o caso explícito da Análise Econômica – devem ser caracterizadas como concepções abstratas, anistóricas da sociedade, não fundadas, portanto, na necessária conjuntura econômico-social que deve moldar qualquer análise sociológica.

Ainda, partem a *criminologia positivista* e a Escola Clássica de pressupostos que indicariam os valores universalmente compartilhados, presentes a nível intersubjetivo em todos os indivíduos, indiscriminadamente²⁷⁵. O fenômeno criminal, assim, seria estudado sob um viés ontológico, natural, sendo a única função das ciências criminológicas sua análise por meio de um método científico. Ora, já se vê que não há o compromisso da *criminologia tradicional* em desenvolver suas abordagens a partir de uma perspectiva histórico-analítica, o que será incisivamente combatido no âmbito da criminologia crítica. Em especial, o *mito da igualdade*,

²⁷² BARATTA, Alessandro. **Criminologia e Dogmática Penal. Passado e Futuro no modelo integral da ciência penal**. In: Revista de Direito penal. num. 31. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1971.

²⁷³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 46.

²⁷⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. In: Sequência, Florianópolis, v. 30, p. 24-36, 1995. p. 34.

²⁷⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

elemento chave para as análises tradicionais da criminologia, é questionado quando o processo de criminalização do sistema penal é estudado sob o foco do *labelling approach*. Isto porque, conforme alude Vera Regina Pereira de ANDRADE:

O *princípio da igualdade* é convincentemente refutado pelo *labelling approach*, em cujo âmbito se demonstra que o desvio e a criminalidade não são entidades ontológicas pré-constituídas, identificáveis pela ação das distintas instâncias do sistema penal, mas sim uma qualidade atribuída a determinados sujeitos por meio de mecanismos oficiais e não oficiais de definição e seleção²⁷⁶.

Em tal perspectiva, o *labelling* é uma abordagem marcada primordialmente por duas correntes sociológicas norte-americanas, quais sejam, o *interacionismo simbólico* e a *etnometodologia*. Neste âmbito, o interacionismo simbólico reflete um contexto de dinamicidade no processo de interação e comunicação pessoal, afastando-se, portanto, de uma concepção abstrata que considere o comportamento humano como um elemento estanque²⁷⁷. Ou seja, a realidade social (complexa, por excelência) sofreria um processo de tipificação que confere diferentes significados às situações concretas²⁷⁸. A etnometodologia, por sua vez, não concebe que a sociedade possa ser conhecida *in abstracto*, objetivamente, já que envolve um processo de *construção social*.

Assim, estudar a realidade social (a criminológica, em especial) por meio da ferramenta proposta pelo *labelling* pressupõe a análise dos processos sociais que tipificam o desvio social, elucidando quais são os sujeitos *rotulados* como criminosos, quais os efeitos de tal rotulação e que condutas são tidas como desviantes. Parece evidente supor que o método científico-racional proposto pela Análise Econômica não se enquadra em tal perspectiva, adequando-se mais precisamente paradigma anterior (da defesa social), como já se afirmou acima. Em tal sentido, o pensamento economicista é apenas capaz de explicar – utilizando-se de um método que não é propriamente jurídico – as *causas da criminalidade*,

²⁷⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 201.

²⁷⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 204.

²⁷⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

permanecendo, portanto, preso ao paradigma etiológico. Em lado diametralmente oposto, o *labelling* conseguiu deslocar sua análise ao funcionamento do sistema punitivo, ou seja, partindo agora de uma concepção que considera a reação social ao crime. Veja-se o que afirma Alessandro BARATTA:

Mesmo em sua estrutura mais elementar, o novo paradigma implica uma análise do processo de definição e de reação social, que se estende à distribuição do poder de definição e de reação em uma sociedade, à desigual distribuição deste poder e aos conflitos de interesses que estão na origem deste processo²⁷⁹.

Assim, diferentemente das concepções tradicionais, o *labelling approach* não enxerga o delito como um fenômeno ontológico, natural da sociedade, sendo, antes, uma etiqueta imposta a alguns sujeitos (desviantes) por meio de processos sociais de definição e seleção²⁸⁰. Nas palavras de Vera Regina Pereira de ANDRADE, “mais apropriado do que falar da criminalidade (e do criminoso) é falar da criminalização (e do criminalizado)”²⁸¹. Ora, a sociologia do desvio, sob alguns aspectos, chega mesmo a descaracterizar uma suposta *eficiência* atribuída ao sistema penal, sob a ótica dos *custos sociais* desenvolvidos pela Análise Econômica. Isto porque, independentemente dos recursos alocados no combate ao crime, apenas alguns sujeitos seriam objeto das agências oficiais de controle social, estigmatizantes por sua própria natureza. Neste sentido, seria mesmo falacioso entender que uma suposta política criminal poderia ser tida como *ótima* ou *maximizadora da eficiência social*, já que inerentemente construída de forma seletiva.

Ainda, o *labelling* parece ser capaz de desmistificar a simplista (e mesmo preconceituosa) relação que alguns autores economicistas supõem existir entre a pobreza e o número de crimes cometidos²⁸². Ora, identificar e tentar explicar matematicamente tal relação é simplesmente ignorar qualquer perspectiva crítica que considere o etiquetamento no âmbito eminentemente conflituoso da sociedade

²⁷⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 211.

²⁸⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 205.

²⁸¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 205.

²⁸² ORMEROD, Paul. **Crime: Economic Incentives and Social Network**. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2005.

capitalista. Assim, talvez pareçam caricaturais os textos da Análise Econômica que reiteram que uma simples melhoria no *mercado de trabalho legal* seria capaz de prevenir o fenômeno delituoso, já que os incentivos oriundos da prática criminal não mais ultrapassariam aqueles obtidos legalmente.

Ora, são justamente as *condições de criminalização* que explicam o “fato” de haver uma suposta relação positiva entre o número de delitos cometidos e a pobreza de determinada faixa da população. Em tal contexto:

As maiores *chances* de ser selecionado para fazer parte da “população criminosa” aparecem, de fato, concentradas nos níveis mais baixos da escala social (subproletariado e grupos marginais). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positiva e em boa parte da criminologia *liberal* contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o *status* de criminoso é atribuído²⁸³.

O paradigma da reação social, neste sentido, desmascara as *estatísticas oficiais*, já que reage ao *mito da igualdade* presente nas teorizações da criminologia tradicional. De fato, BARATTA bem demonstra que “a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos”²⁸⁴. Sob a perspectiva da *criminologia crítica*, portanto, agora fundada no marxismo, a desigualdade substancial deve ser considerada e analisada, sendo ultrapassado qualquer aspecto que considere apenas a *igualdade formal* entre os sujeitos.

Importante que se frise que o *labelling* é um primeiro (e incompleto) meio de se distanciar do paradigma etiológico, não sendo suficiente, porém, para que se considere como uma criminologia crítica em termos *macrossociológicos*. Conforme Vera Regina Pereira de ANDRADE:

Por sua vez, o desenvolvimento do paradigma da reação social no marco do conflito, ainda que alce uma dimensão macrossociológica, o faz com

²⁸³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 165.

²⁸⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 162.

insuficiente grau de abstração em relação à estrutura econômica. Pois, uma vez que a atenção se fixa no processo de criminalização em si, sem perquirir seus condicionantes estruturais, a interpretação pluralista acaba por reduzir-se a uma interpretação “atomista” da sociedade, vista como um conjunto de pequenos grupos, cujas relações não remetem nunca às relações mais gerais de classe, isto é, a uma desigual distribuição das oportunidades sociais²⁸⁵.

Assim, em consonância com os ensinamentos da supracitada autora, não se deve descartar a abordagem feita pelo *labelling*, impondo-se, antes, a reafirmação e a complementação de seus resultados, orientando-se agora a uma perspectiva macrossociológica, que considere as estruturas políticas, econômicas e sociais dos conflitos de classes. Deve-se, desta forma, edificar uma política comprometida com a abolição das desigualdades sociais, que busque a transformação da estrutura socioeconômica, erradicando a seletividade do poder punitivo.

3.2 DESMASCARANDO A FUNÇÃO DE PREVENÇÃO GERAL NEGATIVA DA PENA

Os principais estudos relacionados à eficácia da pena em sua feição de prevenção geral negativa (*deterrence*) estão associados, invariavelmente, aos reflexos da pena de morte sobre os dados quantitativos da criminalidade. Em tal âmbito, a forma de mensurar os reais efeitos da sanção penal deve levar em consideração a pena que, por sua própria natureza, impõe custos mais altos aos potenciais criminosos, ou seja, a *capital punishment*. Neste sentido, por mais que haja uma verdadeira colonização ideológica no debate norte-americano a respeito das questões morais intimamente ligadas à pertinência ou não da *pena máxima*, há um suporte empírico consolidado capaz de elucidar questões essenciais no que se refere a (in)eficácia da função preventiva da pena.

Os economicistas aludem à capacidade preventiva da “*death penalty*” como um relevante dado às políticas criminais, que, acima de tudo, devem estar orientadas à elevação dos custos marginais ao criminoso. A Análise Econômica, nesse âmbito, refuta parcialmente os postulados do contratualismo iluminista de

²⁸⁵ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 215.

Bentham e Beccaria, que não concebiam a pena de morte como uma sanção utilitariamente eficiente, como se depreende do trecho abaixo:

O espetáculo atroz, porém momentâneo, da morte de um criminoso é um freio menos poderoso para o crime do que o exemplo de um homem a quem se tira a liberdade, tornado até certo ponto uma besta de carga e que paga com trabalhos penosos o prejuízo que causou à sociedade. Essa íntima reflexão do espectador: “Se eu praticasse um delito, estaria toda a minha existência condenada a essa miserável condição” –, essa ideia terrível assombraria mais vivamente os espíritos do que o temor da morte, que se entrevê apenas um momento numa obscura distância que diminui o seu horror²⁸⁶.

Mais ainda, a própria fundamentação contratualista do utilitarismo impede que os autores em questão concebiam como moralmente aceitável a pena de morte, já que não seria plausível que os indivíduos, ao cederem parte de sua liberdade para a construção da sociedade, admitissem que essa mesma sociedade pudesse lhes tirar seu bem mais precioso, a vida. Mesmo assim, o objeto de nossa análise na presente seção cinge-se à questão da efetividade da pena criminal no âmbito dos estudos que consideram ser a pena de morte a sanção que de forma ótima promoveria a *general deterrence*.

Trata-se, deste modo, de abordar até que ponto o *mito da prevenção geral* pode se sustentar quando cotejado com análises empíricas que buscam primordialmente averiguar a eficiência das sanções criminais em sua feição intimidatória, que detém os potenciais criminosos por meio do *medo da pena*. Não se está, portanto, nas esferas da ética e da moral (que evidentemente não podem conviver com a pena de morte), mas, antes, no campo do empirismo, dos estudos científicos que analisam por meio do cruzamento de dados a real eficiência do aparato punitivo estatal.

Em especial, as primeiras abordagens que tentaram quantificar o efeito oriundo da pena máxima nas taxas de criminalidade remontam à década de 1960, quando Thorsten SELLIN, analisando as taxas de homicídio em estados vizinhos – alguns aplicavam a pena máxima e outros não – concluiu não haver uma segura correlação entre tais indicativos. Isto é, não seria estatisticamente adequado supor

²⁸⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012. p. 49.

que as penas mais graves realmente exerceriam sobre a população uma intimidação capaz de deter os potenciais criminosos, ao menos no que se refere ao crime de homicídio²⁸⁷. Posteriormente, em estudo de elevada relevância no cenário jurídico norte-americano da década de 1970, Isaac EHRLICH (um dos principais nomes da Análise Econômica) considerou ser a pena de morte um dos viáveis mecanismos da política criminal capazes de exercer a função preventiva, já que seus estudos empíricos demonstraram que a aplicação da pena de morte efetivamente reduziu o número de homicídios²⁸⁸. O referido autor chegou a afirmar que haveria um *trade-off* relativamente significativo entre a quantidade de execuções e o número de vidas salvas, apontando uma suposta eficácia da *deterrence* promovida pela pena de morte, conforme William BAILEY e Ruth PETERSON:

Agregando seus dados em uma base nacional e anual, Ehrlich descobriu uma significativa redução nas execuções neste período, assim como um aumento geral nas taxas de homicídio. O “trade-off” observado entre as taxas de homicídio e as diferentes formas de execução certamente variou, mas o modelo era convincente para Ehrlich. Baseado em suas análises, Ehrlich concluiu que cada execução realizada durante o período pode ter prevenido uma taxa de aproximadamente sete a oito assassinatos²⁸⁹.

Isto é, o efeito da prevenção geral negativa seria tão significativo que cada condenado à pena de morte seria capaz de “salvar” sete ou oito pessoas, já que vários delitos não seriam cometidos pela intimidação que só a pena máxima poderia causar. Estaria, em tese, comprovada a premissa em que se apoia a análise economicista: as sanções criminais seriam instrumentos aptos a edificar custos à atividade criminosa, que seria deixada de lado pelo agente racional. Ou seja, o efeito da *general deterrence* se comprovaria na medida em que as pesquisas apontam

²⁸⁷ SELLIN, Thorsten. **Experiments with Abolition**. In: *Capital Punishment*, ed. SELLIN, Thorsten. Nova Iorque: Harper & Row, 1967.

²⁸⁸ EHRLICH, Isaac. **The deterrent effect of Capital Punishment: A question of life and death**. In: *The American Economic Review*, vol. 65, no. 3, (Jun., 1975), pp. 397 – 417.

²⁸⁹ BAILEY, William; PETERSON, Ruth. **Murder, Capital Punishment and Deterrence: A Review of the Literature**. In: *The Death Penalty in America – Current Controversies*. Ed. BEDAU, Hugo Adam. Oxford: Oxford University Press, 1997. p. 141. Tradução Livre, no original: “Aggregating his data on a national and annual basis, Ehrlich found a significant decline in executions over this period, as well as a general rise in homicide rates. The observed trade-off between homicide rates and different measures of execution certainty varied somewhat, but the pattern was convincing for Ehrlich. Based on his analyses, Ehrlich reported that each execution that was performed during the period may have prevented, on average, seven to eight murders”.

uma suposta correlação entre a redução da taxa geral de homicídios e uma elevação nas execuções das penas de morte.

De fato, o estudo realizado por Isaac EHRLICH foi tão importante, que gerou uma séria controvérsia acadêmica a respeito da real correlação entre os referidos indicativos, dando início a uma série de pesquisas empíricas que desenvolveram de forma mais acurada a questão da eficácia das sanções criminais. Neste sentido, BECKER chega a afirmar que se efetivamente a pena, ao sacrificar uma pessoa, salva uma quantidade superior de indivíduos, o Estado estaria moralmente obrigado a utilizar a *capital punishment*, já que as vidas dos inocentes “*seriam mais valiosas que a de um assassino*”²⁹⁰. Ora, mesmo que tal conclusão não se afaste em nada do senso comum, explicita uma relevante face do pensamento economicista: afasta-se de vez de qualquer preceito de caráter humanitário, que desde o início marcou o pensamento utilitarista e liberal-clássico de Beccaria, no sentido de oposição ao poder punitivo típico de um Estado absoluto.

O resultado da teorização da Análise Econômica não poderia ser outro que não aquele apontado por Massimo PAVARINI e André GIAMBERARDINO, na medida em que “a consequência obrigatória de tal simplificação da psicologia humana é a imposição de um terrorismo sancionatório: penas sempre mais severas para elevar os custos da opção criminosa”²⁹¹. Em tal contexto, mesmo medidas extremas como a aplicação da pena de morte e a evidente supressão de garantias constitucionais seriam justificáveis sob o pálio do eficiente combate ao crime. Ora, legitima-se a imposição de penas cada vez mais severas, já que a dissuasão total nunca será alcançada²⁹².

Ocorre que nem a própria conclusão de EHRLICH pode ser tida como incontestada, já que recentes estudos apontam falhas evidentes na constatação de que a pena máxima efetivamente promoveria uma significativa redução nas taxas de criminalidade. Neste sentido, não se admite que haja qualquer correlação segura,

²⁹⁰ “Consider a person with a long criminal record who holds up and kills a victim who led a decent life and left several children and a spouse behind. Suppose it would be possible to save the life of an innocent victim by executing such a criminal. To me it is obvious that saving the lives of such a victim has to count for more than taking the life of such a criminal”. BECKER, Gary. **On the Economics of Capital Punishment**. In: The Economists’ Voice. Volume 3, Issue 3. Disponível em: <http://www.degruyter.com>

²⁹¹ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 146.

²⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2010.

em termos estatísticos, quando são analisados os reais efeitos de uma política criminal baseada na pena de morte. Em outras palavras, não se vislumbra que mesmo penas que rigorosamente deveriam elevar ao máximo os custos ao cometimento do delito realmente possuam qualquer eficácia. Digno de nota é o estudo realizado por John DONOHUE e Justin WOLFERS, que analisam matematicamente as questões suscitadas por Ehrlich e chegam à seguinte conclusão:

Os dados disponíveis nos Estados Unidos simplesmente não demonstram de forma clara se a pena de morte possui efeitos de prevenção geral negativa ou não. A única conclusão incontestada a que podemos chegar é a de que a política de execuções repercute pouco na variação anual da taxa de homicídios. Se as execuções promovem um aumento ou redução na taxa de homicídios, nós ainda permanecemos em dúvida²⁹³.

Diante dessa perspectiva, as conclusões de Ehrlich são prontamente refutadas, na medida em que a redução na taxa de homicídios na década de 1960 ocorreu em grande parte dos estados norte-americanos, mesmo considerando aqueles que nunca tiveram pena de morte. Ou seja, parece duvidoso qualquer estudo que aponte uma significativa correlação entre a pena de morte e uma suposta redução nas taxas de criminalidade, já que empiricamente tal conclusão é indemonstrável com os dados existentes. Em realidade, DONOHUE e WOLFERS apontam a fragilidade das conclusões ancoradas em dados muito restritos e complexos, incapazes de assegurar a existência de qualquer relação (negativa ou positiva) entre os indicadores analisados²⁹⁴.

De fato, recentes estudos criminológicos sustentam que não há qualquer relação convincente entre a severidade das penas e as taxas de criminalidade, negando os postulados fundamentais que sustentam a teoria da *general deterrence*²⁹⁵. Sob tal aspecto, mesmo em ambientes de *terror estatal*, em que as agências criminais atuam de forma eminentemente repressiva, desobedecendo quaisquer garantias fundamentais dos jurisdicionados, não há indício seguro de que

²⁹³ DONOHUE, John; WOLFERS, Justin. **Uses and Abuses of empirical evidence in the death penalty debate**. In: Stanford Law Review. Vol. 58, 2006. pp. 791 – 845. p. 843. Tradução Livre, no original: “The U.S. data simply do not speak clearly about whether the death penalty has a deterrent or antideterrent effect. The only clear conclusion is that execution policy drives little of the year-to-year variation in homicide rates. As to whether executions raise or lower the homicide rate, we remain profoundly uncertain”.

²⁹⁴ DONOHUE, John; WOLFERS, Justin. **The death Penalty: No Evidence for Deterrence**. In: The Economists' Voice. Volume 3, Issue 5. Disponível em: <http://www.degruyter.com>

²⁹⁵ PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

a pena efetivamente cumpra a sua função preventiva. Neste aspecto, impõe-se considerar que a prevenção geral (em sua faceta negativa) não poderia se sustentar a não ser que se estabelecesse em função de um *direito penal meramente simbólico*, “destituído de eficácia instrumental e instituído para legitimação retórica do poder punitivo do Estado”²⁹⁶.

Assim, só haveria sentido em se falar em uma pena sob a perspectiva geral negativa nos casos em que não houvesse quaisquer características de *crimes impulsivos*, ou seja, os crimes que são objetos da denominada *criminalidade comum* (homicídio, por exemplo). Isto porque a intimidação da prevenção geral mediante a criação de imagens repressivas não seria capaz de promover qualquer efeito nos crimes impulsionados por emoções e sentimentos repentinos.

A teoria crítica, portanto, descarta qualquer possibilidade de que a intimidação geral através da exasperação das penas seja capaz de ultrapassar o âmbito simbólico de criminalização, não possuindo qualquer eficácia no que se refere aos *crimes impulsivos*. Assim, o direito penal serviria como instrumento legitimador do poder punitivo, na medida em que proporcionaria, por meio da disseminação de imagens ilusórias, a sensação de eficácia do sistema penal²⁹⁷. Mais do que isso, por possuir um caráter genérico, a pena seria encarada como igualmente aplicável a todo e qualquer sujeito – ignorando-se assim a seletividade própria do poder punitivo, que age de maneira diversa conforme a posição social do criminoso.

Em resumo, parece incontestável que a teoria criminológica contemporânea (e crítica) deslegitima a concepção da prevenção geral negativa seja pela sua própria ineficácia, já que empiricamente incapaz sequer de exercer a função intimidadora, seja pelos defeitos em sua formação estrutural, que admite que a pena possua mera relevância simbólica, delineando um direito penal que caracterizaria apenas uma ferramenta de legitimação do poder.

²⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

²⁹⁷ BOZZA, Fábio da Silva. **Finalidades e fundamentos do direito de punir: do discurso jurídico ao criminológico**. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2005. p. 114.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se percebeu ao longo deste trabalho, a Análise Econômica é importante ferramenta hermenêutica apta a enriquecer a experiência da interpretação jurídica. Tal é a relevância deste “novo” movimento, que muitas foram as consequências de sua implementação na seara do Ordenamento Jurídico norte-americano, chegando a se infiltrar nas mais importantes instâncias do poder. Inobstante tal constatação, parece óbvio supor que, como todas as teorias, a *Law and Economics* possui uma série de fragilidades, que não podem ser ignoradas, sob pena de se verem ceifadas garantias constitucionais tão arduamente construídas.

Assim, a busca incessante pela *eficiência* – a qualquer preço – ameaçando mesmo uma concepção de justiça, não pode ser simplesmente aceita pelos juristas, que não devem se acuar diante de uma *ciência universal* supostamente perfeita, a economia. Muito pelo contrário, parece óbvio supor que o método econômico é incapaz de considerar questões de equidade, que necessariamente devem ser a base de todo o Direito. Em outras palavras, o Direito não pode ser visto como uma *ciência subsidiária*, de segundo plano, refém do cálculo otimizador e redutor dos custos sociais e das externalidades.

É ainda evidente que o crime – interpretado como externalidade pela Análise Econômica – não pode ser tido como se fosse uma *realidade ontológica*, pré-constituída, já que a criminologia crítica, escorada no *labelling approach*, desmascarou tal assunção falaciosa. Neste contexto, o grande defeito das teorias etiológicas é sempre encontrar as *causas* do crime, ignorando que, agindo dessa forma, o direito penal serve apenas como instância legitimadora do poder punitivo. Ou seja, é cristalina a completa inadequação da *Economic Analysis of Crime* se comparada ao necessário paradigma crítico desenvolvido nas últimas décadas.

Ainda, como se não bastasse a recapitulação de ideais utilitários para a construção de sua teoria criminológica, a feição normativa da Análise Econômica busca, acima de tudo, a edificação de políticas que necessariamente tenham em conta o *princípio reitor da eficiência*, chegando a admitir inclusive a pena de morte como sanção eficaz ao *general deterrence*. Ocorre que nem mesmo a função de prevenção geral negativa da pena é empiricamente demonstrável, sendo

explicitamente refutada por boa parte da recente teorização crítica no âmbito da criminologia.

A conclusão a que se chega – e nem poderia ser outra – é a de que a Análise Econômica fornece bom instrumental teórico para a abordagem do Direito, tendo, porém, evidentes fragilidades quando se está no âmbito da criminologia e do Direito Penal. O mais relevante é que mesmo os críticos conheçam profundamente os principais fundamentos economicistas, já que qualquer crítica meramente externa, que (como já afirmamos) cinja-se à uma adjetivação fácil e pré-concebida, não possibilita mais que uma compreensão superficial da Análise Econômica do Direito. Neste sentido, não nos surpreendamos caso sejam propostas penas que simplesmente realizem a *eficiência econômica*, já que este é o paradigma central do fenômeno aqui estudado.

5 BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum.** In: Sequência, Florianópolis, v. 30.

_____. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos.** Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BAILEY, William; PETERSON, Ruth. **Murder, Capital Punishment and Deterrence: A Review of the Literature.** In: The Death Penalty in America – Current Controversies. Ed. BEDAU, Hugo Adam. Oxford: Oxford University Press, 1997.

BANDRÉS, Eduardo; TICIO, Amor Díez. **Delincuencia y Acción Policial. Un Enfoque Económico.** In: Revista de Economía Aplicada. num. 27 (vol. IX), 2001, p. 5 – 33.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. **Criminologia e Dogmática Penal. Passado e Futuro no modelo integral da ciência penal.** In: Revista de Direito penal. num. 31. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1971.

_____. **Filosofia e Direito Penal: Notas sobre alguns aspectos do desenvolvimento do pensamento penal italiano desde Beccaria aos nossos dias.** Trad. André Giamberardino. In: Revista da Faculdade de Direito UFPR/ Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito. – num. 53, 2011. p. 7 – 28.

BARNES, William. **Revenge on Utilitarianism: Renouncing a Comprehensive Economic Theory of Crime and Punishment.** In: Indiana Law Journal: vol. 74. p. 626 – 651.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Editora Martin Claret, 2012.

BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An economic approach.** In: Journal of Political Economy, p. 169 – 217.

_____. **Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior.** In: The Journal of Political Economy, vol. 101, no. 3, (jun 1993). p. 385 – 409.

_____. **On the Economics of Capital Punishment.** In: The Economists' Voice. Volume 3, Issue 3. Disponível em: <http://www.degruyter.com>

BENOÎT, Jean-Pierre; OSBORNE, Martin. **Crime, Punishment, and Social Expenditure.** In: Journal of Institutional and Theoretical Economics, v. 151 (1995), p. 326 – 347.

BENTHAM, Jeremy. **As Recompensas em matéria penal.** São Paulo: Rideel, 2007.

_____. **Punishment and Deterrence.** In: Principled Sentencing – Readings on theory and Police, ed. by HIRSCH, Andrew von; ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2009.

_____. **The rationale of punishment.** Nova Iorque: Prometheus Books, 2009.

_____. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação.** São Paulo: Editor Victor Civita, 1974.

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1966.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008.

BLACK, Max. **The Gap between “is” and “should be”.** The Philosophical Review, Vol. 73, No. 2 (Apr., 1964), pp. 165-181.

BLAKELY, Curtis R. **America’s Prisons. The Movement Toward Profit and Privatization.** Florida: Brown Walker Press, 2005.

BÓRON, Atílio. **Os “novos Leviatãs” e a pólis democrática: neoliberalismo, decomposição estatal e decadência da democracia na América Latina.** In Pós-Neoliberalismo II. Que Estado para que democracia?. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

BOZZA, Fábio da Silva. **Finalidades e fundamentos do direito de punir: do discurso jurídico ao criminológico.** Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2005.

BUCHANAN, James M. **Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy.** In: Journal of Law and Economics, Vol. 2, Outubro de 1959. p. 124-138.

CALABRESI, Guido. **An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin.** (1980). Faculty Scholarship Series. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994.

_____. **Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts.** In: The Yale Law Journal, volume 70, número 04, Março de 1961. p. 499 – 553.

CALSAMIGLIA, Albert. **Racionalidad y Eficiencia del Derecho**. Itam: Distribuciones Fontamara, 1997.

CAMERON, Samuel. **A Subjectivist Perspective on the Economics of Crime**. In: *The Review of Austrian Economics*, vol. 3, p. 31 – 43.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário** – 24^a ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTRO, Alexander de. **Cesare Beccaria e o Direito Penal do absolutismo esclarecido: o reformismo habsbúrgico e o iluminismo na lombardia austríaca**. In: *Iluminismo e direito Penal/Arno Dal Ri Júnior...*[et al.]. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost in Journal of Law and Economics**. Vol 3, Outubro de 1960. p. 1 – 44.

COLEMAN, Jules. **Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law**. In: *Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law*. vol. 68, 1980. pp. 221 – 249.

COLOMER Joseph M. **Ilustración y liberalismo en Gran Bretaña: J. Locke, D. Hume, los economistas clásicos, los utilitaristas**. In: *Historia de la Teoria Política*. Editor El libro de Bolsillo Alianza: Madrid, 1991.

CONGREGADO, Emilio; POMARES, Ignacio; RAMA, Elena. **Análisis Económico del Derecho: Una Selectiva de la Literatura Reciente**. In: *Derecho y Conocimiento*. Vol. 1. p. 331-339.

COOTER, Robert. **Law and Imperialism of Economics: An Introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books**. Disponível em: http://works.bepress.com/robert_cooter/88

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Direito e Neoliberalismo no Brasil, hoje**. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, ano XI, n.6, Curitiba, 1997.

DAU-SCHMIDT, Kenneth G. **An Economic Analysis of the criminal law as preference-shaping policy**. In: *Duke Law Journal*, num. 1, Fevereiro de 1990. p. 1 – 38.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

DONOHUE, John; WOLFERS, Justin. **Uses and Abuses of empirical evidence in the death penalty debate**. In: *Stanford Law Review*. Vol. 58, 2006. pp. 791 – 845.

_____. **The death Penalty: No Evidence for Deterrence**. In: *The Economists' Voice*. Volume 3, Issue 5. Disponível em: <http://www.degruyter.com>

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. trad. Luís Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 356.

EIDE, Erling. **Economics of Criminal Behavior**. In *Encyclopedia of Law and Economics*, ed. B. Bouckaert and G. De Geest, 345–389. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 1999.

EHRlich, Isaac. **Crime, Punishment, and the Market of Offenses**. In: *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 10, no. 1, 1996, p. 43-67.

_____. **The deterrent effect of Capital Punishment: A question of life and death**. In: *The American Economic Review*, vol. 65, no. 3, (Jun., 1975), pp. 397 – 417.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIREDO, Eurico de Lima. **Utilitarismo**. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*. Editora Unisinos: São Leopoldo, 2006.

FISS, Owen M. **The Autonomy of Law**. In: *Faculty Scholarship Series*. Paper 1316. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1316.

_____. **The death of law?**. In: *Faculty Scholarship Series*. Paper 1209. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1209

FREY, Bruno S. **Punishment and Beyond**. In: *CESifo Working Paper Series No. 2706*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1437407>

FORGIONI, Paula. **Análise Econômica do Direito: Paranoia ou mistificação?**. In: *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Jacinto Nelson Miranda Coutinho e Martorio Mont' Alverne Barreto (orgs). – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GAROUPA, Nuno. **Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review**. In: *European Journal of Law and Economics*, 15: 2003. p. 5 – 15.

_____. **An Economic Analysis of Criminal Law**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Garoupa_criminalaw01.pdf

GAROUPA, Nuno; KLICK, Jonathan; PARISI, Francesco. **A law and economics perspective on terrorism**. In: *Public Choice*, vol. 128, p. 147-168, 2006.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **As Raízes do Realismo Americano: breve esboço acerca de dicotomias, ideologia, e pureza no Direito dos USA**. In: *Revista Direito & Justiça*, ano XXVII, v. 31, n.2., 2005. p. 155-190.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Críticas aos obstáculos epistemológicos da prisão cautelar**. Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de mestre em direito no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná.

GICO, Ivo. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n.1, Jan- Jun. 2010. p. 07-33.

GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. **A Divergência Transatlântica no pensamento jurídico: O direito e Economia Norte-americano vs. o Doutrinalismo Alemão**. In: *Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/5rh8f1vf>

GREENE, Judith. **Lack of Correctional Services**. In: *Capitalist Punishment. Prison Privatization & Human Rights*, ed. COYLE, Andrew; CAMPBELL, Alisson and NEUFELD, Rodney. Atlanta: Clarity Press, 2003.

GREMBI, Veronica. **Guido Calabresi e l'analisi económica del diritto**. Disponível em: http://www.cleis.unisi.it/site/files/041_Grembi.pdf. p. 05.

GÜNTHER, Klaus. **Crítica da Pena I**. In: *Revista de Direito GV*. v. 2, n. 2. p. 187-204.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Análise crítica às teorias econômicas do direito penal**. In: *De jure: Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 12, p. 67-87, jan/jun, 2009.

HARCOURT, Bernard E. **The illusion of free markets: punishment and the myth of natural order**. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2011.

HARVEY, David. **O Neoliberalismo. História e implicações**. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HAYEK, Friederich August Von. **Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política**. Volume I. São Paulo: Visão, 1985.

HESPANHA. Antonio Manuel. **O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. – 2ª Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

HINKELAMMERT, Franz J. **Democracia y Nueva Derecha en América Latina**. In: *Nueva Sociedad*, n. 98, nov-dez 1988. p. 104 – 115.

HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. Trad: Débora Danowski. – 2ª ed. rev. e ampliada – São Paulo: Editora UNESP, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte general**. Granada: Comares Editora, 1993.

JOLLS, Christine; SUSTEIN, Cass; THALER, Richard. **A Behavioral Approach to Law and Economics**. In: Stanford Law Review, vol. 50. p. 1471 – 1548.

JUNIOR, Eurilton Alves Araújo. **Ensaio Metodológicos sobre Ronald Coase: Teoria da Firma e das Instituições Jurídicas**. Dissertação de mestrado apresentada junto ao programa de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, 1996.

LAINO, Nicholas. **Criminologia actuarial y Law & Economics – Una visión crítica de la Teoría Económica del Crimen**. In: Cuadernos de Derecho Penal, volumen 4. Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, 2007.

LOGAN, Charles H. **Objections and Refutations**. In: Privatizing Correctional Services. Toronto: Fraser Institute, 1996.

MACKAAY, Ejan. **History of Law and Economics**., Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009.

_____. **Os Direitos Fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria dos direitos patrimoniais**. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23.

MEDEMA, Steven G; ZERBE, Richard O. **The Coase Theorem**. Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/GIACOMO/arquivos/dirp162/medema-zerbejr-2000.pdf>.

MERCURO, Nicholas. **The Jurisprudential Niche Occupied by Law and Economics**. In: The Journal of Jurisprudence – 2009. p. 61 – 109.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos Críticos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

MINDA, Gary. **The Law and Economics and Critical Legal Studies**. In Law and Economics, ed. MERCURO, Nicholas. Kluwer Academic Publishers, Boston/ Dordrecht/ London, 1989.

NIETO, Rafael Mery. **Notas sobre Análisis Económico del Derecho: Una mirada desde América Latina**. In: Revista Derecho y Humanidades n. 10, 2004, p. 121-140.

NUNES, Antônio José Avelãs. **O Keynesianismo e a Contra-Revolução Monetarista**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1991.

ORMEROD, Paul. **Crime: Economic Incentives and Social Network**. Londres: The Institute of Economic Affairs, 2005.

PACHECO, Pedro Mercado. **Análisis Económico del Derecho y Utilitarismo. Concordancias y Divergencias**. In: Telos – Santiago de Compostela, vol. III, n. 2, Dezembro de 1994, p. 99 – 123.

_____. **El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica**. Centro de Estudios, Constitucionales: Madrid, 2004.

PANTHER, Stephan. **The Economics of Crime and Criminal Law: An Antithesis to Sociological Theories?**. In: European Journal of Law and Economics. Vol.2, p. 365-378.

PARENTI, Christian. **Privatized Problems: For-Profit Incarceration**. In: Trouble in Capitalist Punishment. Prison Privatization & Human Rights. ed. COYLE, Andrew; CAMPBELL, Alisson and NEUFELD, Rodney. Atlanta: Clarity Press, 2003.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

POLINSKY Mitchell; SHAVELL, Steven. **The optimal use of fines and imprisonment**. In: Journal of Public Economics, n. 24 (1984), pp. 89 – 99.

POSNER, Richard A. **Economics Analysis of Law**. Boston and Toronto: Little, Brown and Company, 1977.

_____. **Problemas de Filosofia do Direito**. trad. Jefferson Luiz Camargo. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **The Law and Economics Movement: from Bentham to Becker**. In: Frontiers of Legal Theory. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. **Utilitarianism, Economics, and Legal Theory**. In: The Journal of Legal Studies, vol. 8, n. 1, Jan. 1979, p. 103 – 140.

_____. **Hayek, Law, and Cognition**. In: NYU Journal of Law & Liberty. Vol.1. 2005. p. 147 – 165.

_____. **Para Além do Direito**. trad. Evandro Ferreira e Silva. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law**. In: The Chicago Working Paper Series Index. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>

_____. **Some uses and abuses of Economics in Law**. The Chicago Law Review, vol. 46. n. 2. 1976

Private and Public Prisons: Studies Comparing Operational Costs and/or Quality of Service. Disponível para consulta em site oficial do governo estadunidense: www.gao.gov/archive/1996/gg96158.pdf

PROLA, Lucas Henrique Tentler. **Hare sobre a Falácia Naturalista.** Dissertação apresentada como requisito à obtenção do grau de mestre em filosofia junto à Universidade Federal de Santa Maria.

ROSA, Alexandre Morais de; MARCELLINO, Julio Cesar. **Os Direitos Fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2009, n. 1, Ago-Dez. p. 7-23.

ROSA, Alexandre Morais da. **O judiciário entre garantia do mercado ou dos direitos fundamentais: a “resposta correta”, com Lenio Streck.** In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, vol.1. Janeiro – Junho de 2009. p. 01 – 08.

_____. **O que resta do Estado Nacional em face da invasão do discurso da Law and Economics.** In: Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória, n. 7, jan/jun 2010, p. 153-183. p. 164.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – Parte General. Tomo I – Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid: Editorial Civitas, 1997.

SALAMANA, Bruno. **O que é “Direito e Economia”?** In: TIMM, Luciano Benetti (org.) *Direito & Economia* 2ª Ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral – 4ª Ed. rev., ampl. –** Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SELLIN, Thorsten. **Experiments with Abolition.** In: *Capital Punishment*, ed. SELLIN, Thorsten. Nova Iorque: Harper & Row, 1967.

SINDEN, Jeff. **The Problem of Prison Privatization: The US Experience.** In: *Capitalist Punishment. Prison Privatization & Human Rights*, ed. COYLE, Andrew; CAMPBELL, Alisson and NEUFELD, Rodney. Atlanta: Clarity Press, 2003.

SOLER, Alberto Montero; LÓPEZ Juan Torres. **La economía del delito y de las penas.** Granada: Comares, 1998.

SONTAG, Ricardo. **A irresistível ascensão dos filósofos. Teoria da legislação e o 'problema penal' em Jeremy Bentham.** In: Meritum – Belo Horizonte – v. 3. n. 1, jan/jun 2008. p. 255 – 285.

_____. **Lei penal e exemplaridade econômica: A execução das penas como extensão dos enunciados legislativos em Jeremy Bentham.** In: Iluminismo e direito Penal/Arno Dal Ri Júnior...[et al.]. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 69 – 114.

SPECTOR, Horacio. **Justicia y Bienestar. Desde una perspectiva de derecho comparado.** In: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 26 (2003), pp. 241-261.

STIGLER, George J. **Law or Economics?.** In: Journal of Law and Economics, vol. XXXV, Outubro de 1992. p. 455 – 468. p. 455.

_____. **The Optimum Enforcement of Law.** In: Essays in the Economics of Crime and Punishment, ed. Gary Becker e William Landes. Chicago: UMI, 1974.

STRINGHAM, Edward. **Kaldor-Hicks Efficiency and the problem of central planning.** In: The Quarterly Journal of Austrian Economics. vol. 4, no. 1, 2001. pp. 41 – 50.

SZTAJN, Rachel. **Notas de Análise Econômica: Contratos e Responsabilidade Civil.** In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Vol. 111, Julho a Setembro de 1988. p. 09-30.

TABARROK, Alexander T. **Private Prisons have Public Benefits.** Disponível em: <http://www.independent.org/newsroom/article.asp?id=1411> .

TRUJILLO, Ana María Arjona; PARDO, Mauricio Rubio. **El Análisis Económico del Derecho.** Publicado no site: www.icesi.edu.co/esn/contenido/pdfs/c3AnalisisEconomicoDelDerecho.pdf.

VELAZCO, Renzo E. Saavedra. **Deconstruyendo al homo economicus: Una revisión conductual a un paradigma del Law and Economics.** In: Ius et veritas, ano XXI, num. 42, 2011.

WITTE, Ann Dryden; WITT Robert. **Crime causation: Economic Theories.** In: Encyclopedia of Crime and Justice – University of Surrey. Disponível em: <http://www2.surrey.ac.uk/economics/files/apaperspdf/ECON%2003-00.pdf>.

_____. **What We Spend and What We Get: Public and Private Provision of Crime Prevention and Criminal Justice.** In: Fiscal Studies, vol. 22, no. 1, 2001, pp. 1 – 40.

WOOD, Phillip. **The Rise of Prison Industrial Complex in the United States.** In: Capitalist Punishment. Prison Privatization & Human Rights. ed. COYLE, Andrew; CAMPBELL, Alisson and NEUFELD, Rodney. Atlanta: Clarity Press, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de Derecho Penal**. Buenos Aires: Ediar, 2010.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. **Desmistificando a Law & Economics: A Receptividade da Disciplina Direito e Economia no Brasil**. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/redunb/article/viewFile/7095/5592>